
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 7	n. 30	p. 1-254	out./dez. 2007
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)

Alice Gonzáles Borges (Brasil)

Antonello Tarzia (Itália)

Carlos Ari Sundfeld (Brasil)

Carlos Ayres Britto (Brasil)

Carlos Delpiazzo (Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (Brasil)

Celso Antônio Bandeira de Mello

(Brasil)

Clémerson Merlin Clève (Brasil)

Clóvis Beznos (Brasil)

Enrique Silva Cimma (Chile)

Eros Roberto Grau (Brasil)

Fabício Motta (Brasil)

Guilherme Andrés Muñoz - *in memoriam*

(Argentina)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - *in memoriam*
(Argentina)

José Carlos Abraão (Brasil)

José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)

José Luís Said (Argentina)

José Mario Serrate Paz (Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)

Juarez Freitas (Brasil)

Julio Rodolfo Comadira - *in memoriam*

(Argentina)

Luis Enrique Chase Plate (Paraguai)

Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho -

in memoriam (Brasil)

Marçal Justen Filho (Brasil)

Marcelo Figueiredo (Brasil)

Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)

Nelson Figueiredo (Brasil)

Odilon Borges Junior (Brasil)

Pascual Caiella (Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)

Paulo Henrique Blasi (Brasil)

Paulo Neves de Carvalho - *in memoriam*

(Brasil)

Paulo Ricardo Schier (Brasil)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)

Rogério Gesta Leal (Brasil)

Rolando Pantoja Bauzá (Chile)

Sérgio Ferraz (Brasil)

Valmir Pontes Filho (Brasil)

Yara Stropa (Brasil)

Weida Zancaner (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2007

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Revisora: Bárbara Christiane
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Marcelo Belício
Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva -
CRB 2459 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

Los límites de la Responsabilidad del Estado por omisión. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Déborah Cohen

Inspetora Geral de Justiça da República Argentina. Ex-subsecretária Legal e Técnica da Cidade de Buenos Aires. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Austral.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado por omisión. Derechos fundamentales. Ciudad de Buenos Aires.

Índice: PARTE I: Introducción. Delimitación conceptual y territorial - Responsabilidad del Estado y derechos fundamentales. Operatividad extraterritorial - Breve reseña de la evolución de la Responsabilidad del Estado en la República Argentina - Fundamento y determinantes de la responsabilidad del Estado por sus omisiones - La casuística - PARTE II: La Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Constitución local y la responsabilidad del Estado por omisión - La Constitución como referencia para la atribución de responsabilidad por parte del Estado - Sobre los principios y las reglas en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Con respecto a “República Cromañón” - Conclusiones

PARTE I: Introducción. Delimitación conceptual y territorial

Para analizar la responsabilidad del Estado por sus omisiones, es menester disponerse a realizar una detallada y precisa demarcación a fin de evitar traspasar sus límites, a punto tal de desnaturalizar al propio instituto. Como acertadamente se ha dicho: “es cierto que no debe caerse en excesos a la hora de responsabilizar al Estado, pero tampoco deben dejarse sin protección determinados supuestos fácticos generadores de responsabilidad”.¹ Ello, en miras a que el Estado provea lo que le compete en la defensa de la plena vigencia de los derechos fundamentales.

Esta delimitación aludida, se obtendría listando aquellas omisiones que le son imputables al Estado y, en consecuencia, por cuáles deberá responder patrimonialmente, lo que en cada época y circunstancia va mu-

¹ Gambier, Beltrán, “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión a la luz de la jurisprudencia”, La Ley, 1990-E-617.

tando conforme la dirección que en los planos político, social y económico definen el rol del Estado.

De este modo, junto a los derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos que implican un deber de abstención por parte de éstos, se afirman aquellos derechos respecto de los cuales existe una obligación de los poderes públicos que se traducen en la realización de comportamientos positivos o prestaciones. Derechos que no sólo aparecen constitucionalmente reconocidos, sino que tienden también a ser formalizados, articulados y procedimentalizados de tal forma que han pasado a ser el motor de la acción administrativa.²

Responsabilidad del Estado y derechos fundamentales. Operatividad extraterritorial

Las responsabilidades del Estado por sus omisiones y los derechos fundamentales guardan una íntima relación. Ahora bien, reviste fundamental trascendencia la enunciación de cuáles son los derechos fundamentales que reconoce un Estado, a fin de establecer cuáles son las omisiones que, por atentar contra su pleno goce y/o ejercicio o bien, por no ejecutar las prestaciones debidas para su cobertura adecuada, resultan generadoras de responsabilidad.

Esta enunciación ya no se limita al ámbito territorial de cada Estado. La internacionalización del derecho argentino, como consecuencia de la jerarquía constitucional adquirida por los convenios internacionales sobre derechos humanos,³ que fuera jurisprudencialmente acogida por la Corte Suprema a partir del caso "Girolodi",⁴ nos conducen a la aplicación directa de la norma más protectora de los derechos humanos que se encuentre vigente entre las naciones que adhirieron a dichas Convenciones, por aplicación del derecho a la elección del derecho más favorable al sujeto que lo invoca.⁵

² Cassese Sabino, "Las bases del Derecho Administrativo", MAP Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, año 1994, p. 124.

³ La reforma de 1994 de la Constitución Nacional ha conferido jerarquía constitucional a: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22, párr. 2º).

⁴ "Girolodi, Horacio David s/Recurso de casación" CS. 7 de abril de 1995. Fallos 311:274.

⁵ Salomoni, Jorge Luis, en estudio preliminar de "La crisis del Estado" de Sabino Cassese, Lexis Nexis, Buenos Aires, año 2003, p. 20.

A mayor abundamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en su opinión consultiva 2: “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.⁶

Integrando estas referencias y a partir del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, podemos afirmar que todas las normas contenidas en los tratados en cuestión constituyen derecho imperativo, que son erga omnes y que generan obligaciones objetivas de los Estados frente a sus propios ciudadanos.⁷

Esto implica que la norma material y/o procesal más protectora de un Estado miembro, se transforma en un principio general del derecho comunitario, que se traslada al otro Estado miembro a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No debe confundirse con el derecho comparado, ya que no se trata de utilizar el derecho “extranjero” para fundamentar una decisión administrativa o judicial, sino que se trata de la aplicación directa del ordenamiento jurídico más protector de los derechos humanos a través del Pacto de San José de Costa Rica.⁸

Este planteo trastoca y “desacomoda” el orden internacional jurídico establecido, ya que tiende a equiparar internacionalmente el reconocimiento de los derechos fundamentales y llevaría a que la delimitación propuesta al inicio de este trabajo en referencia a la responsabilidad del Estado frente a sus omisiones, deba definirse a una escala que excede el ámbito local.

Coincidiendo con este replanteo de lo que tradicionalmente se sostuvo sobre los sistemas jurídicos cerrados, o del concepto de soberanía normativa, proponemos el análisis del caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya Constitución local reconoce y garantiza derechos humanos de segunda,

⁶ Citado en Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa A., “Jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, Editorial Astrea, Buenos Aires, año 1996, p. 33

⁷ Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa A., op. cit., p. 34.

⁸ Salomoni, Jorge Luis, op. cit., p. 21.

tercera y cuarta generación,⁹ de un modo detallado y minucioso.¹⁰

En tal sentido, intentaremos visualizar la responsabilidad del Estado frente a sus omisiones, desde la óptica de la Constitución local. Teniendo presente la tendencia mundial de adecuación de las legislaciones internas de los Estados a las nuevas realidades que impone la comunidad internacional y, en particular, la regional, reforzando los lazos de integración entre ellos y la universalización y globalización de la protección de los derechos humanos.¹¹

Con el objetivo de aportar un enfoque para el análisis, a continuación, abordaremos la temática vinculada a la responsabilidad del Estado por sus omisiones, enunciando las pautas que la doctrina y la jurisprudencia admiten para reconocer por cuáles omisiones responde el Estado y por cuáles no, a fin de enmarcar el objeto propuesto.

Luego haremos referencia al caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, describiendo lo que al respecto preceptúa la Constitución de la Ciudad y la orientación que la jurisprudencia del Contencioso Administrativo va marcando al respecto, para, finalmente esbozar algunas conclusiones y propuestas.

Breve reseña de la evolución de la Responsabilidad del Estado en la República Argentina

Hasta mediados de 1930, la regla aplicable en nuestro país era la total “irresponsabilidad del Estado”, basada en el principio de la inmunidad soberana, según el cual sólo se reconocía el deber de reparar del Estado por sus incumplimientos contractuales en el ámbito del derecho privado.¹²

⁹ Los derechos humanos de primera generación son los civiles y políticos (entre ellos: a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad personal, a la seguridad personal, a la igualdad ante la ley, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la libertad de expresión y de opinión, de resistencia y de inviolabilidad del domicilio, a la libertad de movimiento o de libre tránsito); los de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales (entre otros: derechos económicos: a la propiedad (individual y colectiva), a la seguridad económica; derechos sociales: a la alimentación, al trabajo (a un salario justo y equitativo, al descanso, a sindicalizarse, a la huelga), a la seguridad social, a la salud, a la vivienda, a la educación; derechos culturales: a participar en la vida cultural del país, a gozar de los beneficios de la ciencia, a la investigación científica, literaria y artística. Los de tercera generación son los “derechos de solidaridad” (comprenden el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad). Los de cuarta generación, son una categoría cuya definición todavía no es unánime, algunos autores los asimilan a la tercera generación y otros, como Gil Domínguez, en el caso de la Constitución de la Ciudad, los refiere a las normas bioéticas.

¹⁰ Gil Domínguez, Andrés, “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un recorrido crítico”, EUDEBA, Buenos Aires, año 1997, p. 117.

¹¹ Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa A., op. cit., p. 28.

Desde entonces, mucho se ha evolucionado hasta la admisión de la responsabilidad del Estado, con los alcances que hoy se reconocen, sin mayores discrepancias. Sin embargo, se advierte que nos encontramos transitando una nueva etapa que se vincula a la ya referida internacionalización del derecho local y la operatividad extraterritorial de las normas extranjeras sobre derechos humanos, cuyo desarrollo y evolución imponen el reemplazo del modelo de pensamiento jurídico afianzado y la renovación de los códigos interpretativos vigentes.¹³

Muy sucintamente, cabe citar tres fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que marcaron hitos en este recorrido.¹⁴ La sentencia recaída en el caso “Tomás Devoto”, del 22 de septiembre de 1933,¹⁵ en la cual la Corte dejó de lado el texto del artículo 43 del Código Civil que en su antigua redacción establecía la irresponsabilidad de las personas jurídicas, lo cual imposibilitaba toda acción que persiguiera responsabilizar al Estado.

En el año 1938, con el fallo “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”, se produce un cambio relevante, porque señaló el rumbo por el cual más adelante transitó el desarrollo jurisprudencial. Este fallo funda la responsabilidad del Estado en el marco de los artículos 1112¹⁶ y 1113¹⁷ del Código Civil, expresando que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución”.

Finalmente, en “Vadell c/ Provincia de Buenos Aires”,¹⁸ del año 1984, el tribunal consolidó el criterio anteriormente expuesto, al consagrar la responsabilidad objetiva introduciendo el concepto de “falta de servicio”, que se articula a partir del artículo 1112 del Código Civil.

Fundamento y determinantes de la responsabilidad del Estado

¹² Perrino, Pablo, “La responsabilidad extracontractual del estado en el derecho argentino”, RAP 237.

¹³ Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa A., op. cit., p. 23.

¹⁴ Comadira, Julio Rodolfo y Canda Fabián Omar, “Responsabilidad del Estado por omisión”, La Ley, 1996-A-600 (Nota al fallo Wellcome Arg. Ltd.).

¹⁵ Fallos 169:111.

¹⁶ Art. 1112 Código Civil: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título”. (en el título 9: de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos).

¹⁷ Art. 1113 Código Civil: “Las obligaciones del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado...”

¹⁸ Fallos 306:2030.

¹⁹ Marienhoff, Miguel, “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva

por sus omisiones

- El Estado es responsable por los daños que provoque no sólo por sus conductas positivas, sino también por sus omisiones de carácter antijurídico lesivas de una situación jurídicamente protegida.

La doctrina señala que el fundamento de la responsabilidad reside en la tutela constitucional de los derechos, y que surge como una consecuencia natural dentro de un Estado de derecho.

Así como los “daños universales” ocasionados por el accionar propio del Estado, esto es, aquellos que deben soportar todos los ciudadanos por igual, no deben ser reparados, cuando los daños son específicos para algún habitante o grupo de habitantes, deben tener reparación.

Ello tiene base en el artículo 16 de la Constitución Nacional, al garantizar la igualdad de todos los habitantes ante la ley. En este caso, soportar un sacrificio especial o diferenciado, sin la debida indemnización, atentaría contra esa igualdad.

La responsabilidad del Estado no tiene una regulación específica en nuestro país, por ello, es que se recurre a la aplicación analógica del Código Civil. No obstante, por vía jurisprudencial y doctrinaria se fue conformado, como hemos descrito anteriormente, una teoría de la responsabilidad del Estado.

- El artículo 1074 del Código Civil establece el criterio general de atribución de responsabilidad por las conductas omisivas: “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”.

De esta forma, hay omisión cuando existe un deber jurídico incumplido. Si este deber jurídico, esa obligación legal, no existiere, el hecho omisivo carece de sanción y el derecho se desentiende de él, porque no se habría afectado un derecho ajeno.¹⁹

La configuración de la omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita, tal como las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimien-

—en el ámbito del derecho público”, *El Derecho*, 169-1093 a 1110.

²⁰ Mertehikian, Eduardo, “La responsabilidad pública”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Pcia. de Buenos

to que pueda hallarse impuesto también por otras fuentes jurígenas (la costumbre y los principios generales del derecho).²⁰

En el derecho civil y conforme lo explica Guillermo Borda, predomina el criterio de que para que la omisión genere la responsabilidad prevista en el artículo 1074 del Código Civil, no es indispensable la violación de un texto legal expreso que imponga específicamente en ese supuesto, la obligación de obrar, bastando con que se haya omitido la obligación general de prudencia, la cual en muchas ocasiones impone obrar.²¹

- La aplicación del artículo 1112 del Código Civil y la consideración de la omisión dentro del concepto de “falta de servicio”, resulta aplicable específicamente a aquellas actividades que encuadren en la noción de “servicio público”.

Al respecto, la doctrina no ha adoptado un criterio uniforme. Agustín Gordillo, por ejemplo, sostiene que es el artículo 1112 del C.C. el sustento normativo de la responsabilidad del Estado por omisión, ya que puede haber ejercicio irregular de la función, aún sin violentar una norma expresa y aún así, comprometer la responsabilidad del Estado.

Al respecto, consideramos que una interpretación amplia del art. 1074, termina comprendiendo dentro de sí al concepto del art. 1112, ya que estaríamos frente a la obligación que le cabe al servidor público de ejecutar regularmente su cometido. En ese sentido, toda omisión que lo haga incurrir en un ejercicio irregular de sus obligaciones, necesariamente lo será por haberse apartado de la ley (u otro tipo de norma), que regula la actividad de que se trate.

Según se adopte la postura de encuadrarlo en el contexto del art. 1074 C.C.²² o del 1112 C.C.,²³ será o no necesario indagar acerca de la culpa en el agente para atribuir responsabilidad al Estado por la omisión antijurídica.

Aplicando el 1074 C.C., la omisión debe ser realizada con dolo, culpa

Aires, año 2001, p. 252.

²¹ Citado por Merteikian, Eduardo, op. cit.

²² Postura que, según Merteikian en op. cit., asume la CSJN a partir del caso “Colavita, Salvador y otro/ Pcia. De Bs. As. s/daños y perjuicios”, 7 marzo 2000.

²³ Postura de la CSJN que cita Ghersi, en op. cit., en “España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ Pcia. De Bs. As. s/ daños y perjuicios, 28 sept. 1993 y en “Agencia Marítima Rioplat S.A. c/capitán y/o armador —y/o propietario buque Eleftherotria s/ ordinario”, 10 dic. 1992.

²⁴ Merteikian, Eduardo, op. cit.

o negligencia. En cambio, si se aplica el 1112 C.C., como hemos afirmado, la atribución de la responsabilidad será objetiva, por lo cual la conducta del agente es irrelevante, salvo para responsabilizar al agente a título personal, además de al Estado.

- Deben concurrir, necesariamente, los siguientes requisitos: imputación jurídica, existencia de un daño y relación de causalidad adecuada entre la omisión y el daño. La imputación jurídica de dicha abstención al Estado, se realiza por conducto de la teoría del órgano, y la relación de causalidad debe ser adecuada, directa y exclusiva entre la omisión y el daño provocado.²⁴

El nexo causal adquiere particular relevancia en el caso de la responsabilidad por omisión. La ausencia de uno de los requisitos enunciados: la exclusividad, la inmediatez y la relación directa, exime de ella y debe ser de interpretación restrictiva; tampoco debe haber interferencia de tercero o de la propia conducta del lesionado.²⁵

La CSJN ha dicho al respecto que “para dar lugar a la indemnización por falta de servicio no basta con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificar singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad”.²⁶

La casuística

La aplicación de las normas y de la doctrina desarrollada, se torna menos clara cuando se vuelcan a la casuística. Los casos nos llevan a los “márgenes” de la teoría.

Se ha afirmado que es inviable que un ciudadano pretenda responsabilizar al Estado porque fue víctima de un robo en una plaza pública, por la deficiente prestación del servicio público de seguridad.²⁷

Sin embargo, ¿qué ocurriría si el damnificado invoca que el robo pudo perpetrarse debido a la escasa iluminación, o incluso, que ocurrió en un lugar donde en los últimos tiempos se habían denunciado gran cantidad de delitos, y que, además, habiéndose requerido no se había reforzado la

²⁵ Lamoglia, Marcelo, “Las teorías subjetiva y objetiva en la responsabilidad del Estado por omisión”, RAP 290.

²⁶ “Román SAC c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro de pesos” 13 out. 1994.

²⁷ Gambier, Beltrán, *op. cit.*

²⁸ Del voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci in re “Torres, Francisco c/ Pcia. De Mendoza” SC Mendoza,

seguridad?

En este caso podemos afirmar que la prudencia y el obrar diligente de las autoridades podrían, razonablemente, haber evitado la comisión del delito y que fue justamente la omisión de quienes debían actuar uno de los factores determinantes que posibilitó la perpetración del hecho dañoso.

Celso A. Bandeira de Mello advierte que se debe ser muy cauteloso cuando se trata de responsabilizar al Estado por actos omisivos, pues otro criterio puede conducir a absurdas conclusiones; en efecto, afirma, el Estado debiera cumplir proveyendo de todo cuanto interesa a la sociedad, ya que de él se esperan todas las medidas aptas para defender el bienestar de la colectividad y de los individuos; entonces, ante la mayoría de los sucesos dañosos, siempre al lesionado le sería posible reclamar por la omisión estatal. Así, debería responder por los asaltos en las plazas públicas, por hechos de la naturaleza que no fueran previstos (anegamientos producidos por grandes lluvias, inundaciones producidas por ríos a los cuales no se canalizó debidamente o se rectificó su curso, etcétera...)²⁸

Ahora bien, ¿qué tan cauteloso se puede ser al atribuir la responsabilidad, cuando se cuenta con un contexto normativo muy “exigente” para el Estado? A lo cual, se abre otro interrogante que excede los límites de este trabajo, pero que se deja planteado para su análisis presente o futuro. ¿Acaso será beneficioso para el desarrollo y la madurez de una sociedad imputar la responsabilidad de gran cantidad de acontecimientos a la omisión estatal?

PARTE II: La Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Constitución local y la responsabilidad del Estado por omisión

La Constitución como referencia para la atribución de responsabilidad por parte del Estado

Sosteníamos que para que el Estado incurra en responsabilidad por sus omisiones, una norma en sentido material (conforme art. 1074 C.C.) debe establecer la obligación de hacer; o bien, tales omisiones deben constituir un ejercicio irregular de las funciones legalmente impuestas a

4.4.1989, donde cita a Bandeira de Mello, Celso A. “Responsabilidade extracontractual do Estado por comportamentos administrativos en Responsabilidad del Estado”, Ed. UNSTA, Tucumán, 1982, p. 121.

²⁹ Gil Domínguez, Andrés, op. cit., p. 120.

los funcionarios públicos (conforme art. 1112 C.C.).

Asimismo, todas las normas jurídicas propias de un Estado de Derecho derivan de la norma fundamental, es decir, la Constitución.

En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la responsabilidad por omisión, que surge al contrariar su texto, queda claramente definida desde sus primeros artículos.

El artículo 10, que abre el Libro Primero, Título Primero, denominado “Derechos y Garantías”, determina expresamente que su fuerza normativa se expande “hacia arriba”; es decir, que se fija un piso que no puede ser vulnerado por normas inferiores, ni tampoco por omisiones que la contravengan, al decir que... “los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

A continuación enumera los derechos y garantías a los cuales se refiere, sin dejar margen para las restricciones o limitaciones a que hacía referencia en el artículo 10.

Se trata de la cláusula de operatividad de los derechos, mediante la cual establece que todas las normas son operativas y los poderes públicos están obligados por su fuerza vinculante a cumplirlas, caso contrario las personas tienen abiertas y expeditas las correspondientes vías judiciales para requerir el debido cumplimiento por parte de las autoridades.²⁹

Como ejemplo, el artículo 12 inciso 1, enuncia el Derecho a la identidad de las personas, como un derecho garantizado por la Ciudad, aclarando que: “... asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información”.

El artículo 20 garantiza el derecho a la salud integral que está “directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente”.

En todo el texto constitucional, las garantías y los derechos se refieren a las personas, las cuales se consideran iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo, ya sea por lugar de residencia o de nacimiento.

Lo esbozado referencia a una Constitución tuitiva de los derechos

³⁰ Thury Cornejo Valentín, “Sistema político y aprendizaje constitucional. A 10 años de la reforma de 1994”,

humanos, garantista de la dignidad humana y que ubica en cabeza del Estado la responsabilidad de todo lo atinente a la realización de una sociedad justa, democrática y solidaria.

El marco político que contextúa a la Convención Constituyente de la que surge esta Constitución, en el año 1996, explica todo el énfasis puesto en la protección de los derechos sociales y la necesidad de poner fin a una década que tuvo características muy definidas, con severas consecuencias a nivel nacional, una década de capitalismo a ultranza, caracterizada por los procesos privatizadores sospechados, una gran exclusión social determinada por altísimos niveles de desocupación y una exacerbación del individualismo y la indiferencia social.

Todo ello confluyó en una fuerte oposición política que hizo pie en la Ciudad de Buenos Aires y que floreció a partir de la autonomía reconocida por la Reforma Constitucional de 1994 y la posibilidad de generar la propia Constitución local.

Llegando a los diez primeros años de plena vigencia de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del inicio del proceso autonómico, y refiriéndonos a un tema tan puntual como cotidiano, cual es la responsabilidad del Estado frente a sus omisiones, consideramos pertinente reflexionar sobre estas cuestiones y el reflejo que ha tenido en la jurisprudencia local.

Todo régimen constitucional necesita para llegar a su funcionamiento pleno, de un tiempo de maduración de la Constitución, requiriendo para ello que el tiempo pase, los cambios sedimenten y que las nuevas instituciones empiecen a funcionar, ya que es de esta forma en que la Constitución se enraíza en el esquema institucional existente y en la vida de la sociedad que la adopta.³⁰

Sobre los principios y las reglas en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Robert Alexy diferencia entre principios y reglas con gran claridad, al enunciar que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas

—Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, año 2005, p. 7.

³¹ Alexy, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

y reales existentes.

El autor los llama “mandatos de optimización”, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.³¹ De lo expuesto se colige que frente a una contradicción entre dos principios aplicables, corresponde ponderarlos a fin de hacer prevalecer a aquel que resulta más valioso, mientras que tal flexibilidad no puede pretenderse frente a reglas contrapuestas, o bien frente a la imposibilidad fáctica de su aplicación.

Siguiendo tal razonamiento, afirmaremos que la Constitución de la Ciudad contiene reglas en exceso, las cuales operan como mojones fijos que condicionan el accionar cotidiano del Estado.

En este pensamiento, entendemos que los textos constitucionales deberían contener principios que claramente definan el diseño de Estado, pero que no resulten tan meticulosos en cuanto a las “prestaciones” debidas por él y, en consecuencia, exigibles operativamente y por su totalidad, sin atender otras variables en juego que hacen al interés público.

Ello, adhiriendo a Maurice Duverger, quien afirmó que: “una Constitución no es expresión de lo real, sino un esfuerzo para ordenar lo real y para diseñar un futuro modelo de realidad”.

Este concepto se suma al que reconoce en el derecho constitucional una dimensión estratégica, el cual constituye uno de los elementos arquitectónicos en la construcción de una sociedad compleja, superando el esquema decimonónico de estabilidad y fijeza.³²

La flexibilidad de la Constitución debe residir en la posibilidad que ella tenga de encauzar, partiendo desde el aspecto normativo, el desarrollo político y social, estratégico y cotidiano, filosófico y coyuntural de la sociedad.

³² Thury Cornejo, Valentín, op. cit., p. 23.

³³ No existen fallos provenientes del Tribunal Superior de Justicia del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los cuales se admite la responsabilidad del Estado por omisión, por haber llegado a esa instancia cuestiones que en el interin se tornaron abstractas. Entre otros, relacionados con política habitacional: “GCBA

Jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³³

Para graficar la aplicación de estas cuestiones, hemos compilado algunos ejemplos de la interpretación jurisprudencial en el ámbito local.

Al respecto, tanto la Sala I como la Sala II han encuadrado a la responsabilidad del Estado por omisión en el ámbito del art. 1112 C.C., según el concepto de la “falta de servicio”, anteriormente expuesto.

Los fallos analizados dan cuenta de aquellas obligaciones que el Estado asume a través del texto constitucional, las cuales se presentan como reglas y que constituyen el fundamento de la imputación de responsabilidad.

Es decir que la verificación del incumplimiento por parte del Estado en la obligación asumida al garantizar o reconocer un derecho constituye en sí misma la omisión.

Como dijimos, la jurisprudencia local recibió íntegramente el concepto de la falta de servicio, el cual es aplicado “*in totum*”, sin admitir muchos matices.

El razonamiento que se trasluce de los fallos analizados,³⁴ en general respeta un esquema básico: en principio, identifica a la norma “madre” de la cual surge la obligación para el Estado, que es la Constitución, luego, las normas dictadas en su consecuencia³⁵ (leyes y/o reglamentos), para después recorrer y verificar el nexo causal y arribar a la conclusión de que falló la adecuada prestación del servicio.

En un fallo del año 2003 se atribuyó responsabilidad al Estado por la mala praxis de una médica en el ámbito de un hospital público de la Ciudad,³⁶ derivando tal responsabilidad de la garantía del derecho a la salud que surge del artículo 20 de la Constitución de la Ciudad y de la correlativa

s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Pons, Sandra y otros c/GCBA s/amparo” TSJ. 16 dic. 2004; “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Mantovano, Carlos Alberto y otros c/GCBA s/ amparo”.TSJ. 16 dic. 2004.

³⁴ Nos referimos a fallos en los cuales se admite la responsabilidad del Estado por omisión, condenando al resarcimiento pecuniario.

³⁵ Recordar lo ya mencionado acerca de la operatividad normativa que surge del artículo 10 de la Constitución de la C.A.B.A., por la cual todo lo que preceptúa es operativo y exigible, aunque no esté reglamentado.

³⁶ “Villalba de Gómez, Leticia Lilian c/ GCBA(Hospital Gral de Agudos F. Santojani) y otros s/daños y perjuicios”. C.A.Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., Sala II, del voto de la Dra. Nélide M. Daniele con adhesión del Dr. Eduardo Russo y disidencia parcial del Dr. Esteban Centanaro. 8 abr. 2003.

³⁷ Art. 24 ley 153 dice que son efectores del sistema “*los hospitales generales de agudos, hospitales generales de niños, hospitales especializados, centros de salud polivalentes y monovalentes, médicos de cabecera y toda otra sede del subsector estatal en la que se realizan acciones de salud*”.

obligación que pesa sobre el Gobierno de “efectuar todas las prestaciones positivas necesarias para el goce eficaz de los ciudadanos de ese derecho”.

Describe el fallo que la ley Nro. 153 establece que el hospital denunciado es uno de los efectores del sistema de salud³⁷ y que la paciente se encuentra entre los beneficiarios a que refiere la norma.³⁸

Probado que la profesional incurrió en una mala praxis, se deriva la ineficiente prestación del servicio de salud y el correlativo deber de resarcir.

En otro fallo reciente,³⁹ la Sala I responsabilizó al Estado por los daños sufridos por una alumna de una escuela primaria, perteneciente al sistema educativo público de la Ciudad. El hecho dañoso ocurrió al caer sobre un pie de la alumna un matafuegos que estaba colgado de la pared.

En este supuesto también se aplicó el concepto de falta de servicio, debido a lo cual, consideraron los jueces, resultan irrelevantes las circunstancias fácticas que rodean el hecho, es decir, si el matafuegos cumplía con la normativa vigente, si estaba lejos del paso de los alumnos o si la alumna provocó su caída, sino que simplemente se verificó un funcionamiento anormal o defectuoso por la omisión de la debida vigilancia de la alumna mientras ella se encontraba bajo el cuidado de las autoridades educativas.

Para arribar a esta conclusión los jueces recurrieron al artículo 24 de la Constitución, que pone en cabeza de la Ciudad “la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la escuela pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades...”, para concluir que “mientras los estudiantes se encuentren en el establecimiento educacional, el ejercicio de la tutela se desplaza transitoriamente hacia las autoridades escolares que, en tal caso, tienen a su cargo la obligación de asegurar la integridad física de los alumnos mientras éstos se encuentren bajo su cuidado. El incumplimiento de dicho deber origina responsabilidad estatal, derivada del cumplimiento irregular de los deberes a cargo de las autoridades locales”.

En otro fallo,⁴⁰ también la Sala I, hizo derivar del deber que tiene el Estado de atender la seguridad y salubridad de los habitantes el deber y

³⁸ Art. 1 ley 153 establece que son beneficiarios del sistema “*todas las personas sin excepción, sean residentes o no residentes de la Ciudad de Buenos Aires*”.

³⁹ “Raimondo, Inés Beatriz c/ GCBA s/daños y perjuicios”. C.A.Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., Sala I, del voto de los Dres. Carlos Balbín con adhesión de los Dres. Horacio G.A. Corti y Esteban Centanaro. 26 marzo 2004.

⁴⁰ “Martín Hortal Carlos Alberto c/ GCBA(Dirección General de Obras Públicas) s/daños y perjuicios”. C.A.Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., Sala I, del voto del Dr. E. Centanaro con adhesión de los Dres. H. Corti y Carlos Balbín. 8 marzo 2004.

no sólo el derecho de controlar que la vía pública, y en especial las aceras, permanezcan en condiciones tales que las personas puedan transitar por ellas sin peligro, sin perjuicio de la delegación que se hizo en cabeza de los frentistas, de la responsabilidad primaria y principal sobre su mantenimiento y conservación.

Según la ley nacional 11.545, las municipalidades tienen la obligación de construir y conservar en buen estado las aceras. Luego, por Ordenanza Municipal Nro. 33721, la Municipalidad delegó la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas en el frentista.

No obstante, entienden que tal delegación no releva al Gobierno de la Ciudad de la responsabilidad por la omisión del ejercicio del poder de policía, condenándolo a responder por las lesiones ocasionadas a un peatón por el mal estado de una vereda mal mantenida por el frentista obligado.

Para finalizar este breve recorrido por la jurisprudencia local, citaremos un fallo⁴¹ en el que la omisión que se imputa se vincula con procesos institucionales y en el cual la intervención de múltiples actores complejiza la atribución de la responsabilidad, que en este caso resulta posible únicamente debido a la imputación de responsabilidad objetiva y el mentado concepto de falta de servicio, como un resultado diferente del esperado o del requerido, sin que sea menester indagar en el aspecto subjetivo.

Se trata del reclamo de quien había sido designado para ejercer un cargo en el ex Concejo Deliberante, aparentemente, sin consentimiento de su parte, utilizando su nombre para cobrar los sueldos que le hubiesen correspondido durante tres años. Por ello, se vio involucrado e identificado en los medios masivos de comunicación como un “ñoqui arrepentido”, por lo cual reclamó que se lo indemnice por el daño moral padecido.

El fallo atribuye la responsabilidad al Estado “por haber facilitado la comisión de ilícitos mediante prácticas ineficientes y complacientes con la corrupción” posibilitados por la omisión de controles adecuados.

Con respecto a “República Cromañón”

⁴¹ “Norte Carlos Antonio c/ GCBA y otros s/daños y perjuicios”. C.A.Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., Sala II, del voto de la Dra. Nérida M. Daniele con adhesión del Dr. Eduardo Russo y disidencia parcial del Dr. Esteban Centanaro. 24 marzo 2004.

⁴² “Torres, Francisco c/ Pcia. De Mendoza”, S C de Mendoza, 4 abr. 1989.

El 30 de diciembre de 2004, en la Ciudad de Buenos Aires ocurrió una tragedia de dimensiones inéditas. Debido a un incendio provocado por una bengala que un asistente encendió durante un recital de rock en un lugar cerrado, murieron 193 personas, en su mayoría jóvenes. La cantidad de víctimas sobrepasó todo antecedente en nuestro país, ocasionado por un desastre no natural.

La gravedad del episodio se debió en gran medida a que las salidas de emergencia estaban cerradas con candados, y a que la capacidad del local, autorizado para albergar a mil personas, estaba excedido notablemente, siendo que había más de cuatro mil.

Resulta inevitable hacer mención a este siniestro, que replanteó y cuestionó el rol del Estado, el ejercicio del poder de policía y, por supuesto, la responsabilidad del Estado por omisión. Sin embargo, consideramos que un análisis jurídico de lo ocurrido, para tener valor, requiere de datos y constataciones con los que aún no contamos.

La investigación judicial está en curso y los factores determinantes de la tragedia aún no se visualizan con claridad. Como hemos dicho, la teoría se vuelve difusa cuando la volcamos a la casuística, especialmente en casos como el expuesto, donde confluye una causalidad múltiple, entre cuyos factores determinantes corresponde mencionar la responsabilidad social, la cual, no debe verse desplazada por la responsabilidad del Estado, máxime cuando a ambas instancias les cabe su cuota parte en el suceso.

Sin dudas, debe existir un equilibrio al cual podrá arribarse a partir de un profundo debate y autocrítica, que provengan desde la sociedad y desde la política.

Conclusiones

Consideramos que sería altamente positivo el desarrollo integral de una teoría de la responsabilidad del Estado encarada desde el punto de vista del derecho público, más allá de la aplicación analógica que pueda hacerse de los institutos propios del Derecho Civil.

Al respecto, consideramos como una interesante piedra basal el voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en el ya reconocido caso Torres⁴² en el cual, citando a Giovanni Duni, enumera los tres requisitos que deben darse ante una omisión para que resulte digna de generar la obligación de

resarcir por parte del Estado:

- La existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa (aclara que, por ejemplo, cualitativamente es interés prevaleciente la vida, la salud de las personas y que en los intereses exclusivamente patrimoniales, será menester un análisis cuantitativo).
- La necesidad material de actuar para tutelar el interés.
- La proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar (en términos de conveniencia para la comunidad, siendo que el sacrificio aludido generalmente implica un gasto, una afectación de recursos económicos).

Este “test” de tres pasos, que debería poder sortear cada una de las omisiones que se le imputen al Estado, a fin de merecer el resarcimiento pecuniario, debería ser el mismo test que, con una respuesta afirmativa, determine cuáles serán las prestaciones debidas por él.

Esta selección de acciones o prestaciones es la que constituye, ni más ni menos, un programa de gobierno que deliberadamente contiene determinados objetivos y relega otros.

En este proceso se va modulando la decisión en el actuar, en armonía con el interés social y ya no solamente respondiendo sistemáticamente frente a cada obligación de hacer, tal como surge de la reseña jurisprudencial citada, sino desde una perspectiva integral.

Se trata de una priorización indispensable e ineludible que acusa recibo de un axioma que aporta la economía: los recursos son limitados, las necesidades ilimitadas.

Como hemos intentado describir, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires las omisiones en las que puede incurrir el Estado son innumerables en razón de que en la norma fundamental existen multiplicidad de reglas, en extremo detallistas y minuciosas, y aun así, las necesidades siempre van a sobrepasar las posibilidades de resolverlas.

Es por eso que adquiere particular relevancia el tercero de los requisitos que señala Duni, la proporción entre el actuar y la utilidad social que reditúa, proporción que requiere de una ponderación de principios y que persigue un resultado que integre la totalidad de los datos de la realidad

económica, política y social.

Consideramos que no será posible desarrollar una Ciudad más solidaria y democrática esperando que *solamente* el Estado se ocupe de ello. El aspecto normativo es un paso inicial e indispensable, pero no es el único necesario.

Sin lugar a dudas, hay una “Responsabilidad Social” cuyas teoría y reglas, propias de la Sociología y no del Derecho requieren de un desarrollo que, al igual que el del derecho, debe tener en miras al bien público, teniendo en cuenta que ambos operan sobre una misma y única realidad.

Como ya hemos afirmado, parece evidente que los límites de la responsabilidad del Estado guardan íntima relación con los Derechos Humanos, con las conductas sociales y con el rol del Estado. Estos límites están en una continua reformulación y eso requiere de gobernantes atentos, jueces permeables y legisladores dinámicos, quienes a tiempo con las necesidades sociales, brinden respuestas adecuadas y suficientes.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COHEN, Déborah. Los límites de la Responsabilidad del Estado por omisión. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 73-90, out./dez. 2007.