

CONTROL JUDICIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN. PAUTAS JURISPRUDENCIALES PARA UNA INTERPRETACIÓN DE LA LEY 26.944

FABIÁN CANDA

Fiscal Federal en lo Contencioso Administrativo;
Profesor Adjunto de Derecho Administrativo,
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Planteo. II. Los casos “Migoya” y “Molina”. La CSJN condena al Estado por su actuación en el control de espectáculos deportivos. II.1. El caso “Migoya”. II.1.1. Los hechos. II.1.2. La responsabilidad de la provincia de Buenos Aires. Particularidades. II.1.3. La responsabilidad por actividad ilícita activa u omisiva. Unificación de sus requisitos esenciales. II.1.3.1. ¿La actividad de policía de la seguridad genera un deber de resultado? II.1.3.2. Deber de seguridad preventivo y represivo. La falta personal separable del servicio. II.2. El caso “Molina”. Remisión a los fundamentos dados en “Migoya”. Conclusiones sobre la responsabilidad estatal por actividad ilícita en la jurisprudencia de la CSJN anterior a la Ley 26.944. III. El caso “Carballo de Pochat” (2013). IV. El caso “Faifman” (2015). V. La responsabilidad por omisión en la jurisprudencia de la CSJN. Síntesis. VI. La Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal. VII. Una posible interpretación del requisito de incumplimiento de un deber expreso y determinado según el principio de dignidad humana. Nuestra opinión. VIII. Conclusiones*.

I. PLANTEO

Postulaba HARIOU la existencia de dos correctivos de la prerrogativa de la Administración reclamados por “el instinto popular” y subsumibles en sendos brocardos: “que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”. Si, ante el reclamo del damnificado, la Administración se negara a reconocer voluntariamente el derecho a una indemnización, deberá aquél contar con una instancia de control judicial suficiente capaz de restablecer el equilibrio entre prerrogativa y garantía. Así se amalgaman estos dos institutos, de modo que el control judicial de la legalidad administrativa y la responsabilidad patrimonial del Estado constituyen, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, “los dos grandes soportes estructurales del Derecho

Administrativo”¹ que, vistos desde el punto de vista de los ciudadanos, se erigen como garantías sustanciales frente a las prerrogativas de igual índole que la Administración ostenta para la gestión del interés público².

La reciente sanción de la Ley 26.944, primer texto legal que procura un tratamiento integral de la responsabilidad estatal por su actividad no contractual, invita a la reflexión acerca del deber de reparar que se suscita ante la inactividad estatal, instituto profundamente vinculado al Estado Constitucional Social de Derecho.

Nos hemos ocupado de esta cuestión antes de ahora³, por lo cual nos vamos a permitir insistir aquí, frente al novel texto legal, en que la irrupción en el ámbito de los derechos fundamentales de los derechos económicos, sociales y culturales implicó un cambio en el paradigma de operatividad de éstos: mientras que los clásicos derechos civiles (particularmente los de libertad y propiedad) exigían del Estado un mero deber de abstención (un *non facere*), los derechos socioeconómicos y culturales van a exigir conductas estatales positivas para su disfrute. Con ello se quiere expresar que en apenas un siglo el paradigma ha virado desde una *pretensión de omisión* (que el Estado se abstenga de interferir en el goce de los

1 *El presente trabajo es una actualización y ampliación de nuestro artículo “La responsabilidad del Estado por omisión en la jurisprudencia reciente de la CS y en la ley 26.944 de Responsabilidad Estatal”, publicado en la Revista de Derecho Administrativo, director JUAN C. CASSAGNE, Nº 97, enero-febrero de 2015, ps. 1-21.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; Curso de Derecho Administrativo, T. II, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 351 (con cita de MAURICE HAURIU).

2 Incluía COMADIRA como garantías sustanciales de los administrados el acceso a la Justicia y la responsabilidad del Estado, junto con la igualdad, la juridicidad, la propiedad, la razonabilidad y el concepto amplio de legitimación (COMADIRA, JULIO RODOLFO, Derecho Administrativo, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 124, nota 375).

3 Hemos analizado este instituto en COMADIRA, JULIO R. y CANDA, FABIÁN, “Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso administrativa)”, LL, 1996-A-600, y en los siguientes trabajos de mi autoría: “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, en la obra colectiva Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, p. 139 y ss.; “Responsabilidad del Estado por omisión ante incumplimiento de deberes genéricos: requisitos para su procedencia en el caso ‘Mosca’ de la CSJN”, Revista Derecho Administrativo Austral, Nº 1, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 339 y ss.; “La responsabilidad del Estado por omisión en la jurisprudencia reciente de la CS y en la ley 26.944 de Responsabilidad Estatal”, publicado en la Revista de Derecho Administrativo, director JUAN C. CASSAGNE, Nº 97, enero-febrero de 2015, ps. 1-21; “Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS ‘C. de P.’”, El Derecho Administrativo, Nº 13.718, EDA, 30/04/2015.; “La ley 26.944 de responsabilidad del Estado y el incumplimiento de un deber ‘normativo, expreso y determinado’ como requisito de procedencia para la responsabilidad por omisión. Un análisis desde la reciente jurisprudencia de la CSJN en el precedente ‘Faifman’”, elDial DC1FA0, 14/08/2015.

derechos civiles) a una *prohibición de omisión* (que el Estado intervenga activamente a través de prestaciones que garanticen los derechos sociales, económicos y culturales)⁴.

En el Estado Social de Derecho las autoridades asumen el compromiso de brindar prestaciones y cuando no lo hacen, incumplen. Ante este incumplimiento, dos son las herramientas que debe proveer el Derecho: de un lado, un remedio para obligar al Estado a actuar; de otro, una acción de daños para que sea reparado el perjuicio del cual la omisión fue condición necesaria⁵.

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, puede sostenerse que en un primer momento –identificado con el Estado de Derecho clásico– aquéllos asumieron una dimensión defensiva (derechos fundamentales como *derechos de defensa* orientados a evitar avances estatales indebidos sobre su núcleo vital –prohibición de exceso estatal–); mientras que en la actualidad sobresale la dimensión protectora (derechos fundamentales como *mandatos de protección* que exigen un obrar estatal como condición de posibilidad)⁶.

4 BAZÁN, VÍCTOR, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en BAZÁN, VÍCTOR (COORD.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, Colombia, 1997, ps. 41 y ss, en especial, p. 46.

5 Normalmente la inactividad no produce por sí el daño sino que genera las condiciones para que el perjuicio se suceda (cuando se omite señalar y dar aviso de la existencia de trabajos de reparación en los caminos, esa carencia no es la causa del accidente –la causa es el mal estado del camino– pero constituye una condición idónea que posibilita la producción del evento dañoso). En este orden se ha dicho que: “La omisión es causa cuando la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado, hubiera tenido con respecto al resultado o a su evitación (LORENZETTI, RICARDO, *Notas sobre la responsabilidad civil por omisión*, Zeus, T. 33-D-, p. 55).

6 SCHMIDT-ASSMAN, EBERHARD, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 72-74. Puntualiza el autor alemán que las dos dimensiones (defensiva y protectora) enraízan en un mismo derecho de libertad, pero difieren en su estructura y esquema aplicativo, pues el derecho fundamental es susceptible de defensa sin necesidad de la ley frente a las intervenciones estatales, mientras que la dimensión protectora suele precisar, para su eficacia, de una concreción normativa, pues al legislador le corresponde fijar el “esquema esencial” para la protección de cada derecho fundamental (op. cit., p. 74). Es interesante, al respecto, revisar la contemporánea jurisprudencia de la CSJN en materia ambiental, cuando afirma que: “El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y especiales propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente” (“Mendoza”, Fallos: 329:2316, considerando 7). En otras palabras, el derecho a gozar de un ambiente sano no queda librado a la discrecionalidad de los poderes públicos y la ineficacia en la protección autoriza a accionar cuando se invoque “un daño que se atribuye a la inactividad u omisión del Estado provincial cuando pesa sobre éste la obligación de actuar en

Es verificable que la responsabilidad del Estado por omisión, con germen en el Estado de Derecho, encontrará un espacio más que apto para su desarrollo en el Estado Social (prestacional)⁷ de Derecho.

El Estado Social de Derecho viene, así, a prorrogar el antiguo concepto de Estado de Derecho y puede sintetizarse, en palabras de HABBERLE, como el Estado constitucional comprometido con la *justicia social*⁸.

Por cierto, no resultan ajenos a este Estado Social de Derecho la incorporación de los denominados derechos de tercera generación, vinculados con el valor “solidaridad” pues –como lo ha puesto magistralmente de relieve la también reciente y conmovedora encíclica papal “Laudato Si” al ocuparse del que, tal vez, resulte el derecho de tercera generación por antonomasia, esto es, el *derecho humano al medio ambiente sano*– es innegable la relación entre vulneración al medio ambiente y pobreza. Desde esta mirada, la protección adecuada del medio ambiente es consustancial al ideario de la justicia social⁹, ya que son los más pobres lo que más sufren y menos defensas reales tienen contra los fenómenos derivados de la polución de nuestro planeta, muchas veces originados por un obrar humano centrado exclusivamente en el lucro, obrar que no mide consecuencias y se desentiende de los efectos que para la “casa común” planetaria derivan de la explotación indiscriminada de los recursos, así como de las omisiones más flagrantes en el acceso a bienes que garanticen una vida en condiciones de mínima dignidad, como acontece con el problema del agua¹⁰.

Bajo esta impronta, el estudio y aplicación del deber de obrar estatal exigirá un afinamiento de los mecanismos jurídicos, que permita la superación prudencial de la encrucijada en la cual se encuentra el instituto.

Me refiero, pues, al dilema entre un Estado que tras garantizar un cúmulo cada vez más numeroso y cualitativamente relevante de derechos (haciéndose

ejercicio imperativo del poder de policía entendido (...) como una 'potestad pública' propia del estado de derecho tendiente a la protección de la vida e integridad física y patrimonial de los particulares" (ídem, considerando 10).

7 La dimensión prestacional de los derechos fundamentales se vincula con situaciones en las que la libertad depende de prestaciones públicas. Hay, pues, un mínimo de prestaciones exigibles al Estado que, de no darse, comprometen la existencia de los derechos fundamentales. Esa dimensión prestacional conlleva, pues, una correlativa responsabilidad de garantía por parte del Estado, de modo tal que los poderes públicos deben actuar en aquellos casos en que, de no hacerlo, un determinado bien social quedaría sin un mínimo de protección (SCHMIDT-ASSMAN, op. cit., ps. 75 y 170).

8 HABBERLE, PETER, El estado constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 357.

9 La relación entre ambiente y justicia social no ha pasado desapercibida para el mundo académico (ver, en tal sentido, Garrett Hardin y CHRISTOPHER D. STONE, Derecho ambiental y justicia social, Siglo de Hombres Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 2009).

10 Puede leerse en este documento: “De hecho, el deterioro del ambiente y el de la sociedad afectan de un modo especial a los más débiles del planeta: ‘Tanto la experiencia común de la

cargo para su atención de funciones y servicios múltiples)¹¹ asuma ampliamente la responsabilidad patrimonial cada vez que se produzca un daño relacionado con aquéllos (posición que puede derivar en un *Estado asegurador*)¹² versus un Esta-

vida ordinaria como la investigación científica demuestran que los más graves efectos de todas las agresiones ambientales los sufre la gente más pobre' (...) Se pretende legitimar así el modelo distributivo actual, donde una minoría se cree con el derecho de consumir en una proporción que sería imposible generalizar, porque el planeta no podría ni siquiera contener los residuos de semejante consumo (...). La inequidad no afecta sólo a individuos, sino a países enteros, y obliga a pensar en una ética de las relaciones internacionales. Porque hay una verdadera 'deuda ecológica', particularmente entre el Norte y el Sur, relacionada con desequilibrios comerciales con consecuencias en el ámbito ecológico, así como con el uso desproporcionado de los recursos naturales llevado a cabo históricamente por algunos países (...). La deuda externa de los países pobres se ha convertido en un instrumento de control, pero no ocurre lo mismo con la deuda ecológica. De diversas maneras, los pueblos en vías de desarrollo, donde se encuentran las más importantes reservas de la biosfera, siguen alimentando el desarrollo de los países más ricos a costa de su presente y de su futuro. La tierra de los pobres del Sur es rica y poco contaminada, pero el acceso a la propiedad de los bienes y recursos para satisfacer sus necesidades vitales les está vedado por un sistema de relaciones comerciales y de propiedad estructuralmente perverso. (...) Las regiones y los países más pobres tienen menos posibilidades de adoptar nuevos modelos en orden a reducir el impacto ambiental, porque no tienen la capacitación para desarrollar los procesos necesarios y no pueden cubrir los costos. Por eso, hay que mantener con claridad la conciencia de que en el cambio climático hay responsabilidades diversificadas y, como dijeron los Obispos de Estados Unidos, corresponde enfocarse 'especialmente en las necesidades de los pobres, débiles y vulnerables, en un debate a menudo dominado por intereses más poderosos' (...) Necesitamos fortalecer la conciencia de que somos una sola familia humana. No hay fronteras ni barreras políticas o sociales que nos permitan aislarnos, y por eso mismo tampoco hay espacio para la globalización de la indiferencia" ("Laudato Si", disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si.html).

11 La desmesurada extensión que suele atribuirse a los deberes derivados del ejercicio del poder de policía conduce muchas veces a que se responsabilice al Estado por hechos en los cuales sus órganos no tuvieron intervención pero a los que se les imputa falta de control, vigilancia o seguimiento. La doctrina civilista ha dicho al respecto que sin intentar dispensar al Estado de tales deberes, "también nos apartamos de la visión simplificadora que busque siempre y en todos los casos la culpabilidad por omisión (...). El presupuesto del Estado, el dinero disponible para inversiones, limita sus posibilidades de actuación. Hemos aprendido que ese dinero no sale de una caja de Pandora sino del bolsillo de los contribuyentes. Es entonces, un gasto social..." (MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Visión iusprivatista de la Responsabilidad del Estado", en Revista de Derecho de Daños, "Responsabilidad del Estado", N° 9, Rubinzal Culzoni, 2000 p. 7 y ss.).

12 A ello se refirió la Corte Suprema, en un caso en que se pretendió responsabilizar al Estado provincial por falta de control sobre la actividad de parapente y de asistencia médica inmediata al accidentado en un vuelo. El Tribunal sostuvo que el deber de controlar y prestar auxilio inmediato no resultaba de la reglamentación ni era exigible en las circunstancias del caso, pues el deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en una obligación positiva de obrar evitando cualquier resultado dañoso, en palabras del Tribunal, "sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está

do que sólo responda en casos en los que una norma le imponga, con precisión de relojería, un deber concreto de actuar respecto de puntuales derechos (exigencia que puede reconducir a un *Estado irresponsable* por sus omisiones¹³).

El legislador de la Ley 26.944 ha reconocido expresamente que su fuente inmediata y principal no es sino la jurisprudencia del Máximo Tribunal, de modo que nos proponemos ensayar una lectura del novel texto legal desde la más cercana y relevante jurisprudencia de la Corte.

Analizaremos en primer lugar dos fallos del año 2011 vinculados con la seguridad en espectáculos deportivos, y un tercero de 2013, también vinculado con el bien jurídico seguridad pero esta vez en el ámbito del empleo público. Por último, nos ocuparemos de un precedente de marzo de 2015, relacionado con el incumplimiento del deber de seguridad ante un conocido atentado, tal lo fue el ataque a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) en julio de 1994, dos años después de otro lamentable atentado a la Embajada de Israel.

En suma, el antiguo brocardo de HAURIUO, “que haga pero que indemnice” sigue tan vigente como siempre, sólo que en los tiempos que corren y frente al elenco de derechos humanos denominados de segunda y tercera generación, debe ser convenientemente ampliado, pues bien es posible postular que “si no hace y aquéllos se lesionan, también debe indemnizar”.

II. LOS CASOS “MIGOYA” Y “MOLINA”. LA CSJN CONDENA AL ESTADO POR SU ACTUACIÓN EN EL CONTROL DE ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS

En la evolución jurisprudencial sobre responsabilidad del Estado por actividad ilícita destacan varios fallos vinculados con casos de violencia en el fútbol. Las sentencias de la Corte emitidas en los precedentes “Migoya” y “Molina” se inscriben en esa línea.

Nuestro Derecho Público carecía, hasta fecha muy cercana¹⁴, de normas que atendiendo a su especial naturaleza regulasen con carácter general muchos de los principales institutos del Derecho Administrativo, entre ellos, el de la responsabilidad estatal.

Ante el vacío legislativo y como sucede en otras materias de Derecho Público nacional (v. gr. el proceso administrativo, carente de regulación en la órbita federal), cobra especial relevancia la voz de la jurisprudencia y, dentro de ella,

obligado a responder” (“Cohen”, 30/05/06, Fallos: 329:2088, considerando 10).

13 Desde este punto de vista restrictivo, el Estado sólo respondería cuando una norma expresa y concretamente establezca un deber específico de actuar. La norma debe describir “típicamente” la concreta conducta estatal debida. No es difícil advertir que si se exige la precisa descripción normativa de la conducta debida, las posibilidades de obligar al Estado a actuar o, en su caso, responder patrimonialmente por la omisión, se reducen notablemente.

14 La primera ley de regulación sistemática de la responsabilidad estatal es la Ley 26.944, promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014.

la del Máximo Tribunal federal. Ha sido la Corte la que, en una constante evolución, moldeó los contornos del deber de reparar cuando es el Estado quien actúa (u omite actuar) y genera o da lugar a que se genere un daño a los particulares.

Ese fantástico deporte llamado fútbol¹⁵, que en su esencia es celebración y alegría, no siempre es comprendido de ese modo por quienes asisten a presenciarlo. Normalmente son pequeños grupos violentos los que dan lugar a situaciones en las que la vida e integridad de los espectadores es puesta peligrosamente en riesgo cuando no directamente afectada. Dado que en los torneos oficiales de primera división la seguridad en los estadios está a cargo de las fuerzas policiales, no es raro que el Estado sea uno de los sujetos pasivos de las acciones reparatorias iniciadas por quienes han sufrido algún daño, imputándole a la autoridad policial sea responsabilidad por omisión (por no haber hecho nada o haber actuado insuficientemente) o por acción, en supuestos de exceso en el uso de la fuerza.

Fue el caso de una bomba de estruendo colocada y detonada en el vestuario del club visitante en un partido entre Instituto de Córdoba y San Lorenzo de Almagro el que dio lugar a las lesiones sufridas por el defensor azulgrana CLAUDIO ZACARÍAS y al caso homónimo, resuelto por la Corte¹⁶.

En ese fallo –en lo que aquí interesa– se analizó la responsabilidad del Estado cordobés (más específicamente, de su policía) por la omisión en la detección de la mentada bomba, colocada por la “barra brava” del conjunto local sin que esa fuerza de seguridad lo hubiere advertido.

Se le imputaba a la policía no haber hecho lo suficiente como para evitar la explosión y el daño, es decir, se le adjudicaba el incumplimiento del deber genérico de seguridad. La Corte dio aquí un paso fundamental, pues hasta entonces y ante la inexistencia de un deber específico estatal de cumplimiento (esto es: la carencia de una norma que expresamente determine cuáles son los recaudos a adoptar por la policía in concreto para cumplir con sus deberes en la custodia del espectáculo deportivo¹⁷), la solución clásica era el rechazo directo de la acción.

15 “Dinámica de lo impensado”, en palabras de DANTE PANZERI; “un milagro a través del cual Europa encontró la manera de odiarse sin destrozarse”, según PAUL AUSTER; “una fantasía, dibujitos animados para mayores”, para OSVALDO SORIANO. En cualquier caso, una celebración de la vida, en mi entendimiento (para más definiciones no técnicas pero sí bellas y/o curiosas, <http://la-pelota-no-dobla.blogspot.com/2011/05/30-definiciones-de-futbol.html>)

16 “Zacarías”, CSJN, Fallos, 321:1124 (1998).

17 Estándar del artículo 1074 del CC, que exige el incumplimiento de una obligación específicamente establecida por la ley para que proceda la responsabilidad por omisión en el ámbito del Derecho Privado (COMADIRA, JULIO R. y CANDA, FABIÁN, “Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso Administrativa)”, LL, 1996-A-600).

En otras palabras, si el deber estatal incumplido no era específico y concreto la responsabilidad por omisión resultaba improcedente¹⁸. En “Zacarías”, en cambio, se sostiene que *no por tratarse de un deber genérico debía desecharse de plano la responsabilidad del Estado, sino que correspondía analizar cómo dicho deber fue cumplido teniendo en consideración: a) la naturaleza de la actividad, b) los medios de que disponía el servicio, c) el lazo que unía a la víctima con el servicio, y d) el grado de previsibilidad del daño.*

En aquel caso, y luego de verificar estos cuatro requisitos, el Tribunal rechazó la pretensión contra el estado cordobés, pues entendió que el deber genérico de seguridad había sido debidamente atendido por el Estado.

Similar criterio fue seguido por la Corte en el precedente “Mosca”¹⁹ –vinculado con un chofer de periodistas de un diario que, encontrándose del lado de afuera de la cancha esperando la terminación del partido Lanús-Independiente fue alcanzado por un cascote lanzado desde adentro del estadio– aunque en este nuevo caso la Corte profundizó el análisis relativo a cuándo procede la responsabilidad estatal por omisión de un deber genérico, *al establecer que éste “debe ser motivo de un juicio estricto”²⁰ que se basa en a) “la ponderación de los bienes jurídicos protegidos” y b) “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.*

Por cierto, también “Migoya” y “Molina”²¹ *tienen su origen en hechos de violencia, al punto de expresar la Corte que la ocurrencia de daños en los partidos constituye una “lamentable realidad” de cotidiano suceso en nuestra sociedad, causada por la violencia de los hinchas, la inadecuación de los estadios y la falta de medidas tendientes a evitarlos²².*

¿Cuál es el aporte de estos fallos en esa evolución jurisprudencial?

En primer lugar, si bien en “Zacarías” y “Mosca” se ampliaron las causales de responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de seguridad al afirmarse que del hecho de tratarse de un “deber genérico” no se seguía como consecuencia necesaria la irresponsabilidad, sino que había que analizar el cumplimiento de dicho deber en el caso concreto, no lo es menos que en aquellos dos precedentes el Estado no fue responsabilizado.

18 Cfr. la evolución jurisprudencial en nuestro trabajo “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, op. cit.

19 CSJN, 2007, Fallos: 330:563.

20 Sienta así una regla de importancia: si se imputa el incumplimiento de un deber genérico, la responsabilidad debe ser evaluada con “juicio estricto”, lo que indica un criterio de evaluación restrictivo por el cual sólo procederá en casos donde el incumplimiento resulte claro, a la luz de los requisitos que enuncia seguidamente.

21 CSJN, “Migoya”, M. 341. XXXVI. ORI, y “Molina”, M. 31. XXXVII. ORI, ambos del 20/12/2011.

22 Considerando 5 de “Migoya”, con cita de “Zacarías” y “Mosca”.

Los casos bajo estudio, en cambio, son los primeros en los cuales la CSJN decide condenar por responsabilidad estatal ilícita a las provincias de Buenos Aires y de Santa Fe, respectivamente, por la actuación de sus fuerzas policiales en los estadios de fútbol bajo la doctrina de “Zacarías” y “Mosca”, es decir, ante el incumplimiento de deberes genéricos²³.

Como segundo aspecto interesante, *la CSJN aplica los estándares diseñados para la responsabilidad del Estado por omisión a casos en los cuales lo que estaba en juego no era la falta de intervención policial o la intervención insuficiente (típicas situaciones omisivas, como las tratadas en “Zacarías” y “Mosca”) sino el exceso en el ejercicio de la policía de la seguridad (responsabilidad por acción), con lo cual la CSJN adhiere a una doctrina unificada de la responsabilidad por actividad ilícita, aplicable tanto a supuestos de daños originados por acción como por omisión estatal.*

En tercer lugar, los fallos vienen a ratificar que *el factor de atribución “falta de servicio” se encuentra en el núcleo de la responsabilidad estatal por actividad ilícita activa u omisiva²⁴.*

Como cuarta nota, cabe señalar que los precedentes bajo estudio analizan la responsabilidad estatal sin necesidad de encuadrarla expresamente en norma alguna del Código Civil (CC); estamos, pues, ante una construcción jurisprudencial que, prácticamente sin recurrir al Código Civil²⁵, estableció los requisitos de procedencia de la responsabilidad por actuación irregular del Estado tanto por omisión (“Zacarías”, “Mosca”) como por acción (“Migoya”, “Molina”). No puede omitirse señalar que los requisitos fijados por la CSJN en los fallos que nos ocupan fueron luego literalmente copiados en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado en su versión original. De este modo, se regulaba la responsabilidad estatal pese a tratarse claramente de una materia ajena al Derecho Privado y propia del Derecho Administrativo.

23 En “Zacarías” se había condenado el club local y eximido a la AFA y al Estado; en “Mosca” se condenó al club local y a la AFA (constituyendo en este aspecto un leading case) pero se eximió de responsabilidad al Estado.

24 Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”, LL, 2009-F-, 1226, y “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”, LL, 2005-D-, 1268. En relación con el factor de atribución en el tipo de responsabilidad bajo estudio, ver PERRINO, PABLO E., “La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, LL, 24-8-2011.

25 De los cuatro fallos más arriba mencionados, en el único en el que aparece una cita del Código Civil en lo atinente a la responsabilidad estatal es en “Mosca”, al valorarse que el obrar policial había sido conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, lo cual no genera responsabilidad según el Código Civil (artículos 901 a 906) (considerando 6). Adviértase la ausencia de citas de los artículos clásicamente invocados para el estudio de la responsabilidad estatal (artículos 1112, 1109, 1113, CC).

El artículo 1764 del proyecto original expresaba: “*Responsabilidad del Estado*. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor (...). Para tales fines se debe apreciar *la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño*” (cursiva agregada).

Se desprende de esta redacción que las notas de la responsabilidad por actividad ilícita (en sus vertientes activa y omisiva) son su carácter objetivo y la apreciación de las circunstancias concretas en que se suceden los hechos bajo los estándares diseñados en “Zacarías” y “Mosca” (responsabilidad por omisión) y reiterados en “Migoya” y “Molina” (responsabilidad por acción).

Desde otro perfil, se observa que en *los cuatro relevantes casos* vinculados con la violencia en el fútbol *los demandados son los mismos* (clubes, AFA, Estado), *mas los condenados se van ampliando*. En “Zacarías”, sólo los clubes; en “Mosca”, clubes y AFA; en “Migoya” y “Molina”, clubes, AFA y Estado.

Por último, y para el debate, en “Migoya” *la CSJN analiza la actividad de la fuerza de seguridad en el estadio de fútbol como una actividad que genera una obligación prácticamente de resultado*, cuya contracara es *el derecho de asistir a un espectáculo sin sufrir daño alguno*, apartándose así, como veremos, de lo sostenido en otros precedentes, incluido el caso “Mosca”.

II.1. El caso “Migoya”

II.1.1. Los hechos

Los hechos se ubican en un partido del Torneo Nacional B entre Quilmes y Nueva Chicago, disputado el 6 de noviembre de 1999 en el estadio del equipo “cervecero”²⁶.

La histórica buena convivencia entre ambas parcialidades hacía prever un espectáculo tranquilo²⁷ y así parecían vivirlo los asistentes a una cancha no demasiado poblada cuando el accionar de la policía dio lugar a una represión que provocaría innumerables heridos, tal como puede apreciarse en videos de la época²⁸.

Según surge del fallo –y puede apreciarse también en los mentados videos– los hechos se sucedieron al ingresar la hinchada de Chicago a la tribuna que le

26 Queda para la anécdota que la campaña del equipo de Mataderos no era de las mejores y que sus jugadores llevaban, según las crónicas de la época, cuatro meses sin cobrar.

27 Las hinchadas de ambos equipos guardaban entre sí una antigua “amistad” (de esas que, excepcionalmente, suelen darse en nuestro medio futbolístico) que llevó –según las crónicas de por entonces– a evaluar la posibilidad de, como prueba piloto, jugar el encuentro sin presencia policial.

28 Los médicos de ambas instituciones debieron abandonar el campo de juego con el partido en marcha, para atender a las personas heridas refugiadas en el vestuario de Chicago y que ascendían, según los testimonios del comisario deportivo, a 40 simpatizantes (un documento

fuera asignada y hacer detonar bombas de estruendo. La policía intentó entonces detener a los autores de las explosiones, pero la hinchada impidió la detención, produciéndose forcejeos que derivaron en una desmedida represión policial que causó heridas a varios asistentes, entre ellos, el aquí actor²⁹.

II.1.2. La responsabilidad de la provincia de Buenos Aires. Particularidades

La Corte interviene en instancia originaria aduciendo el prolongado trámite de la causa y el tiempo transcurrido desde el llamado de autos para sentencia, sin perjuicio de no tratarse de una “causa civil” en los términos de su última doctrina expresada en el caso “Barreto”³⁰.

Al analizar la responsabilidad de la provincia, comienza por recordar que la responsabilidad extracontractual por el hecho de sus agentes no es “indirecta ni basada en la culpabilidad” sino “directa” e imputable al “órgano” cuando éste presta un “servicio público” de manera irregular³¹.

Es una responsabilidad que deriva de la “prestación inadecuada del servicio”, de una “violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular” que exige realizar “una apreciación en concreto” según los parámetros de “Zacarías” y “Mosca”³². Así entendida, es un juicio sobre la prestación del servicio “y por ello la responsabilidad es objetiva”, es decir, no interesa identificar al agente que en concreto incumplió ni determinar si actuó con culpa o dolo. Lo que importa es establecer si el “servicio” fue prestado regular o irregularmente, alcance que hay que darle –en el ámbito del Derecho Público– al concepto indeterminado “responsabilidad objetiva”³³.

Dicho esto, la CSJN recuerda que el “servicio de policía de seguridad se debe llevar a cabo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido

audiovisual interesante para tener una idea de lo que sucedió aquel día: <http://www.youtube.com/watch?v=ECH2YprJFtw> y <http://www.youtube.com/watch?v=z9jkh1JY79k>).

29 Cfr. considerando 2 del fallo. Las balas de goma disparadas por la policía alcanzaron a MIGOYA en su cuerpo, por lo que debió recibir asistencia médica en el vestuario visitante y luego en un hospital.

30 Considerando 1 del fallo.

31 Considerando 3. Cita los casos de Fallos: 321:1124 (“Zacarías”); 330:563 (“Mosca”) y 330:2748 (“Serradilla”), pero el origen de esta doctrina puede rastrearse en “Ferrocaril Oeste” (03/10/1938) y, más explícitamente, en “Vadell”, 1984, Fallos: 306:2030).

32 La naturaleza de la actividad; los medios de los que dispone el servicio; el lazo que une a la víctima con el servicio; el grado de previsibilidad del daño.

33 Como lo ha dicho la doctrina, el concepto de responsabilidad objetiva estatal “no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso”, pues “la responsabilidad por falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. Ello es así pues el comportamiento desplegado por la Administración no es irrelevante para la configuración de la falta de servicio, ya que no basta acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal para dar lugar al pago de una indemnización” toda vez que “es preciso demostrar el anormal o irregular funcionamiento de la Administración” cuya determinación en concreto debe hacerse

establecido” y que el Estado responde tanto ante su “incumplimiento” como ante su “ejecución irregular”³⁴.

Al analizar una típica función de policía como si se tratase de un “servicio público”, la Corte otorga al concepto “servicio público” un alcance mucho mayor del que hoy posee³⁵, identificándolo, prácticamente, con función administrativa³⁶.

En otras palabras, cuando la Corte señala que el Estado responde por el funcionamiento anormal o inadecuado de los “servicios públicos” no debe interpretarse esto de modo literal, pues de su propia jurisprudencia se desprende que no sólo los daños ocasionados por deficiente prestación de los servicios públicos quedan comprendidos, sino en general los causados por cualquier tipo de actividad estatal irregularmente prestada. Prueba cabal son los dos casos bajo comentario, que versan sobre la actividad de policía arquetípica, tal es la de seguridad, a la que la Corte refiere como “*servicio de policía de seguridad*”³⁷.

II.1.3. La responsabilidad por actividad ilícita activa u omisiva. Unificación de sus requisitos esenciales

La Corte alude a la “responsabilidad extracontractual” del Estado para referirse a la responsabilidad del Estado por actividad ilícita, sea por acción (“Migoya” y “Molina”) como por omisión (“Zacarías” y “Mosca”)³⁸.

sobre la base de los estándares fijados en los casos “Zacarías” y “Mosca” (cfr. PERRINO, PABLO, “La responsabilidad patrimonial de los entes reguladores por incumplimiento de las funciones de vigilancia”, en *Servicio público, policía y fomento*, RAP, Buenos Aires, 2004, p. 609).

34 Considerando 4. Recuérdese que no sólo de servicios públicos se nutren las formas de la actividad administrativa. Existe también la actividad de policía y la de fomento (cfr. CANDA, FABIÁN, “Régimen jurídico de la actividad de policía”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, op. cit., p. 123 y ss.) y el ejercicio propio de la función administrativa (v. gr. actividad específica de los ministerios tal como la atención de la salud, de la educación pública, la defensa nacional, etc.).

35 Hasta el absolutismo, lo que conocemos como Administración reducía su actividad a la coacción, función que hoy denominamos actividad de policía. En la Europa de los siglos XVII y XVIII los Estados comenzaron a incentivar ciertas actividades de los particulares, que es lo que en el presente conocemos como fomento y, por último, en el siglo XIX el Estado inicia su experiencia como productor de bienes y dador de servicios, es decir, la etapa del Estado como prestador de servicios públicos (SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, 2ª ed., Madrid, 2000, ps. 299-300).

36 Con lo cual viene a coincidir con el amplio alcance dado a la noción en Francia durante el apogeo de la denominada “Escuela de Burdeos” o “del servicio público” de los profesores GASTÓN JEZE y LEÓN DUGUIT, que procuró desplazar la noción de soberanía como concepto central sustituyéndola por la idea de servicio público. El funcionamiento “anormal” de los servicios públicos como causal genérica para que proceda la indemnización a favor de los particulares aparece en la legislación española de mediados del siglo pasado (Ley de Expropiación Forzosa de 1954, artículo 121.1) y se mantuvo en la LRJAP N° 30/92, 139.1 (ver SANTAMARÍA PASTOR, op. cit., Vol. II, ps. 306-307, 476 y 486).

37 Considerando 4.

38 En nuestro criterio, en el ámbito del Derecho Público las clasificaciones que interesan

Cuando en el fallo la CSJN preceptúa que el Estado responde tanto ante el “incumplimiento” como ante la “ejecución irregular” de su actividad, está refiriendo a las dos posibles conductas que dan lugar a la responsabilidad por actividad ilícita: la omisiva (incumplimiento) y la activa (ejecución irregular).

Así, existirá *responsabilidad estatal por omisión* cuando *el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omite antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño en definitiva sucedido.*

Asimismo, se configura la *responsabilidad estatal por actividad ilícita* cuando *el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, realice actos o hechos contrarios al ordenamiento jurídico que resultan razonablemente idóneos para producir el daño sucedido.*

El caso en estudio, como ya dijéramos, encuadra en la responsabilidad por actividad ilícita por acción. El *elemento subjetivo* (Estado) ciertamente está presente, pues la policía pertenece a los cuadros de la Administración; la conducta (represión) es imputable a sus órganos (*imputabilidad*) y es de naturaleza positiva, *por acción* (no omisión) en ejercicio de la función de seguridad. Esta competencia estatal fue ejercida irregularmente (con *antijuridicidad*) siendo *causa adecuada* del daño invocado (daño físico, lesiones, daño moral producto de los disparos con balas de goma).

Se reúnen así los requisitos de *imputabilidad, antijuridicidad, nexa causal y daño* que caracterizan a la *responsabilidad estatal por actividad ilícita por acción.*

II.1.3.1. ¿La actividad de policía de la seguridad genera un deber de resultado?

Una de las particularidades de “Migoya” radica en la afirmación que la Corte hace en cuanto a que “la seguridad —entendida como el derecho de asistir a un espectáculo público sin sufrir daño alguno— es un propósito que debe constituir la máxima preocupación por parte de quienes lo organizan, así como de las autoridades públicas encargadas de su fiscalización”³⁹, *enrolándose así en una posición cercana a la “obligación de resultado”* que se exige, en el caso bajo estudio, no sólo del organizador sino también del Estado que ejerce la actividad de policía.

Si bien la referencia al “derecho de asistir a un espectáculo sin sufrir daño alguno” está extraída del considerando 7 de “Mosca”, debe aclararse que en dicho considerando de aquel precedente no se estaba analizando la responsabilidad del Estado, sino la del club organizador.

en materia de responsabilidad son las atinentes a responsabilidad por actividad ilícita (que puede provenir de una relación tanto contractual como extra) y lícita (ídem), pues es en ese plano donde se verifican diferencias de régimen jurídico, al exigirse en la última de las citadas, además de la imputabilidad, el daño y el nexa causal, la existencia de un sacrificio especial que no exista el deber de soportar (cfr., por todos, CSJN, “Columbia”, Fallos: 315:1026).

39 Considerando 5 *in fine*, con cita del considerando 7 del fallo “Mosca”.

En “Mosca”, los alcances del deber de seguridad a cargo del Estado fueron analizados desde una perspectiva diferente, desechándose que pudiese tratarse de una obligación de resultado. En efecto, la Corte tuvo en cuenta que el servicio de seguridad no está definido legalmente de modo expreso y determinado “y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado y que no registra antecedentes en el derecho comparado”, para agregar luego que sería irrazonable que el Estado asuma que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, pues ello requeriría un grado de previsión insoportablemente costoso y lesionaría las libertades de los propios ciudadanos a proteger⁴⁰.

En suma, en el marco de la relación de consumo protegida por el artículo 42 CN la contracara del deber de seguridad es el derecho a asistir a un espectáculo sin sufrir daño alguno, obligación de resultado que hasta “Mosca” la CSJN aplicó al organizador del espectáculo y no al Estado en ejercicio de la actividad de policía.

Sin embargo, en “Migoya” la CSJN aplica al Estado el estándar utilizado en “Mosca” para el organizador, esto es, el de procurar asegurar al espectador en el marco de la relación de consumo la asistencia sin daño alguno, lo cual denota una ampliación en la responsabilidad estatal que quedará comprometida en un nivel similar a la del organizador del evento, pese a que entre el espectador y el Estado prestador de la seguridad no exista una “relación de consumo” en los términos del 42 CN y de la Ley 24.240.

II.1.3.2. Deber de seguridad preventivo y represivo. La falta personal separable del servicio

Se advierte en “Migoya” una preocupación por estandarizar el deber de seguridad a cargo del Estado, distinguiendo entre *deber de seguridad preventivo* y *represivo*. El primero exige “la adopción de las medidas idóneas de prevención y control”. La inexistencia o insuficiencia de tales medidas implicaría una responsabilidad por omisión del deber de seguridad.

Ahora bien, una vez desencadenados los disturbios, nace el *deber de seguridad represivo cuyas notas son la “disuasión y contención”*⁴¹.

La Corte analiza luego si se cumplió con el deber de seguridad preventivo. Evalúa, en tal orden de ideas, la cantidad de efectivos destinados, la designación de autoridades policiales responsables del operativo y de especialistas⁴², la afectación de “móviles”, la asignación de armamento, etc., concluyendo que las me-

40 Considerando 6 de “Mosca”.

41 Considerando 5 *in fine*.

42 Designación de perito en explosivos que realizaría un relevamiento de las instalaciones del estadio (recuérdese los hechos del caso “Zacarías”).

didadas adoptadas fueron adecuadas y descartando, por tanto, que hubiera habido una omisión en las medidas de “prevención y control”.

Aclara, asimismo, que la provisión de las balas de goma no constituye, de por sí, un obrar ilegítimo, pues tales proyectiles no son letales y buscan neutralizar los desmanes que se pudieran producir, por lo que hay que analizar cómo fueron utilizados en el caso concreto.

Al valorar el ejercicio en concreto del deber de seguridad represivo, la Corte concluye que el obrar policial fue “inadecuado” (considerando 8) pues se reprimió salvajemente, disparándose proyectiles de goma desde distancias mínimas, inclusive por la espalda, configurándose una irregular prestación del servicio por exceso en el uso de los medios coercitivos lícitos⁴³, lo que deriva en la responsabilidad del Estado “por su falta en la prestación del servicio de seguridad” (considerando 13).

Ahora bien, en su fallo la Corte cita la palabra del oficial policial a cargo del operativo y la de otro efectivo a cargo del control de la tribuna visitante, quienes señalan que la superioridad de esa fuerza no dio la orden de reprimir sino la de replegarse, por lo cual la represión fue una “reacción espontánea del personal policial”⁴⁴.

Esta cuestión no fue profundizada en la sentencia, pero cabría preguntarse si el obrar de un policía que, no obstante recibir una orden expresa en un sentido decide actuar en otro y hace uso de un arma pese a que se le indica replegarse, no trasunta un supuesto de “*falta personal separable del servicio*” en los términos en los que lo ha receptado la doctrina y la jurisprudencia.

Una aproximación a este concepto puede verse en el voto disidente del juez VÁZQUEZ en el caso “Welter”⁴⁵, en el cual se expresó que hay falta personal “cuando se evidencia la intención del funcionario de obrar en su propio interés o por cuenta propia” (con cita de BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, T. I, Ed. 1921, p. 315 y ss.) “sea abusando de sus atribuciones o excediéndose voluntariamente de los límites de sus facultades y deberes (...) Por consiguiente tratándose de hechos estrictamente personales no puede haber responsabilidad de la administración, sino simplemente, responsabilidad individual del agente. Tal es la aplicación del criterio determinante tanto en el sistema francés, cuanto

43 Es interesante la distinción entre medios coercitivos lícitos (v. gr. las balas de goma) y su ejercicio (que pudo ser lícito o ilícito). La combinación medios lícitos + ejercicio ilícito encuadra en la responsabilidad del Estado por actividad ilícita (caso “Migoya” en comentario). La utilización de medios lícitos de modo igualmente lícito, no genera –en principio– la responsabilidad del Estado, a menos que al así utilizarlos se exija de alguien un sacrificio especial que justifique una indemnización (v. gr. revisión rigurosa del equipaje de un pasajero en un aeropuerto por razones de antiterrorismo, que le lleve a perder el vuelo).

44 Testimonios de los comisarios LENCINA y COLANTONI (considerando 11 del fallo).

45 CSJN, 2000, Fallos: 323:115.

en el argentino, para establecer la distinción entre *faute* (o culpa) *personnelle* y *faute* (o culpa) *de service*".

Es también el criterio que se desprende del voto de los jueces PETRACCHI, BELLUSCIO y BOSSERT en la causa "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A."⁴⁶. Se dijo en este voto que "... en principio, la administración pública no es responsable cuando el funcionario obra a título meramente personal, al margen de la función y en exclusivo provecho propio (con cita de BIELSA y del precedente del Consejo de Estado de julio 29 de 1943, "Compagnie de Tramways", cit. por SAYAGUÉS LASO en "Responsabilidad del Estado por acto o hecho administrativo", nota 41; J.A. 1950-II-Secc. Doctr- p. 48 y ss)".

Ciertamente, en casos como el que nos ocupa, responsabilizar exclusivamente al agente público tendría como contrapartida –atendiendo a la condición de policías de los autores de los disparos dañosos– la muy posible insatisfacción de la reparación por insuficiencia económica de los responsables. Tal vez pueda haber sido ésa una razón para que el Tribunal no ingrese en el estudio de la aludida falta personal, ya que de configurarse hubiera derivado en la consecuente eximición de responsabilidad del Estado.

II.2. *El caso "Molina". Remisión a los fundamentos dados en "Migoya". Conclusiones sobre la responsabilidad estatal por actividad ilícita en la jurisprudencia de la CSJN anterior a la Ley 26.944*

Era el mes de septiembre de 2000 y corría el entretiem po de Rosario Central-Vélez Sarsfield en cancha del primero cuando, al salir del baño del estadio para dirigirse a su ubicación en la tribuna alta, el simpatizante de la visita, ALEJANDRO MOLINA, fue agredido por la Policía de la provincia de Santa Fe. Al recibir varios disparos de balas de goma desde muy cercana posición, el actor sufrió la pérdida de la visión en uno de sus ojos.

El lesionado demandó patrimonialmente al policía autor de los disparos, a la Policía de Santa Fe, al club organizador y a la AFA.

En lo que aquí interesa, cabe señalar que se tuvo por probado que en el entretiem po la policía acudió a la zona de los baños del estadio rosarino para impedir que los hinchas de Vélez pasaran junto al alambrado que dividía de la hinchada rival y se arrojaran objetos contundentes. Al advertir un enfrentamiento entre ambas parcialidades, la policía reprimió lesionando, en el caso, a MOLINA con nueve balas de goma disparadas con una escopeta Ithaca desde muy corta distancia.

Luego de analizar la responsabilidad civil del policía que efectuó los disparos y concluir que había actuado negligentemente, la CSJN se ocupó de la

responsabilidad de la Policía de Santa Fe, condenándola con arreglo a los fundamentos dados en “Migoya”, sentencia emitida el mismo día⁴⁷.

Cuadra advertir que se trató –al igual que en el fallo al que se remite– de la responsabilidad del Estado por obrar activo ilícito, pues se tuvo por configurado un exceso en el ejercicio de la seguridad represiva, de modo que son de aplicación las reflexiones efectuadas al comentar el referido precedente.

Los fallos dados en materia de responsabilidad por acción u omisión en el deber genérico de seguridad en materia deportiva nos suscitan diversas reflexiones.

En primer lugar, el preponderante triste lugar que ocupa la violencia en el fútbol en los repertorios jurisprudenciales del derecho de daños, lo que nos da cuenta del fracaso de la denominada “seguridad preventiva” a cargo tanto de los organizadores (clubes y AFA) como del Estado en ejercicio de la función de seguridad.

Luego, la tendencia a unificar los requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal bajo estándares de base sustancialmente jurisprudencial. En tal sentido, los criterios establecidos en “Zacarías” y “Mosca” para la configuración de la responsabilidad por omisión, han sido transpolados en “Migoya” y “Molina” a la responsabilidad por actividad ilícita.

A resultas de la jurisprudencia que precede al dictado de la Ley 26.944, puede afirmarse que para la CSJN la responsabilidad del Estado en ejercicio de la función administrativa exige la existencia de una “falta de servicio”. Dicha falta constituye el “factor de atribución” de la responsabilidad estatal por actividad ilícita.

Se trata de una responsabilidad directa del Estado basada en la prestación inadecuada o anormal del servicio, sin que sea necesario identificar al autor ni probar su dolo o culpa.

¿Cómo se evalúa si existió tal “falta de servicio”?

Es necesario efectuar una “apreciación en concreto” (caso por caso) que tome en cuenta cuatro estándares: a) la naturaleza de la actividad; b) los medios de los que disponía el servicio; c) el lazo que unía a la víctima con aquél; d) el grado de previsibilidad del daño.

Estos criterios fueron inicialmente diseñados para explicar la responsabilidad por omisión en supuestos en los que se imputaba el incumplimiento de un deber genérico.

Recuérdese que en la jurisprudencia antigua de la CSJN, la responsabilidad por omisión sólo procedía cuando se vulneraba un deber específico que obligaba al Estado a actuar. El Estado no actuaba y a resultas de la omisión a dicho deber específico sobrevenía un daño.

47 Considerando 8.

En “Zacarías” y “Mosca”, la CSJN se muestra receptiva a la posibilidad de responsabilizar al Estado aun cuando el deber incumplido fuese genérico (deber de seguridad), pues sostiene que no por el hecho de tratarse de un deber genérico debe desecharse la responsabilidad estatal, sino que hay que evaluarla, en concreto, conforme los criterios antes enunciados para la “falta de servicio”.

Con todo, cuando deba apreciarse si el Estado violó o no un “deber genérico” a su cargo, la valoración debe partir de un “juicio estricto” basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (cfr. “Mosca”).

En “Migoya” y “Molina” el radio de acción de esta doctrina se amplía: también la responsabilidad por actividad ilícita dependerá de la configuración de una “falta de servicio” que deberá ser evaluada conforme los cuatro extremos enunciados más arriba.

Se llega así a una doctrina jurisprudencial unificada para la responsabilidad por actividad ilícita, pues tanto la responsabilidad por acción como la responsabilidad por omisión reconocen un mismo factor de atribución: la “falta de servicio”, que –además– ha de ser valorada teniendo en cuenta las circunstancias concretas en las que se sucedan los hechos dañosos según el tipo de actividad, los medios estatales disponibles, el vínculo entre la víctima y la autoridad estatal y la posibilidad de prever el daño.

Cuando la responsabilidad derive de una omisión a un deber genérico de actuación, habrá de ser apreciada restrictivamente, considerándose de modo especial los bienes jurídicos protegidos (v. gr. no será lo mismo la salud, la educación, el medio ambiente u otro bien social de alto vuelo que un derecho estrictamente patrimonial) y las consecuencias de la decisión que se adopte, de cara al futuro (es decir, el aspecto “previsor” de la sentencia en lo atinente a que en el futuro deberá seguirse igual criterio frente a similares casos).

Antes de pasar al último estadio de la evolución de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, que indudablemente se inaugura con la promulgación de la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal, no será ocioso detenernos en algún precedente posterior al tándem “Migoya”-“Molina”, que resulte representativo del pensar de la CSJN en su última composición y nos permita avizorar de qué manera podría el Máximo Tribunal interpretar algunas previsiones de la Ley 26.944.

III. EL CASO “CARBALLO DE POCHAT” (2013)⁴⁸

El luctuoso hecho que da origen al caso se vincula con un homicidio perpetrado por el esposo de una funcionaria de la Administración Nacional de

48 CSJN, 08/10/2013, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucia c/ ANSES si daños y perjuicios”, C. 127. XLVII.R.O.

Seguridad Social (ANSES) que era objeto de una investigación oficial por presuntos hechos de corrupción. Esa investigación estaba a cargo de un gerente de Investigaciones Especiales, el auditor Dr. POCHAT, quien resultó asesinado en las oficinas del ANSES Mar del Plata al recibir en su despacho al marido de la investigada, quien le disparó con un arma de fuego.

Para analizar la posible responsabilidad estatal, la CSJN recuerda el criterio sentado en los fallos que antes reseñamos, ratificando que el factor de atribución por excelencia en materia de responsabilidad por actividad ilícita es la falta de servicio, entendida como “una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular” que debe ser apreciada “en concreto” y “que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”. Recuerda también –citando “Mosca”– que cuando se trata de la responsabilidad por omisión derivada de un presunto incumplimiento de un deber genérico, la valoración debe hacerse con criterio estricto, ponderándose los bienes jurídicos en juego y las consecuencias generalizables de la sentencia (considerando 9).

Al apelar por vía de recurso ordinario el rechazo de la demanda resuelto por la Cámara, los actores imputaron diversas omisiones al organismo demandado, a saber: la no adopción de medidas adicionales de seguridad pese a estar investigándose hechos de corrupción; el no ofrecimiento de custodia personal; la falta de impedimento de acceso de quien sería el homicida, lo que habría llevado al auditor a “no tener otra opción” más que la de recibirlo en su despacho.

Para resolver, la Corte valoró la prueba reunida de la cual dedujo que la seguridad estaba a cargo de la Policía Federal, uno de cuyos efectivos se encontraba ese día en la sede de la ANSES; siendo oficinas de acceso público, se accedía sin trámite previo alguno; si quienes llevaban adelante las investigaciones consideraban que eran necesarias medidas especiales de seguridad, podían solicitarlas; que el homicida había ingresado tranquilo y calmo a la delegación con el objeto de acompañar un certificado médico de su esposa, entrevistándose primero con el interventor y luego con el auditor víctima del asesinato.

La CSJN tiene por probado que existía una recomendación para quienes investigaban hechos de corrupción de solicitar, si así lo estimaban, medidas adicionales de seguridad. Dice el Tribunal que “no existe en el caso de autos una omisión por parte del demandado al deber de seguridad” pues “la víctima no había solicitado una custodia policial adicional *que hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente*”, toda vez que “cuando la responsabilidad del Estado se funda en mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado

en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y en las consecuencias generalizables de la decisión a tomar” (cursiva agregada).

Nuevamente se repite el esquema argumental típico seguido a partir de “Zacarías” y “Mosca”: ante la ausencia de un deber de obrar específico incumplido, se analiza el posible incumplimiento del deber genérico de seguridad. Esta evaluación es “estricta” (en el sentido de que es severa, pues no cualquier incumplimiento de un deber genérico acarrea responsabilidad del Estado, evitando así que se convierta a éste en un gran asegurador de todo daño), llegándose a la conclusión, en el caso, de que dicho deber genérico tampoco fue vulnerado.

Desde el punto de vista dogmático, lo más relevante del caso consiste, en nuestro parecer, en el hecho de que la Corte reconoce que de haber solicitado el auditor custodia adicional “*hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado (...) basado en una obligación preexistente*”.

IV. EL CASO “FAIFMAN” (2015)⁴⁹

La actora reclamó daños y perjuicios al Estado Nacional a resultas de la conducta omisiva en el cumplimiento del deber de seguridad estatal de prevención del trágico atentado a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), en el que perdiera la vida el cónyuge de la accionante.

El Estado argentino opuso la excepción de prescripción, que fue rechazada por la Corte en el entendimiento de que éste había renunciado a aquélla al suscribir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (a la que habían acudido varias organizaciones no gubernamentales para hacer efectiva la responsabilidad estatal) un acuerdo en el cual el gobierno nacional manifestó que reconocía su responsabilidad “ya que existió un incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado las medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el atentado, teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un hecho terrorista contra la embajada de Israel en Argentina”.

Este acuerdo, en el que entre otros tópicos el Estado se comprometía a promover una ley de reparación, fue aprobado por Decreto 812/2005. El Poder Ejecutivo Nacional (PEN) envió un proyecto de ley en los términos de lo acordado, el cual obtuvo sólo media sanción en el Congreso y perdió luego estado parlamentario.

La Corte sostuvo que el Estado había reconocido de modo incondicional y absoluto su responsabilidad, por lo que era inadmisibles la alegada falta de relación causal entre la omisión estatal y la muerte del cónyuge de la actora, pues había sido el propio Estado el que había admitido que la muerte de las víctimas

49 CSJN, 10/03/2015, “Faifman, Ruth Myriam y otros c/Estado Nacional s/daños y perjuicios”, disponible en: http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/danos_perjuicios_i/1adm0059098390000.html.

del atentado “le era imputable por el incumplimiento de su función de prevención” (considerando 17).

En lo que aquí interesa cuadra puntualizar que el deber incumplido no era sino el deber genérico de seguridad en la prevención del atentado. Este deber genérico, empero, se hallaba potenciado pues, tal como surge del Acta acuerdo suscripto por el Estado ante la CIDH –luego aprobado por Decreto 812/2005–, “existió un incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado las medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el atentado, teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un hecho terrorista contra la Embajada de Israel en Argentina...”⁵⁰.

En resumidas cuentas, el Estado argentino reconoció internacionalmente su responsabilidad por omisión del deber de seguridad porque hubo un gravísimo hecho anterior (atentado a la Embajada de Israel) que debió llevarlo a adoptar medidas de prevención que evidentemente no instrumentó.

Este modo de razonar es extremadamente importante para nuestro objeto de estudio, pues tanto el PEN al aprobar el acuerdo por decreto, como la CSJN al valorarlo en oportunidad de resolver la responsabilidad estatal, tuvieron en cuenta que el deber genérico de seguridad en la prevención de atentados se vio potenciado por un antecedente fáctico: la existencia de un atentado similar dos años atrás que no obstante su gravedad no llevó al Estado a profundizar en la prevención de nuevos hechos, los que finalmente se sucedieron.

Adviértase que no existía, en el caso, una norma que de modo “expreso y determinado”⁵¹ consagrara un deber que, al ser incumplido, generara la responsabilidad estatal.

Las normas en materia de policía de la seguridad son genéricas: establecen competencias de los cuerpos policiales para la prevención y represión de delitos, pero en la especie existía un antecedente fáctico –el atentado a la Embajada de Israel de dos años antes– que habría tornado aquel deber genérico en un deber determinado por el conocimiento del antecedente que obligaba ahora a adoptar medidas de prevención orientadas a evitar su reiteración. Supo el Estado que un grave atentado a la seguridad había acontecido y sin embargo no potenció el deber de seguridad que presumiblemente le habría posibilitado prevenir futuros atentados similares.

En otras palabras, el daño se había vuelto previsible por la existencia de antecedentes similares que hacían necesario potenciar el deber de prevención, no obstante lo cual nada se había hecho en tal sentido.

50 Considerando 9, en el que transcribe el acuerdo.

51 La Ley 26.944 exige como requisito para que proceda la responsabilidad por omisión que se demuestre “la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (artículo 3, inciso *d*).

V. LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN. SÍNTESIS

A modo de síntesis puede afirmarse que el método de análisis frente a un caso de responsabilidad del Estado por omisión hasta la sanción de la Ley 26.944 era el siguiente⁵²:

a) ¿Se trató del incumplimiento de un deber específico o genérico?

Si el deber incumplido era específico existirá “falta de servicio” y, de reunirse los demás requisitos de procedencia propios de la responsabilidad, corresponderá reconocerla (imputabilidad, nexo causal y daño).

Si el deber incumplido era genérico, la responsabilidad por omisión deberá ser objeto de “un juicio estricto” (es decir, procederá sólo con carácter restrictivo).

Ese “juicio estricto” se basará en “la ponderación de los bienes jurídicos protegidos” y “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”⁵³.

La cuestión de la ponderación de los bienes jurídicos en juego para determinar la procedencia de decisiones jurisdiccionales contra el Estado nos parece por demás acertada⁵⁴. Ciertamente, cuando mayor sea la entidad del bien jurídico afectado por la omisión del deber genérico (v. gr. cuando la omisión genérica afectó la vida, la integridad física o la salud, el medio ambiente, el derecho a la educación, etc.) mayores serán las posibilidades de procedencia de la responsabilidad. Pero, a la vez, habrán de valorarse las consecuencias generalizables de la decisión jurisdiccional a adoptar (en otras palabras, si el tribunal reconoce que el incumplimiento de una omisión genérica da lugar la responsabilidad en un caso, deberá asumir que en todos los casos análogos también deberá declararla y mensurar qué incidencia tiene esa generalización para el interés público).

52 Según los criterios seguidos por la CSJN a partir de los precedentes “Zacarías” (Fallos: 321:1124) y “Mosca” (Fallos: 330:563).

53 CSJN, “Mosca”, op. cit.

54 Los bienes jurídicos en juego son ciertamente relevantes para la procedencia de decisiones jurisdiccionales contra el Estado. En materia cautelar, por ejemplo, los requisitos de procedencia e inclusive las exigencias procesales de las medidas cautelares contra el Estado se flexibilizan cuando se trate de derechos que recaen sobre sectores socialmente vulnerables, se encuentre comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental. Cuando están en juego tales bienes, la medida cautelar no pierde eficacia pese a haber sido dictada por un juez incompetente; puede decretarse sin necesidad de correr un informe previo al Estado demandado; no rige el límite temporal de vigencia de seis meses; procederá la contracautela meramente juratoria; no tendrá efecto suspensivo la apelación contra cautelas que suspendan normas de rango legal (cfr. artículo 2, inciso 2; artículo 4, inciso 3; artículo 5; artículo 10; artículo 13, inciso 3 de la Ley 26.854). Parece subyacer en estas previsiones la idea de que: “El proceso judicial (...) es el proceso social mediante el cual los jueces confieren un significado a nuestros valores públicos” (FISS, OWEN, *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 23).

b) Aceptado que el Estado omitió el cumplimiento de un deber genérico y, por su intermedio, afectó bienes jurídicos de entidad y que la eventual decisión favorable de reparar sea susceptible de generalizarse a casos análogos, habrá todavía que considerar: *i*) la naturaleza de la actividad, *ii*) los medios de que disponía el servicio, *iii*) el lazo que unía a la víctima con el servicio, y *iv*) el grado de previsibilidad del daño⁵⁵.

Por ejemplo, en el caso de reiteradas denuncias por accidentes con animales sueltos en la ruta, el deber de seguridad genérico se potencia, al tornarse el daño previsible.

Similar criterio debe seguirse si una mujer denuncia reiterados hechos de violencia doméstica a manos de su pareja y la Justicia y/o la policía omiten actuar, hasta que finalmente se produce un trágico final.

Idéntica reflexión puede hacerse respecto de la seguridad en ciertos espectáculos deportivos (v. gr. el fútbol) por la previsibilidad de los hechos de violencia que suelen sucederse en los estadios.

En este sentido es sumamente ilustrativo el ya comentado precedente “Faiman” de la CSJN, en el cual el Tribunal ponderó que el propio Estado había reconocido su responsabilidad por omisión en el deber de seguridad, basado en que no se habían adoptado medidas de prevención pese a la existencia dos años antes de un grave precedente, como lo fue el atentado a la Embajada de Israel.

Por el contrario, si el grado de previsibilidad es bajo o nulo (v. gr. daño en un camino sufrido por un automotor a resultas de la nevada de julio de 2007 sobre Buenos Aires), las posibilidades de que el Estado responda por el incumplimiento de un deber genérico se esfuman.

Asimismo, el lazo que une a la víctima con el servicio puede facilitar, en ciertos casos, el reconocimiento de la responsabilidad (v. gr. en el caso “Pochat”, se trataba de un dependiente de la propia Administración que fue asesinado al realizar una tarea de fiscalización sobre posibles hechos de corrupción que involucraban a altas autoridades de un organismo estatal, por lo cual pensamos que este estándar –lazo que une a la víctima con el servicio– debió ser ponderado favorablemente por el Tribunal para reconocer la responsabilidad estatal, aunque no fue ese el criterio de la Corte).

En otros, en cambio, la inexistencia de una relación contractual, de dependencia, especialidad o de algún modo calificada (v. gr. el conductor de una ruta nacional no concesionada) indica que se trata de un vínculo general ciudadano-Estado en el cual el deber genérico, en principio, no aparece potenciado.

En cuanto a los medios con los que cuenta el servicio, es dable observar cómo la Corte mensura, por ejemplo, la cantidad de agentes asignados a un

⁵⁵ Extremos a ponderar según la jurisprudencia de la CSJN a partir del caso “Zacarías”, op. cit.

espectáculo futbolístico en el que se produjeron daños, las medidas que se adoptaron, las armas que se utilizaron, etc. de modo de concluir si lo hecho fue lo razonablemente posible teniendo en cuenta los medios disponibles ante las circunstancias del caso.

VI. LA LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

Primera regulación sistemática del instituto de la responsabilidad estatal, la Ley 26.944 refleja consolidada doctrina de la CSJN en cuanto a que esta materia es de Derecho Público y local. De ahí que su ámbito de aplicación sea propio del Derecho Administrativo y, desde el punto de vista jurisdiccional, sólo nacional sin perjuicio de invitarse a las provincias a adherir a su texto⁵⁶.

Con anterioridad a la sanción de esta ley, la doctrina señalaba como notas características de la responsabilidad del Estado su origen y evolución netamente jurisprudencial (por histórica carencia de un régimen normativo orgánico que la regule) y su carácter autónomo y local⁵⁷.

En lo que atañe a la responsabilidad del Estado por omisión, la ley en su artículo 3 la encuadra –siguiendo los parámetros jurisprudenciales vigentes– como una manifestación de la responsabilidad por actividad ilegítima⁵⁸ y establece que son requisitos para su procedencia los siguientes: *a)* daño cierto y mensurable en dinero; *b)* imputabilidad a un órgano estatal; *c)* relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño; *d)* falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular. Se preceptúa en este último inciso

56 Antes de la sanción de la ley tuvimos oportunidad de desarrollar estas ideas al comentar el precedente “Barreto” de la CSJN en CANDA, FABIÁN, “La responsabilidad del Estado se rige por el derecho administrativo. El derecho administrativo es esencialmente local. La responsabilidad del Estado es asunto de Derecho Público local”, en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.) Derecho Administrativo, CSJN, Máximos Precedentes, T. II, p. 632 y ss.

57 Ampliar en SAMMARTINO, PATRICIO, “Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado Constitucional Social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la ‘relación de causalidad’”, trabajo en el cual –además– el autor propicia como fundamento de la responsabilidad estatal a la “dignidad humana” (Revista de Derecho Público, N° 2, INFOJUS, disponible en: <https://drive.google.com/file/d/OB0-Bq0tzPquSOHNIdE03amNweG8/view>).

58 En efecto, si bien es admisible en el plano teórico pensar la posibilidad de una responsabilidad estatal derivada de una omisión lícita, no se registran precedentes –al menos de nuestro Máximo Tribunal– en los cuales se haya dado cabida a este instituto. Sobre la cuestión, puede verse el análisis al fallo “Couiteas” del CE Francés y la cita de doctrina nacional que analiza la viabilidad de la responsabilidad por omisión lícita en CANDA, “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, op. cit. Un estudio de este instituto en nuestro Derecho puede verse en COMADIRA, JULIO PABLO, “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita en la obra colectiva Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 397-406.

que: “la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Las previsiones más relevantes para nuestro objeto de estudio son las insertas en el inciso d), en tanto regulan el factor de atribución “falta de servicio”.

Según la redacción legal, la falta de servicio se configura cuando se sucede una “omisión irregular” del Estado (es decir, de cualquiera de los poderes estatales, no sólo de la Administración). El concepto “omisión irregular” equivale a “omisión contraria al ordenamiento jurídico”, sin embargo, la norma aclara enseguida que la omisión sólo generará responsabilidad cuando no se cumpla “un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Adhiere así a un criterio restrictivo que, en principio y con carácter general, concuerda con el proclamado por la Corte.

Recordemos que en “Mosca” el Máximo Tribunal sostuvo que “era relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas” y que en cuanto a estas últimas correspondía discernir entre las omisiones “a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (...) de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible”, supuesto este último que debía “ser motivo de un juicio estricto” (considerando 6).

La Corte ha admitido más frecuentemente la responsabilidad por actividad ilegítima que por inactividad. La ley sigue un criterio similar, al establecer requisitos más severos para la responsabilidad por omisión que por acción ilegítima.

Ahora, en lo referente a los “tipos” de omisión, la CSJN diferencia entre las omisiones a mandatos normativos expresos y determinados (cuyo mero incumplimiento configura una falta de servicio) y las omisiones a objetivos fijados por la ley de modo general e indeterminado. Respecto de estos últimos, no descarta de plano la posibilidad de responsabilizar al Estado por su incumplimiento, pero adopta un criterio cauteloso pues estas omisiones a deberes genéricos “deben ser motivo de un juicio estricto” (“Mosca”, cit.)

La ley, en cambio, limita la responsabilidad por omisión al primero de los supuestos reseñados en “Mosca”: sólo procederá “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

El legislador ha seguido la terminología de la CSJN en “Mosca” de modo que la omisión antijurídica dañosa generadora de la falta de servicio sólo se configura cuando se reúnen tres requisitos: a) deber establecido normativamente; b) de modo expreso; y c) determinado.

Bajo esta redacción, la omisión derivada del incumplimiento a un deber normativo “general e indeterminado” no da lugar a la responsabilidad estatal.

En otras palabras, se agravan los requisitos de procedencia vigentes en la jurisprudencia de la CSJN, pues desde “Mosca” en adelante la omisión de deberes genéricos e indeterminados debía ser objeto de “un juicio estricto” pero podía dar lugar al deber de responder patrimonialmente; con el nuevo texto legal y desde una lectura gramatical de la norma esa posibilidad desaparece.

Cabe preguntarse si esta exégesis es la única que admite la norma en comentario.

No olvidemos que frente a un texto que en su lectura literal lucía aún más cerrado que el que nos ocupa, como lo es el del artículo 1074 del CC, las posiciones doctrinales no han sido unívocas⁵⁹.

Nos ilustra SUSANA MELLID que conforme con una interpretación exegética de ese artículo del Código de Vélez habrá responsabilidad por omisión sólo cuando exista una disposición expresa que imponga la obligación de cumplir el hecho (cita, en este parecer, a ZAVALA DE GONZÁLEZ; MACHADO; SALVAT Y ORGAZ), mientras que desde otra óptica, se interpreta la norma entendiendo que consagra el deber de responder no sólo cuando la ley consagre un deber específico, sino también cuando exista una obligación jurídica de obrar derivada del conjunto del ordenamiento jurídico y que sea impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos (en esta posición, ubica a LERENA, COLOMBO, ACUÑA ANZORENA, AGUIAR, SPOTA, QUINTEROS, TRIGO REPRESAS, PLINER, BORDA, CAMMAROTA, LLAMBÍAS, MOSSET ITURRASPE Y ALTERINI)⁶⁰.

En el Derecho Público, MARIENHOFF –que aceptaba la aplicación del artículo 1074 CC a la responsabilidad estatal por omisión– lo hacía interpretándolo de un modo amplio, al entender que no sólo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento genere responsabilidad, sino que éste también puede surgir normas morales o principios éticos cuyo acatamiento resulta espontáneamente sobreentendido⁶¹.

59 Artículo 1074: Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.

60 “El particular frente a la inactividad de la Administración Pública Nacional. Distintas vías procesales-administrativas”, ED, Serie Especial de Derecho Administrativo del 31/12/04. Se trata de la publicación de la que fuera su tesina para optar a la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

61 MARIENHOFF, MIGUEL S., *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 24, 29 y 68.

Para CASSAGNE, el artículo 1074 CC comprende el incumplimiento estatal de una obligación legal expresa o implícita y no alcanza el incumplimiento de un mero deber genérico o difuso⁶².

HUTCHINSON, en cambio, entiende que no existen razones para tratar de modo distinto las omisiones de los particulares y la del Estado, concluyendo –en sintonía con el artículo 1074 CC– que la obligación de actuar sólo puede surgir de norma expresa legal y que, en ausencia de ésta, el Estado no responde. Esta posición sintoniza, pues, con el texto del artículo 3, inciso d) de la Ley 26.944 analizado⁶³.

TAWIL, por su parte, afirma que de entenderse aplicable analógicamente el artículo 1074 CC, debe interpretarse que la alusión a la “ley” efectuada en esa norma comprende a toda ley en sentido material (constitución, ley o reglamento)⁶⁴.

KELMELMAJER DE CARLUCCI –con apoyo en parte de la doctrina italiana– entiende que no sólo en el supuesto de existir una expresa obligación legal de actuar deberá responder el Estado. También lo hará cuando su omisión, pese a no vulnerar ningún mandato legal explícito, *a)* deje sin atención un interés normativamente relevante; *b)* se configure una necesidad material de actuar para tutelar dicho interés; *c)* exista proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar. Reunidos estos tres requisitos, el Estado debe obrar, no obstante la falta de deber expresamente establecido. Si no lo hace, su omisión genera responsabilidad⁶⁵.

VII. UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DE INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER EXPRESO Y DETERMINADO SEGÚN EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA. NUESTRA OPINIÓN

Como hemos visto, la Ley de Responsabilidad del Estado establece que la omisión irregular “sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (artículo 3, inciso *d*, Ley 26.944).

En lo atinente al “deber normativo expreso”, estimamos que el requisito se cumple con la existencia de una norma que atribuya la competencia de actuación

62 CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *LL*, 2000-D-1219.

63 HUTCHINSON, TOMÁS, “Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito”, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 3, Accidentes de tránsito, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 306.

64 TAWIL, GUIDO, “Omisión, guerra y responsabilidad del Estado”, *LL*, 1991-D-62.

65 Ver voto de la doctora KEMELMAJER DE CARLUCCI (seguido por los demás miembros de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza) en el caso “Torres, Francisco C. c. Provincia de Mendoza”, *LL*, 1989-C, 511, con cita de DUNI, GIOVANNI, “Lo stato e la responsabilità patrimoniale”, Milano, 1986, p. 55 y ss.

a un órgano o ente, es decir que le otorgue “aptitud legal para obrar”⁶⁶ (artículo 3, LNPA) de un modo expreso o razonablemente implícito en lo expreso⁶⁷. Así, por ejemplo, la competencia en materia de “seguridad” otorgada expresamente a la policía contiene de modo razonablemente implícito la competencia de “seguridad de prevención” y de “seguridad de represión” en tanto deberes a cumplir por la autoridad policial en el ejercicio de su función, v. gr. en un estadio de fútbol⁶⁸.

Respecto del incumplimiento de un deber “determinado”, creemos que se impone realizar una interpretación de este requisito desde los principios generales que sustentan el instituto de la responsabilidad estatal, fundamentalmente, el de *dignidad humana*⁶⁹, evitando así que mediante una hermenéutica ceñida exegéticamente al texto de la ley pueda arribarse a resultados injustos.

A tal efecto, si consideramos que algo “indeterminado” es lo “no determinado, o que no implica ni denota determinación alguna”⁷⁰, podremos concluir que dentro del concepto “determinado” queda comprendido todo aquello que resulte directa o indirectamente determinado. Es decir, que un deber determinado

66 Como ya lo dijéramos, la Administración no goza de una libertad ontológica de actuación, de modo que pueda hacer todo aquello que no le está prohibido sino que sólo puede hacer aquello para lo cual está normativamente habilitada. En el plano jurídico positivo, la LNPA 19.549 preceptúa que la competencia surge de la Constitución, la ley o el reglamento (artículo 3), fuentes a las que debe agregarse los tratados internacionales que luego de la reforma de 1994 cuentan, inclusive, con el reconocimiento constitucional de su mayor jerarquía respecto de las leyes (artículo 75, inciso 22, párrafo primero).

67 Como enseñaba COMADIRA, “superado el planteo de la permisión expresa, se abrieron campo criterios dirigidos a ampliar el espectro interpretativo, proponiéndose incluir en el contenido de la competencia los poderes razonablemente implícitos en los expresos” (COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo en la LNPA*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 26).

68 Ver más arriba el análisis de la responsabilidad policial que hace la CSJN en el precedente “Migoya”, en el cual analiza el cumplimiento del deber de seguridad, distinguiendo entre deberes preventivos (anticipatorios de desmanes) y represivos (de disuasión y contención) a cargo de ese órgano.

69 Como lo reseña SAMMARTINO, el fundamento de la responsabilidad estatal ha sido anclado por la doctrina en la justicia y en la equidad, cuando no en los principios de solidaridad, legalidad o en la idea de bien común. Dentro de este catálogo hay quienes explican este instituto a través de la teoría del sacrificio especial, de la expropiación, del enriquecimiento sin causa, del derecho de propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas. Para este autor, con quien coincidimos, “el cimiento sobre el que se apoya la responsabilidad estatal en el Estado constitucional social de derecho es el principio de dignidad humana”, pues “el derecho a obtener una reparación que, en la medida de lo posible, restablezca al particular afectado en la posición que hubiera tenido si el hecho lesivo no se hubiera producido, no sólo concierne a la protección del derecho de propiedad e igualdad. Hace también (...) al efectivo y previsible respeto que se le debe dispensar, en las dimensiones horizontal y vertical, a la integridad (física, psíquica y moral) de la persona y de todas las personas”. (SAMMARTINO, “Responsabilidad de los poderes públicos...”, op. cit.).

70 Conforme la primera acepción del concepto de “indeterminado” que postula la Real Academia Española.

será aquel que así lo esté en la norma o que resulte determinable conforme las circunstancias del caso.

Desde este estándar que propiciamos, el Estado respondería en el caso “Faiman” bajo las reglas de la Ley 26.944 porque si bien lo que falló fue el deber de seguridad genérico, existió un gravísimo atentado terrorista dos años antes del de la AMIA que hacía necesario adoptar medidas de prevención que no fueron tomadas. Se trató, pues, del incumplimiento de un deber indirectamente determinado o determinable conforme las circunstancias en que ocurrió el hecho generador de la responsabilidad.

Por aplicación de este criterio, también respondería el Estado en supuestos fácticos como el del ya mencionado precedente “Carballo de Pochat”, en el cual si bien la CSJN rechazó la responsabilidad estatal por omisión del deber de seguridad por el crimen de un auditor del ANSES a manos del marido de la funcionaria investigada, sucedido en la propia sede de esa Administración, sostuvo que de haber solicitado el auditor custodia adicional “*hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado (...) basado en una obligación preexistente*”⁷¹. En ese supuesto, la conducta de la víctima al requerir custodia policial no brindada, tornaría determinable el deber genérico de seguridad incumplido.

De igual manera, respondería el Estado por el deber de seguridad en los caminos si pese a la existencia de reiteradas denuncias policiales sobre la presencia de animales sueltos en la ruta, nada hiciese para prevenir el accidente que finalmente se produce.

Desde otro ángulo, también resultará relevante el derecho sobre el cual recae la omisión que genera el daño así como la particular situación del lesionado, pues cierto tipo de derechos, por su estructura, precisan de la actuación del Estado para que su existencia se vea asegurada. Piénsese, en general, en los derechos de segunda generación de naturaleza económica, social y cultural: sin la actuación del Estado no tendrán para las personas físicas a las que van destinados sino un carácter meramente declarativo⁷².

Desde este punto de vista, pensamos que, si como lo ha sostenido la CSJN, el contenido mínimo de tales derechos no puede ser desconocido con fundamento

71 CSJN, 08/10/2013, “Carballo de Pochat”, C. 127. XLVII. ROR. Hemos comentado este fallo en CANDA, “Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS ‘C. de P.’”, op. cit.

72 Para un estudio del deber de actuación estatal en materia de derechos sociales, económicos y culturales y de la procedencia de remedios urgentes como modo de poner fin a la omisión en la atención de aquéllos, ver SAMMARTINO, PATRICIO, *Amparo y Administración*, T. I, op. cit., p. 646 y ss., en especial ps. 664-671 y su análisis del caso “Q” de la CSJN, al que referiremos seguidamente.

en la falta de una norma de desarrollo de aquéllos o por insuficiencias de ésta⁷³, consecuentemente su palmaria desatención hará patrimonialmente responsable al Estado cuando a resultas de la omisión se genere, por ejemplo, un daño a personas en situación de vulnerabilidad.

A resultas de lo expuesto, es posible esquematizar los supuestos de “determinación” del deber de la siguiente forma:

- a) Deber expreso directamente determinado, es decir, especificado en la norma atributiva de la competencia (deber de custodia policial en un acto eleccionario o respecto de ciertos funcionarios políticos como presidente, ministros, jueces, legisladores⁷⁴).
- b) Deber expreso indirectamente determinado o determinable, que es el que se configura cuando el omitente tenía conocimiento de la necesidad de potenciar un deber genérico, pero nada hizo⁷⁵. En estos casos se toma en cuenta la conducta previa de quien omite, siendo relevante si con ella generó o acrecentó el riesgo para que se produzca el resultado dañoso⁷⁶.

73 En el precedente “Q”, la CSJN sostuvo, en relación con el derecho social a una vivienda digna, que el mismo gozaba de una operatividad derivada, por lo cual su efectiva realización quedaba subordinada a una ley del Congreso o decisión del PEN que provoque su implementación. Sin embargo, cuando tal desarrollo o implementación no se cumplía de todos modos existe el deber del Estado y el derecho de los beneficiarios a un nivel esencial de protección del derecho social en juego, en la medida en que se verifiquen circunstancias graves, de urgencia impostergable (en el caso, ante la extrema vulnerabilidad de una madre en situación de calle con un hijo discapacitado que solicitaba por vía de amparo se atiende su derecho a una vivienda y condiciones de vida dignas). Dijo el Alto Tribunal: “los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad” (considerando 17 del voto de mayoría, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 24/04/2012).

74 Como se desprende del caso CSJN, “Juárez”, op. cit.

75 Tal conocimiento puede provenir, entre otros supuestos, de la conducta de la víctima –CSJN, “Carballo de Pochat”, para el supuesto de que el auditor hubiere solicitado custodia–, de la conducta de terceros –conductores denuncian animales sueltos en la ruta, hasta que finalmente un vehículo sufre un accidente–; del carácter público y notorio de la necesidad de adoptar medidas específicas –CSJN, “Faifman”, op. cit. – o bien de la naturaleza de los derechos en juego y la situación particular de la víctima (incumplimiento de derechos sociales básicos frente a personas en situación de extrema vulnerabilidad).

76 Cabe apuntar que aún en el Derecho Penal, en el cual las garantías propias de la “legalidad estricta” en terminología de FERRAJOLI (*El garantismo y la filosofía del derecho*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000, en especial Cap. II) son máximas, la conducta previa de quien omite actuar es relevante a efectos de determinar si se configura un delito por omisión. Así, en normas modernas como el Código Penal español, que se inspira en el Derecho Penal alemán, se preceptúa que: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial

c) Deber expreso genérico e indeterminado, no potenciado por las circunstancias del caso, por el tipo de derechos en juego ni por la situación de vulnerabilidad de la víctima: no genera responsabilidad estatal por omisión.

Por último, entendemos que toda vez que la Ley de Responsabilidad Estatal exige el incumplimiento de deberes “determinados” y no el incumplimiento de deberes “reglados”, es posible sostener que no necesariamente deberá tratarse del incumplimiento de competencias de actuación que admitan una única solución justa posible (regladas) para que proceda esta responsabilidad.

VIII. CONCLUSIONES

El reconocimiento en el plano constitucional y convencional de los derechos humanos vinculados con el bienestar económico y social de las personas, así como con ciertos bienes de la vida de carácter indivisible tales como el ambiente y el patrimonio cultural e histórico, conllevan como natural consecuencia el deber estatal de garantizarlos.

Cuando ese deber no se cumple y los mentados derechos quedan desprovistos de vigencia efectiva y sufren un daño, nace el derecho de los afectados a un reconocimiento patrimonial. Tal es el marco general del instituto de la responsabilidad del Estado por omisión.

Este tipo de responsabilidad encuadra dentro de la responsabilidad por obrar ilegítimo, razón por la cual el factor de atribución sigue siendo, por cierto, la *falta de servicio*.

Esa falta tiene un costado omisivo que puede ser total (omisión absoluta) o parcial (omisión relativa, el Estado hizo algo pero fue insuficiente). El *quid* del instituto pasa por determinar cuándo se configura dicha falta de servicio o, lo que es lo mismo, cuándo hay omisión antijurídica.

La Corte Suprema ha delineado los contornos de la omisión antijurídica, ampliando sus estándares desde una jurisprudencia inicial que exigía el incumplimiento de un deber específico fijado taxativamente en la norma atributiva de la competencia a una posición más flexible en la que admite que frente al incumplimiento de un deber genérico es posible –bajo ciertos requisitos que hemos repasado– responsabilizar al Estado por omisión.

En los fundamentos de la Ley 26.944, el legislador advierte que se ha basado en la jurisprudencia de la Corte, pero en algunos pasajes de su texto vinculados

deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*” (artículo 11, cursiva agregada). De esta disposición se desprende que para que se configure el delito por omisión el deber incumplido puede ser legal o contractual o bien tratarse de un riesgo creado por una acción *pero también por una omisión precedente atribuible a quien debió actuar*.

a la responsabilidad por omisión parece haberse anclado en aquella posición primaria del Tribunal, por lo que pensamos que es necesario un esfuerzo hermenéutico que impida un retraso o vuelta atrás en el reloj jurídico del instituto.

El estudio de los últimos precedentes del Máximo Tribunal hace posible intentar dicho esfuerzo de interpretación y ese ha sido el objeto del presente trabajo.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

II

Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN
AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ
PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO
GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ
CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI
ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS
CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA
AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER
LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO
EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN
MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ
JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA
LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL
JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA
JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA
GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2016

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina