



UNIVERSIDAD
SIGLO 21

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ARGENTINO POR HECHOS

DELICTIVOS EN ESPACIOS PÚBLICOS A PARTIR DE

LEY 26.944.

EL DEBER DE SEGURIDAD CIUDADANA.

BENTIVOGLIO CECILIA FLORENCIA

DERECHO

2016

“Una de las características más importante del Estado de Derecho es la responsabilidad por sus propios actos. Esta responsabilidad incluye a su propia persona y la de sus gobernantes y ciudadanos”

Miguel Ciuro Caldani

RESUMEN/ABSTRACT

A partir de la sanción de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, ante el reclamo de la víctima por un daño injustamente sufrido en su integridad física, surge el interrogante si éste se encuentra obligado a responder por el deber de Seguridad Ciudadana. De una interpretación restrictiva de la norma se advierte una manifiesta desprotección de los derechos del ciudadano y una vulneración al derecho de recomposición integral a la víctima. Ante la hipótesis de una legislación inconstitucional por no amparar derechos fundamentales del ciudadano y exponer al Estado a responsabilidad internacional, se analizará la intención del legislador al regular la norma y el impacto que provocó en la doctrina argentina, analizando su aplicabilidad a hechos delictivos en espacios públicos.

Palabras claves: Estado – Responsabilidad – Integridad Física – Seguridad Jurídica.

SUMMARY/ABSTRACT

From the sanction of the 26.944 law of State responsibility, to the claim of the victim for wrongly suffered damage to their physical integrity, the question arises if it is forced to answer for the duty of public safety. A restrictive interpretation of the standard warns a manifest lack of the rights of citizens and a breach the right to integral recomposition to the victim. To the hypothesis of an unconstitutional law does not protect fundamental rights of the citizen and expose the State to international responsibility, the intention of the legislator will analyze regulating standard and the impact that caused the Argentine doctrine, analyzing its applicability to criminal acts in public spaces.

Key words: State - responsibility - physical integrity - legal certainty.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO 1.....	13
DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA	13
INTRODUCCIÓN	15
1.1. INTEGRIDAD FÍSICA.....	15
1.2. SEGURIDAD PÚBLICA:	17
1.3. NORMATIVA EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA	20
1.4. RECONOCIMIENTO EN TRATADOS INTERNACIONALES	22
CONCLUSIONES PARCIALES.....	26
CAPÍTULO 2.....	29
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	29
INTRODUCCIÓN	31
2.1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	31
2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 26.944.	35
2.3. DERECHO APLICABLE:	36
2.4. DOCTRINAS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA INAPLICABILIDAD DEL CÓDIGO CIVIL	41
CONCLUSIONES PARCIALES.....	44
CAPÍTULO 3.....	47
RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACCIÓN Y OMISIÓN.....	47
INTRODUCCIÓN	49
3.1. FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD	49
3.2. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DEL RECLAMO	54
3.3. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL	58
3.4. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 26.944	60
CONCLUSIONES PARCIALES.....	63
CAPÍTULO 4.....	65

EL DEBER DE SEGURIDAD CIUDADANA	65
INTRODUCCIÓN	67
4.1. RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO DE SEGURIDAD	67
4.2. EL DEBER DE SEGURIDAD PÚBLICA COMO FACULTAD REGLADA O DISCRECIONAL	73
4.3. EVOLUCIÓN Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO	74
CONCLUSIONES PARCIALES:.....	78
CAPÍTULO 5.....	81
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ARGENTINO	81
INTRODUCCIÓN	83
5.1. PRINCIPIOS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA	84
5.2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	87
5.3. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ARGENTINO.....	89
CONCLUSIONES PARCIALES.....	92
CONCLUSIONES.....	95
ANEXO LEGISLACIÓN:	99
LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD ESTATAL	99
BIBLIOGRAFÍA	103
DOCTRINA	103
JURISPRUDENCIA	110
LEGISLACIÓN	112

INTRODUCCIÓN

Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado ha generado opiniones divergentes en cuanto a su constitucionalidad por los requisitos impuestos a la obligación de responder por su actuar administrativo y a la inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial en cuestiones que éste sea parte. El objetivo de exposición de esta obra es analizar la norma, para determinar el alcance de la responsabilidad del Estado y el derecho aplicable por hechos delictivos en espacios públicos ante los cuales la víctima sufre daños en su integridad física. Identificado el alcance normativo aplicable al instituto de la Seguridad Ciudadana, el objetivo es determinar la constitucionalidad de La Ley.

Desde que el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado, doctrinaria, política y socialmente surgieron opiniones encontradas en relación a la constitucionalidad de la norma. Un sector de la doctrina postula que la normativa vigente conlleva a la irresponsabilidad del Estado. En su defensa, se encuentran los que argumentan la legalidad de la norma y la oportunidad de la sanción.

En forma integral con el régimen jurídico argentino, se analizará e interpretará la legislación en materia de Responsabilidad del Estado por Seguridad Ciudadana, la doctrina a favor, en contra y los criterios de los Tribunales de Justicia. El objetivo de investigación es determinar si se encuentra debidamente protegida la garantía de seguridad pública y los derechos de la víctima. Al identificar el régimen que resultaría aplicable, se analizará si la Ley n° 26.944 encuadra en los preceptos de la Constitución Nacional o deviene inconstitucional.

El primer capítulo se iniciará identificando el derecho a la Integridad Física íntimamente relacionado con seguridad pública y las garantías legales para la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico argentino. Se realizará un análisis e

interpretación del articulado de la Constitución de la República Argentina y el alcance de los compromisos asumidos en tratados internacionales a partir del año 1994.

En el segundo capítulo se expondrá una breve reseña histórica de la responsabilidad estatal. Se analizará la autonomía provincial en el marco del cambio de paradigma en materia de responsabilidad estatal y la exclusión del derecho común en cuestiones que sea parte el Estado. De las posturas doctrinarias a favor y en contra de la norma, se determinará el derecho aplicable y la situación jurídica actual en las provincias argentinas en la materia, el régimen federal y las facultades de autorregulación en materia de responsabilidad.

En el marco de la Ley n° 26.944, las acciones y omisiones de la administración vinculadas al instituto de la seguridad se abordará en el tercer capítulo. Se identificarán los requisitos exigidos por la normativa vigente para que proceda el reclamo en contra del Estado. De la doctrina recolectada y analizada, se identificarán las voces a favor y en contra de la nueva reglamentación, sus requisitos y eximentes. Se formulará una conclusión en la cual se determinará si se encuentran amparados los derechos de la víctima y el principio de reparación plena de raigambre constitucional.

En el cuarto capítulo, de doctrina, jurisprudencia y legislación se interpretarán los precedentes y criterios aplicados en materia de Seguridad ciudadana. Se identificará la órbita obligacional del Estado en la prestación del servicio y su enfoque normativo en el marco de Ley N° 26.944. Se realizará una distinción entre mandatos imperativos y facultades discrecionales, para determinar el carácter que se le asigna al deber de seguridad pública. Se contrastarán las opiniones surgidas con motivo de la sanción de la Ley, la intensión del legislador al regular la norma y el alcance de la responsabilidad estatal por incumplimiento.

En el quinto capítulo del Trabajo de Investigación se realizará una exposición de los principios fundamentales consagrados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

en materia de seguridad ciudadana y se citará Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello a los fines de determinar la responsabilidad internacional del Estado ante posible colisión de la normativa interna vigente con compromisos asumidos en Tratados Internacionales.

Para finalizar, se presentará la conclusión del análisis e interpretación del funcionamiento de la norma y el régimen aplicable en materia de responsabilidad estatal por hechos delictivos en espacios públicos que generan daños en la integridad física de las personas. Se determinará si se encuentran debidamente protegidos los derechos fundamentales de la víctima, la constitucionalidad de la norma y la responsabilidad internacional del Estado argentino.

CAPÍTULO 1

DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

Introducción

Las exigencias del mundo actual reclaman una protección efectiva de la persona humana mediante el reconocimiento de derechos esenciales que le garanticen poder exigir frente a los demás, *erga omnes*, el respeto a su dignidad personal. Entre estos derechos fundamentales está el derecho a la integridad física (Lapalma, 2006).

Cuando la víctima sufre daños en su persona como consecuencia de hechos de violencia interpersonal o delitos comunes, delincuencia organizada transnacional, trata de personas, terrorismo, secuestro o pandillas, que son ejemplos de algunos de los fenómenos delictivos que enfrentan los países como el nuestro, para determinar la responsabilidad que le cabe al Estado a partir de la sanción de la Ley N° 26.944 es necesario definir conceptos que nos aproximen a una respuesta.

1.1. Integridad Física

El derecho a la integridad física y psíquica implica la conservación, sin detrimento alguno de la integridad del cuerpo y la mente. Para hacer efectivo este derecho, se deben prohibir conductas que generen un deterioro permanente o transitorio para la persona humana. Para tutelar este derecho deben prohibirse hechos, actos, penas, procedimientos y tratamientos que tengan por resultado la privación o inhabilitación intencional de alguna parte del cuerpo humano, de las facultades de la mente o del espíritu, y cualquiera fuere el propósito con que tales actos se cumplan, excepto con fines medicinales. El reconocimiento del respeto a la integridad personal busca proteger la dignidad inherente al ser humano (Alonso Regueira, 2013).

La naturaleza jurídica del derecho a la integridad física supone dos afirmaciones, la primera que estamos frente a un derecho subjetivo y la segunda que se trata de un bien jurídicamente tutelado. Es un derecho esencial, ya que su desconocimiento implicaría la

negación misma de la personalidad. Imprescriptible e inalienable, ya que su vigencia no se ve afectada por el transcurso del tiempo y está fuera del comercio. Por ello, su titular puede oponerlo *erga omnes*, frente a cualquier persona que amenace o impida efectivamente su libre desenvolvimiento.

En la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 5° , inciso 1° se consagra este derecho: “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Y en el ámbito regional, la Novena Conferencia Internacional Interamericana en 1948, que adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se estableció que el concepto de seguridad personal comprende a la integridad personal y que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad”.

El derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo, obligación negativa de no intervenir en el disfrute, sino que, requiere de la obligación positiva de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlo en cumplimiento de su deber general establecido en la Convención Americana, así lo interpretó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Causa Verbitsky¹.

Otro precedente jurisprudencial que aproxima al criterio que asumió el máximo Tribunal de Justicia argentino en materia de protección a la vida, integridad física, moral y a la salud lo encontramos en la causa Aquino². En esta causa la Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley de Riesgos de Trabajo que limitaba la responsabilidad del empleador por los daños derivados de un accidente o enfermedad laboral de su empleado. En los fundamentos del fallo se expresó que la dignidad del ser humano no deriva de las autoridades o poderes, toda vez que resulta intrínseca o inherente a todas y cada

¹ C. S. J. N., “Verbitsky, Horacio”, Fallos, 328: 1146 (2005).

² C. S. J. N., “Aquino, Isacio”, Fallos, 327:3753 (2004).

una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo, enunciado en la Declaración Universal de Derechos humanos y que la ley vulneraba estos principios de protección de los derechos humanos fundamentales contemplados constitucionalmente en el artículo 14 y 75 inciso 22.

1.2. Seguridad Pública:

Para seguir introduciéndonos en la materia, debemos definir el concepto de seguridad. El concepto constitucional de seguridad lo aporta Sagües (1997) al señalar que el derecho a la seguridad es el derecho a realizar o no realizar lo permitido, a hacer o no hacer lo no permitido y a contar con seguridad jurídica y seguridad pública. Derecho necesario e imprescindible para que los particulares puedan ejercer los demás derechos constitucionales en un estado democrático sentado sobre las bases de la dignidad humana, el reconocimiento de su libertad y sus derechos. La seguridad es la “garantía de los derechos de las personas que componen una sociedad”, así la define Andrea Pochak (2010) miembro del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur.

La seguridad es el derecho transversal a todos los derechos reconocidos explícita e implícitamente por la Constitución Nacional y tratados sobre derechos humanos. Su goce es fundamental para el normal desarrollo de los proyectos de vida de cada individuo que habita la Nación como también la base necesaria para el progreso económico y cultural de la República por lo que resulta imperioso que el Estado Nacional haga valer el poder de policía de seguridad del que lo inviste la Constitución Nacional³.

Los aspectos que interesan desarrollar en esta obra son los relacionados a los espacios públicos, ámbito que compete a la seguridad pública. Ésta es la situación en la que se

³ Decreto N° 228/2016. Emergencia de Seguridad Pública para el Estado Federal. Presidencia de la Nación Argentina.

encuentran resguardados la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías conforme la Constitución Nacional⁴. Derecho que impone al Estado la obligación de prevención y represión de los hechos delictivos, provengan de particulares o agentes públicos. Deber del Estado a implementar una política de seguridad interior que surge de una obligación constitucional y que supera la simple misión de custodiar el orden público.

Como se expondrá en la presente investigación, del sistema de protección de los derechos humanos surge el derecho a exigir la prevención por parte del Estado de los delitos, la represión de los mismos y la debida indemnización. Garantías que se encuentran cuestionadas y es materia de debate doctrinario a partir de la entrada en vigencia de la Ley 26.944⁵. Es oportuno citar que La Corte Suprema de Justicia estableció el rango constitucional de ésta obligación en el caso “Montalvo”⁶, al expresar que “la sociedad espera la protección de sus derechos que atañen a la moral, salud y seguridad pública” (Sagües, 1997).

Doctrinariamente se utilizan los términos seguridad pública y ciudadana indistintamente. La seguridad ciudadana tiene como prioridad a los intereses de las personas, intereses que se contraponen a la de seguridad pública que tiene el centro de interés en el orden público y define a la seguridad desde los intereses del estado. Pero su tratamiento y abordaje debe realizarse en forma integral, así se analizará en esta obra (Pochak, 2010).

En el Compromiso por la Seguridad Pública en las Américas, celebrada en México en el año 2008, se dejó establecido que “La seguridad pública es deber y obligación exclusiva del Estado. Fortalece el estado de derecho que tiene como fin salvaguardar la integridad y

⁴ Artículo 2 ley 24.059 del 21/7/9. Seguridad Interior. Actualizada según leyes 25520 y 25443

⁵ Ley 26944 del 2 de julio de 2014. Responsabilidad del Estado. Congreso de la Nación Argentina.

⁶ C. S. J. N, “Montalvo Jorge. A s/ Hurto”, Fallos 313:1333 (11-12-1990).

seguridad de las personas y protege el disfrute de todos sus derechos”. Se dijo también que las condiciones de seguridad pública mejoran mediante el pleno respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales, la educación, la salud y el desarrollo económico y social.

Se abordará el análisis de la Responsabilidad del Estado por hechos delictivos en espacios públicos, por lo que es preciso definir a que nos referimos. Son lugares públicos una calle, una plaza, una avenida, lugares donde pueden concurrir personas que se conozcan o no entre sí. Son lugares sometidos a regulación de uso por parte de la administración, que garantiza la accesibilidad de todos y fija las condiciones de utilización y disfrute. La vigilancia de los lugares públicos es competencia de la policía como órgano del poder Ejecutivo en su función administrativa. Por lo cual la responsabilidad por la vigilancia de estos espacios es del Estado Nacional, Provincial o Municipal según su jurisdicción (Medina, 2006).

Los derechos que se cuestiona si están siendo vulnerados por la Ley 26.944⁷, que se analizará en los capítulos siguientes, son los de la víctima. Se las define como “todas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”⁸.

⁷ Ley 26944 del 2 de julio de 2014. Responsabilidad del Estado. Congreso de la Nación Argentina.

⁸ Comisión interamericana de Derechos Humanos. (2009). Informe sobre seguridad ciudadana y derechos Humanos. Recuperado el 25/09/2015 de <http://www.cidh.org/countryrep/Seguridad/seguridaddiv.sp.htm>

1.3. Normativa en la Constitución Argentina

Para tratar el tema del epígrafe, seguidamente se hace mención a las normas constitucionales que comprenden el derecho a la seguridad de las personas. Estamos haciendo alusión a los derechos humanos que son el conjunto de facultades que corresponden a todos los seres como consecuencia de su innata dignidad, destinados a permitir el logro de sus fines y aspiraciones en armonía con lo de las otras personas, que deben ser reconocidos y amparados por los ordenamientos jurídicos de cada Estado. Mencionaremos los principios fundamentales relacionados con la seguridad de las personas en la Constitución de la República Argentina:

El derecho de las personas a la seguridad pública está implícito en los derechos enunciados en el preámbulo de la Constitución Nacional de consolidar la paz interior y proveer a la defensa común. El artículo 14 que garantiza el derecho de propiedad. En el artículo 23 al ordenar el estado de sitio en caso de conmoción interior o ataque exterior. Por el artículo 18 del deber de velar por el cuidado de los penados privados de libertad. Las cargas públicas que faculta el artículo 75 inc. 2 a establecer impuestos excepcionales si la seguridad común lo justifica. La seguridad en las fronteras conforme al artículo 75 inc. 16. Y por el artículo 116⁹ que habilita a demandar al Estado (Sagúes, 1997).

El derecho de las personas a la seguridad ciudadana que permite el disfrute de los demás derechos fundamentales está implícito en la libertad de locomoción y circulación o movimiento, que implican el desplazamiento y traslado de la persona, su residencia,

⁹ Constitución de la Nación Argentina: artículo 116: Corresponde la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puros regidos por la Constitución, y por las leyes de la nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de altamarazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

radicación o domicilio en el lugar que elige y están contenidos en los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional que derivan del derecho a la libertad corporal o física. De la interpretación del artículo 33 de la Constitución Nacional, surgen los derechos no enumerados o implícitos como el derecho a la vida, a la dignidad personal, a la intimidad, a la identidad y diferencia, el derecho a la reparación o al resarcimiento del daño, el derecho al honor, el derecho a la integridad física, síquica y moral, el derecho a tener una nacionalidad, el derecho a elegir el proyecto personal de vida, el derecho de reunión, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la imagen propia y a la voz personal, el derecho a la cultura, el derecho a la paz, el derecho a la calidad de vida digna, el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica, derechos de incidencia colectiva, entre otros (Bidart Campos, 2008).

Del artículo 41 se desprende el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo del ser humano. En el artículo 42 se protege a la persona humana en el ámbito del mercado de consumo y uso de bienes y servicios que incluye el derecho a la vida, a la integridad y el derecho a la protección de los bienes.

El derecho a la seguridad no está contemplado en forma expresa en la Constitución Argentina, pero surge implícitamente del artículo 19 que garantiza la libertad de acción, libertad para realizar los actos permitidos y no prohibidos, lo lícito y lo ilícito. El artículo dispone que nadie deba ser privado de lo que la ley no prohíbe, lo que infiere un derecho constitucional a realizar lo no prohibido. Éste derecho constitucional de la libertad como lo define Bidart Campos (2008), está receptado en la parte dogmática de la Constitución argentina, porque allí está el génesis del reconocimiento de la persona humana en su dignidad, libertad y sus derechos.

Siguiendo en este punto a Bidart Campos (2008), por el principio de legalidad del artículo 19 de la Constitución Argentina, lo que se manda y lo que se prohíbe necesita de una

ley que lo prescriba. La finalidad del principio de legalidad es afianzar la seguridad individual y brindar previsibilidad a las conductas para que el particular pueda hacer ejercicio pleno de los derechos implícitos reconocidos en el artículo 33, cuyo presupuesto básico es la seguridad jurídica y ciudadana.

Para que la ley sea justa debe complementarse con el principio de razonabilidad. Principio que impone que para que la ley que manda o prohíbe sea justa, razonable y preserve el valor justicia en el contenido de todos los actos del poder y de los particulares. Lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad. El artículo 28 de la Constitución Nacional contempla la regla de la razonabilidad cuando enuncia que los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Esa alteración equivale a irracionalidad o arbitrariedad, y por ende a inconstitucionalidad (Bidart Campos, 2008).

Estos principios no descartan a los gobernantes, los somete a la ley, las garantías se deparan para proteger derechos tanto cuando la violación proviene de actividad estatal como de actividad privada. Se cuestiona la constitucionalidad de la Ley 26.944¹⁰ en cuanto a los límites impuestos a la responsabilidad del Estado y sus dependientes por el actuar administrativo. Análisis que será abordado oportunamente, pero introduciéndonos y anticipando algunas aspectos, decimos que los derechos no son absolutos sino relativos y, ello significa que son susceptibles de reglamentación razonable, la cual deja de serlo si los altera o incurre en arbitrariedad conforme al artículo 28 de la Constitución nacional.

1.4. Reconocimiento en Tratados internacionales

El derecho a la seguridad está implícitamente constitucionalizado en la República Argentina desde el año 1994, en el artículo 75 inciso 22, por adhesión a la Declaración

¹⁰ Ley 26944 del 2 de julio de 2014. Responsabilidad del Estado. Congreso de la Nación Argentina.

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre , Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos . La Constitución enumera once tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Estos instrumentos no derogan artículo alguno de la parte dogmática de la Constitución nacional y son complementarios de esta, tienen la misma jerarquía. Así, el sistema de derechos argentino tiene dos fuentes, la interna y la internacional (Bidart Campos, 2008).

El derecho internacional de los derechos humanos ha ido adquiriendo en nuestro país un desarrollo vertiginoso a partir de la reforma constitucional del año 1994, invistiendo a la persona humana de personalidad internacional. Los tratados de derechos humanos obligan a los Estados parte a cumplirlos y a la tutela efectiva en sus jurisdicciones internas. La tutela efectiva corresponde a una jurisdicción concurrente o compartida entre el Estado y la jurisdicción internacional, obligados a no violarlos y a conferirles tutela además de prevenir, vigilar, sancionar y reparar las violaciones a esos derechos.

A continuación se transcriben los artículos de los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el artículo 75, inc. 22 que regulan en materia de integridad física y seguridad ciudadana:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Art. I: todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. XXVIII: los derechos de cada hombre están limitados por los de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

Declaración Universal De Derechos Humanos:

Art. 3º: todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:

Art. 9º: todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal...

Art. 12º: toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

Art. 5º: en conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2º de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas las formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

b) el derecho a la seguridad personal y a la protección del estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier otro individuo, grupo o institución.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica):

Art. 7º: toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal...

Art. 15: se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas.

Art. 22: 1.- toda persona que se halle legalmente en el territorio de un estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a sus disposiciones legales.

2.- toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3.- el ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o

para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

Art. 27: en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean compatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Art. 32: 1.- toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2.- los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

La Convención Americana de derechos Humanos en el artículo 4 protege el derecho a la vida, en el artículo 5 la integridad personal y en el artículo 7 a la libertad, entre otros relacionados con la seguridad ciudadana. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido el principio fundamental de la obligación estatal de evitar la impunidad, esclarecer los hechos delictivos, evitar su repetición, y la protección de los derechos humanos de la víctima y sus familiares.

Ya desde la Convención de Viena de 1969, el derecho internacional impuso dos principios. El de prioridad de los tratados sobre el derecho interno y el principio que establece que el estado no puede alegar incumplimiento por la existencia de una ley interna. Cuando un tratado entra en colisión con la constitución, nuestro sistema habilita el control y declaración de inconstitucionalidad. El derecho internacional en materia de derechos humanos no admite

quedar postergado o descartado a causa de su eventual oposición a la legislación interna (Bidart Campos, 2008).

La interpretación de los tratados debe armonizar con la constitución nacional, integrando los principios generales en el derecho internacional de protección de los derechos humanos y principios generales del derecho interno de aplicación supletoria. Interpretación que debe optimizar el plexo de derechos y complementar los derechos implícitos del artículo 33 de la Constitución nacional, sean de fuente interna o internacional conforme al artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica (Bidart Campos, 2008).

Conclusiones parciales

El Derecho a Integridad física le permite al ciudadano en su calidad de ser humano hacer uso de sus facultades físicas y mentales sin interferencia alguna. Derecho garantizado constitucionalmente en el ordenamiento jurídico argentino de fuente interna e internacional a partir de la reforma constitucional de 1994 por la incorporación de los Tratados y declaraciones del artículo 75 inciso 22. El Estado asume la obligación de proteger al ser humano en su vida, libertad y seguridad personal, como lo refleja la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y se refuerza en la Declaración Universal de Derechos Humanos que pone el acento en la protección de la dignidad y pleno desarrollo de la persona.

Para que este derecho se encuentre garantizado, el Estado tiene la obligación de velar por su protección y arbitrar las medidas necesarias para que no se vulnere su ejercicio. Medidas que requieren del Estado en sus tres funciones, ejecutiva, legislativa y judicial, adaptar sus decisiones a la Constitución Nacional en cumplimiento al deber de garantía de los derechos fundamentales.

Al legislador le corresponde amparar estos derechos fundamentales mediante leyes justas y razonables. Mediante el instituto de la Seguridad Ciudadana, que corresponde a la función administrativa de policía de seguridad, el Estado Argentino asume la obligación constitucional y el compromiso internacional de velar por el derecho fundamental de la vida e integridad física de las personas. Le corresponde al sistema judicial proteger, restringir y condenar las violaciones de derechos que impidan el desarrollo pleno del ser humano.

CAPÍTULO 2

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Introducción

En este capítulo, a los fines de analizar la intención del legislador al regular la Ley 26.944, se analizarán sucintamente los antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios del instituto de la Responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico argentino. Identificar como se ha abordado la materia en la historia de nuestro régimen jurídico nos introducirá a identificar si el nuevo régimen de responsabilidad de la administración se ajusta a los preceptos de la Constitución Nacional.

La responsabilidad del Estado no está expresamente contemplada en la Constitución de República Argentina. Implícitamente surge de los artículos 14 y 17 en relación al derecho a la propiedad, por la regla de igualdad ante las cargas públicas del artículo 16, por la regla que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros (*alterum non ledere*) del artículo 19 y, por los compromisos asumidos en Tratados Internacionales mediante el artículo 75 inciso 22. A continuación se determinará el alcance de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado.

2.1. Breve reseña histórica de la Responsabilidad del Estado

Juan Bautista Alberdi, inspirador de nuestro constitucionalismo sostenía que sólo podía existir Nación y progreso en un Estado responsable. Así fue como fue en el proyecto de Constitución de 1852 insertó supuestos de responsabilidad en el capítulo IV, “Garantías de orden y progreso”. Sin embargo el primer supuesto de responsabilidad del Estado lo fue por su actuar lícito, contemplado en el artículo 15 de la Constitución de 1853, que disponía la libertad de los esclavos, reconociendo una justa indemnización a los particulares afectados por la medida al momento de la jura de Carta Magna.

La primera ley Argentina de Responsabilidad del Estado data del 29 de setiembre de 1859, sancionada por la Confederación Argentina con el N° 224. En el artículo 1° disponía:

“La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional, no reconoce derecho a indemnización en favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país”. La ley regulaba los actos u omisiones de los funcionarios por actos lícitos o ilícitos y hacía responsable al Estado por el perjuicio ocasionado por éstos, debiendo acreditarse el daño alegado (Alonso Regueira, 2013).

Fue una Ley de carácter general que asignaba jurisdicción solamente cuando la nación era parte actora, pero no la habilitada cuando era parte demandada. Ésta falta de acción impedía la responsabilidad del Estado. Ante esta situación, mediante Ley 3.952/1900¹¹ de Demandas contra la Nación, se impuso el requisito del reclamo previo ante sede administrativa. La burocracia impuesta que en la práctica se daba para responsabilizar al estado era derivación de la doctrina legal emanada de monarquías como España o Reino Unido conocida como “*The King can do no Wrong*”, que significa otorgar inmunidad al soberano y a la corona contra procesos civiles y penales (Bugallo Olano, 2014 y Gordillo, 2010).

En la misma época de dicha norma, fue redactado el Código Civil de Vélez Sarsfield, (redactado en el año 1855 y aprobado en el año 1869), consagrando la responsabilidad extracontractual del estado en el artículo 1112¹². El artículo consagraba una responsabilidad amplia del Estado, en forma directa y sin distinguir entre actos u omisiones lícitas o ilícitos, priorizando la reparación del perjuicio que hubiera ocasionado la función administrativa en sus tres órdenes, ejecutivo, legislativo y judicial. A los términos empleados en el artículo, “manera irregular de cumplir con las obligaciones legales”, jurisprudencia y doctrina lo interpretó y aplicó como ilegalidad o actividad generadora de perjuicios (Salomoni, 1999).

¹¹ Ley 3.952/1900 de Demandas contra la Nación. Congreso de la Nación Argentina.

¹² Artículo 1112, Código Civil y Comercial de Vélez Sarsfield: “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 comprendidas en las disposiciones de este título”.

Civilistas y administrativistas desde entonces debaten sobre qué normas y principios se basa la responsabilidad del Estado. Un sector de la doctrina sostiene que el instituto de la Responsabilidad Estatal ha sido objeto de elaboraciones pretorianas por más de cien años en la historia de los Tribunales de la Nación Argentina, que fueron estableciendo a través de sus fallos, en qué casos y de qué forma el Estado debía responder. Otro sector de la doctrina postula que las disposiciones del Código de Vélez contenían normas de derecho administrativo y principios generales aplicables a todas las ramas del derecho, en consideración a las fuentes tomadas por el codificador para inspirarse en la redacción, considerando a la ley como voluntad general y no como ley específica. Aspectos que serán analizados en el punto 3.3 de la presente obra (Salomoni, 2013 y Zanvettor, 2015).

En Argentina, jurisprudencialmente comienza a afirmarse la responsabilidad extracontractual por los actos o hechos del Estado que causan daños sobre el patrimonio o persona de los administrados a partir del caso Tomás Devoto¹³. En la sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que el Estado era tan responsable de sus actos y omisiones como cualquier otra persona, aun el causado por culpa o negligencia, de acuerdo a las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield y con fundamento en los artículos 1109 y 1113. Desde entonces y hasta la entrada en vigencia de la nueva ley, el poder estatal en sus tres dimensiones, nacional, provincial, municipal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han respondido por sus actos y omisiones conforme a las normas del Código Civil.

Desde las primeras décadas del siglo XX la doctrina administrativista bregó por la existencia de una ley que declarara la Responsabilidad del Estado, ya que la responsabilidad estatal es materia de Derecho Administrativo y no de Derecho Civil (Altamira Gigena, 2015).

¹³ C. S. J. N. S. “A. Tomás Devoto c/ Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios”, (22 de setiembre de 1933).

La vigente Ley de Responsabilidad del Estado tuvo su sanción mediante Ley N° 26.944¹⁴. A partir de la cual surgieron interrogantes y controversias doctrinarias respecto al alcance y constitucionalidad de la misma. Se cuestiona que provocó un vacío legislativo al disponer la inaplicabilidad del Código Civil en cuestiones que el Estado sea parte, y como consecuencia de la escasa regulación de la materia, contemplada fundamentalmente en las constituciones provinciales.

Perrino (2015) expresa que la sanción de la Ley N° 26.944 constituye un hito sumamente importante en nuestra historia jurídica al ser la primera regulación legislativa de derecho público en la que se aborda la materia. La importancia radica en que la responsabilidad estatal y de los agentes públicos constituye uno de los pilares del estado de derecho, recogidos en la Constitución Nacional entre los cuales se deduce la posibilidad de someter a juicio al Estado, conforme al artículo 116. Sin embargo, el autor realiza una crítica y sostiene que el texto de la ley genera un retroceso en nuestro derecho, porque acota de manera inadmisibile el alcance del deber estatal de responder.

Bugallo Olano (2014) manifiesta que con el dictado de la primogénita Ley de Responsabilidad del Estado se ha acotado la responsabilidad estatal y habremos regresado a un principio al parecido al del Common Law “*the King can do no wrong*” (El rey no puede hacer ningún mal”), es decir, a la irresponsabilidad del soberano o la responsabilidad atenuada.

¹⁴ Ley 26.944 del 7 de agosto de 2014. Responsabilidad del Estado. Congreso de la Nación Argentina.

2.2. **Ámbito de aplicación de la Ley 26.944.**

Ley N° 26.944¹⁵ es de aplicación exclusiva a la jurisdicción nacional y regula la responsabilidad estatal por los daños ocasionados en su carácter de poder público, en el ejercicio de las funciones administrativas, legislativas y judiciales en sus actos de imperio y de gestión. Conforme surge del artículo 11 de la Ley¹⁶, la norma es de presupuestos básicos y/o mínimos sobre responsabilidad estatal, e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse total o parcialmente. Por lo cual, el ámbito de aplicación es la jurisdicción nacional por los daños que el Estado cause en su actividad o inactividad, en los bienes o derechos de las personas.

El instituto de la Responsabilidad del Estado es cuestión exclusivamente local conforme al reparto de competencias entre la Nación y las provincias (artículos 1°¹⁷ y 121¹⁸ de la Constitución nacional). Así las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal, debiendo crear sus propias instituciones y regirse por ellas. La Corte de justicia de la Nación expresó en la causa “Barreto”¹⁹ que la responsabilidad estatal es un instituto cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y es resorte de los gobiernos locales.

Sosteniendo en el tiempo la convicción de que el Estado, los funcionarios y agentes públicos deben responder por los daños ocasionados en ocasión de su actuar, salvo los daños

¹⁵ Ley 26944. Responsabilidad del Estado. Congreso de la Nación Argentina.

¹⁶ Ley N° 26944. Responsabilidad del Estado. Congreso de la Nación Argentina.

¹⁷ Artículo 1° Constitución de la Nación Argentina: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente constitución.

¹⁸ Artículo 121 Constitución de la Nación Argentina: las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

¹⁹ C. S. J. N., “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia y Otros s/ daños y perjuicios. B. 2303. XL (2006).

justificados por el legítimo ejercicio de las funciones regularmente ejercidas, en general, la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos está regulada en las constituciones provinciales, algunas sin establecer un régimen especial de responsabilidad. La responsabilidad por los daños provocados por los estados provinciales, municipales o la ciudad autónoma de Buenos Aires, entonces se rigen por las normas existentes en su jurisdicción (Rosatti, 2014).

2.3. Derecho aplicable:

Desde que el Poder Ejecutivo Nacional presentó el proyecto de ley²⁰, se generaron interrogantes doctrinarios respecto al alcance y constitucionalidad de la norma. Analizaremos los aspectos de la norma que son cuestionados por considerar que no encuadran en preceptos establecidos constitucionalmente.

Thomas (2014), sostiene que la norma no presenta puntos oscuros, la ley trata la responsabilidad civil, por aplicación de la teoría del órgano (legislativo, ejecutivo, judicial, incluidos órganos personas funcionarios y empleados). No trata la responsabilidad administrativa, porque se encuentra regulada por normas específicas. Tampoco a la responsabilidad penal, materia regulada por el Código Penal que no ha sido alterado. De la responsabilidad política sostiene que se aplica la Constitución Nacional o provincial, aspectos contemplados en la Constitución Nacional y que la ley no ha modificado. Analizaremos si estas afirmaciones coinciden con los preceptos de la Constitución Nacional.

El artículo 1º establece que “las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria...”. En igual sentido quedo regulado a partir de agosto de 2015, momento en el que entró en vigencia el nuevo Código

²⁰ Ley 26.944. Responsabilidad del Estado. Congreso de la Nación Argentina.

Civil y Comercial Unificado el cual excluye de su ámbito de aplicación cuestiones en las que el Estado sea parte²¹, en relación a la responsabilidad²², funcionarios y empleados públicos por el ejercicio irregular de sus funciones²³.

Con la sanción de la Ley N° 26.944 surgieron interrogantes doctrinarios respecto al alcance y constitucionalidad de la misma. Al disponer la inaplicabilidad del Código Civil en las cuestiones que el Estado sea parte, generó un vacío normativo por la existencia de un derecho infra constitucional carente de desarrollo. Hasta la sanción de la Ley N° 26.944 en agosto de 2014, ante la falta de normativa en la materia se acudió a la analogía o subsidiaridad aplicándose el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el derogado Código Civil en el artículo 43 para las personas jurídicas. Cassagne (2006); Eliades (2013); Garaventa (2013) y Perrino (2011), consideran que fue un recurso equivocado por ser una institución de derecho público, con principios, naturaleza y fines diferentes a los de derecho privado.

La Ley 26.944 rompe la unidad del orden jurídico y pretende convencer de que existe una incompatibilidad entre el Derecho Público y Privado. Los antecedentes y la comunicabilidad de los principios de uno y otro hoy se ha implementado en el ordenamiento jurídico Argentino, por lo que la pretendida separación de regímenes lleva a retroceder en el tiempo y genera inseguridad jurídica (Salomoni, 2013 y Rosatti, 2014). La responsabilidad estatal es un instituto cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y ello no obsta a de que ante el vacío de normas de derecho público, se apliquen subsidiariamente

²¹ Artículo 1764 del Código Civil y Comercial: Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de éste Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

²² Artículo 1765 del Código Civil y Comercial: la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

²³ Artículo 1766 del Código Civil y Comercial: responsabilidad del funcionario y del empleado público: 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 se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo, y así lo expresó nuestro Máximo Tribunal de Justicia en la causa “Barreto”²⁴.

La técnica de la analogía de las disposiciones del derecho privado para integrar las lagunas del derecho administrativo tuvo gran campo de aplicación en el derecho administrativo debido a la inexistencia de normas escritas. La Corte Suprema ha efectuado en materia de nulidades del acto administrativo, contratos administrativos y con relación a la responsabilidad del Estado, en diversas ocasiones la aplicación analógica de las normas del Código Civil para integrar lagunas del derecho administrativo (Perrino, 2015).

En las contiendas administrativas en las que el Estado y los particulares eran parte, se recurrió a la aplicación subsidiaria del Código Civil u otros códigos ante la inexistencia de normas nacionales o locales administrativas que regulen la materia. Se aplicó el mismo criterio cuando ante normas constitucionales o procesales de una provincia se hubiera declarado la inconstitucionalidad de las mismas. A los fines de generar privación de justicia, los tribunales argentinos aplicaron las disposiciones de éste cuerpo normativo para condenar patrimonialmente al Estado (Garaventa, 2013).

Las provincias al tener que regular la materia, pueden generar heterogeneidad o inflación legislativa. El deber de cada provincia y municipalidades al emitir su propia normativa, puede provocar redundancias, incoherencias y desigualdad de trato al fijar restricciones contrarias al principio *alterum non leadere*. La Constitución Nacional²⁵ tiene

²⁴ C. S. J. N., “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia y Otros s/ daños y perjuicios. B. 2303. XL. (2006).

²⁵ El deber de afianzar la justicia (preámbulo), la adopción de la forma republicana de gobierno (artículos 1, 29, 33 y cons.), el principio de igualdad ante la ley (artículo 16), el derecho inviolable a la propiedad (artículo 17), la defensa en juicio previo a la aplicación de una pena (artículo 18), la intervención de magistrados en caso de perjuicios a terceros (artículo 19), sistema jurídico con base constitucional (artículo 2, 31 y cons.), la ética pública como principio rectos de la función pública (artículo 36), la participación ciudadana en

articulado el sistema de protección de derechos que impediría irresponsabilidad y/o impunidad (Alonso Regueira, 2013; Coviello, 2013; Eliades, 2013 y Rosatti, 2014).

La reforma en el cambio de paradigma en materia de Responsabilidad del Estado es inconstitucional por provocar un vacío legislativo que genera inseguridad jurídica. En un Estado de Derecho, el ciudadano se encuentra en un plano de igualdad frente al Estado, la Ley y la reforma del Código Civil vulneran derechos de los particulares en beneficio de la administración. Lo que pretendió el legislador de la ley 26.944 es que el Estado no responda, contradiciendo los fundamentos del caso “Barreto”²⁶, donde se expresó que las disposiciones del Código Civil, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina, y son principios generales del derecho aplicables a cualquier disciplina jurídica (Aberastury, 2015; Alonso Regueira, 2013; Bugallo Olano, 2014; Coviello, Gherzi, Jacky y Tonelli (2015).

Altamira Gigena (2015), interpreta la normativa expresando que la misma comprende los daños ocasionados por los hechos y actos, omisiones, ya sea por una no prestación del servicio o por una prestación irregular, y que el afectado puede accionar solicitando la prestación omitida o deficientemente prestada o reclamar la reparación de los perjuicios. En consecuencia la ley se refiere a la obligación de indemnizar el daño patrimonial causado por culpa o negligencia e incluso por dolo de la persona que lo cometió. Si el Estado ha ocasionado un perjuicio, el afectado tiene derecho a ser indemnizado y debe recurrir a la competencia contenciosa administrativa, toda vez que el derecho a obtener esa indemnización

los organismo de control de los servicios públicos (artículo 42), la reparación judicial sumaria ante actos u omisiones de autoridades públicas que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos en la Constitución, un tratado o una ley (artículo 43), el principio de justicia social (artículo 75, inc. 19), los tratados internacionales (artículos 75, inc. 22), la igualdad real de oportunidades (artículo 75, inc. 23), el control de la administración pública (artículo 86), la demandabilidad judicial del Estado (artículo 116), la judiciabilidad para la protección del principio de legalidad y de los intereses generales de la sociedad (artículo 120).

²⁶ C. S. J. N., “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia y Otros s/ daños y perjuicios. B. 2303. XL. (2006).

constituye un derecho público subjetivo de índole administrativa y regida por el derecho público.

Quienes se enrolan a favor de los alcances de la norma, sostienen que el legislador lo que hizo fue plasmar en una ley la doctrina que se venía aplicando jurisprudencialmente. Entre ellos Eliades (2013); Garaventa (2013); Grossi (2014); López Mesa (2015); Thomas (2014), y que corresponde a las provincias crear su propio régimen en la materia. A modo de ejemplificar como ha comenzado a aplicarse la legislación vigente, durante la redacción de este Trabajo de Graduación Final en el primer semestre de 2016, la Cámara en lo Civil y Comercial II de la provincia de Jujuy, declarándose competente para resolver la cuestión planeada se expresó²⁷:

No habiendo la Provincia de Jujuy adherido a la Ley nacional N° 26.944, considera que las Cámaras Civiles son competentes. Consideró que el artículo 1.765 del Código Civil y Comercial vulnera el principio constitucional de igualdad y no hay razones jurídicas atendibles para que el dañado reciba un tratamiento legal distinto. La obligación de reparar el daño es siempre la misma, sea la relación jurídica pública o privada. Consideró absurdo suponer que el accidente ocurrido en el interior de una escuela pública sea una falta de servicio administrativa y se deban aplicar las normas y principios del derecho administrativo y si el establecimiento educacional es privado se deban aplicar las normas civiles.

En los considerandos dice que el nuevo Código no modifica la distribución de competencia entre los distintos órganos jurisdiccionales de la Provincia: “mal podría hacerlo tratándose de materia que las provincias no han delegado a la Nación y que por el contrario, conservan para si por expreso mandato constitucional. Los códigos de fondo cuyo dictado

²⁷ C.C. Y C. II., “Daños y Perjuicios: Arias, Rodrigo Ezequiel; Torres, Débora Evangelina c/ Estado Provincial”. Expte. N° C-56.180/15. Provincia de Jujuy.

corresponde al Congreso de la Nación no pueden alterar las jurisdicciones locales”. Sostuvo que a pesar de que el hecho generador del daño ocurrió con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (09/09/15), no es aplicable el artículo 1765 toda vez que la provincia de Jujuy no adhirió a la Ley N° 26.944 que regula específicamente la Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos y al ser ésta una materia no delegada por las provincias, ya que la ley las invita a adherirse.

A los fines de determinar el derecho aplicable, hasta que las provincias legislen la materia, los jueces podrán o deberán hacer aplicación analógica de los principios generales del derecho para justificar el deber de responder. Lo cual genera manipulación e inseguridad jurídica, inaceptable en un Estado de derecho moderno (Rosatti y Tonelli, 2014).

2.4. Doctrinas a favor y en contra de la inaplicabilidad del Código Civil

Para Thomas (2014) cuestionar la constitucionalidad de la ley 26.944²⁸ es absurdo. Sostiene que el no incluirse en el Código Civil y Comercial a la responsabilidad del Estado, ello no significa irresponsabilidad. A las provincias dentro de sus competencias les corresponde dictar su propia normativa. Sostiene que por la aplicación del Código Civil en materia de daños por no estar legislado por las provincias, se ha creado la convicción de que es competencia delegada. Que por respeto a la Constitución Nacional, y por la larga discusión por el federalismo y la autonomía de las provincias es necesario sacar el tema del Código Civil y tratarlo separadamente como materia de derecho público. Afirma que la ley recoge la evolución de la doctrina y jurisprudencia.

Altamira Gigena (2015), se encuentra a favor de la exclusión de la aplicación de las normas del Código Civil. Sostiene que las normas de derecho privado se aplican entre las

²⁸ Ley 26944 del 2 de julio de 2014. Responsabilidad del Estado. Congreso de la Nación Argentina.

personas a quienes se aplican relaciones de coordinación por estar en un plano de igualdad, mientras que las normas de derecho público crean entre las personas a las que se las aplica, relaciones de subordinación. Régimen que no vulnera el principio de igualdad ante la ley. Si los derechos de la persona son vulnerados, lo que cambia, es la jurisdicción ante la cual debe realizar el reclamo, debiendo hacerlo actualmente ante la instancia administrativa y luego la sede judicial.

Para Rosatti (2014) la regulación del Código Civil desde 1930 en el caso “Devoto”, fue la aplicación de una norma que gozaba de prestigio y desarrollo en la materia, habiéndose convertido en una rama de extraordinaria importancia en todo el ordenamiento jurídico, tanto que instituciones como la entrada en vigencia de las leyes (civiles, nacionales, provinciales), la forma de computar los plazos (en todo el derecho y no solo en el Civil) fueron reguladas en su cuerpo. Sostiene que los conceptos fundamentales regulados en el cuerpo del Código Civil no han sido elaborados para una teoría general aplicable a todo el Derecho y se acudió a la aplicación de su régimen como recurso subsidiario ante falta de normativa.

Coviello y Eliades (2013) y Rosatti, 2014, sostienen que el hecho de que sean las provincias las que deban regular la materia no implica que pueda existir impunidad, sino heterogeneidad. La inflación legislativa que se produciría por el deber de cada provincia y municipalidades al emitir su propia normativa, puede provocar redundancias, incoherencias y desigualdad de trato al fijar restricciones contrarias al principio *alterum non ledere*.

Aberastury (2015); Alonso Regueira (2013) y Jacky (2015), interpretan que la reforma es inconstitucional. En sus fundamentos sostienen que en un Estado de Derecho, el ciudadano se encuentra en un plano de igualdad frente al Estado y que la reforma del Código Civil vulnera derechos de los particulares, no existiendo fundamentos legales para reciba un tratamiento distinto. Traen a colación que los grandes maestros del derecho administrativo

querían ampliar la responsabilidad del Estado, argumentando que no se podían restringir a las disposiciones del Código Civil porque la base de éste es la culpa y la responsabilidad del Estado es mucho más amplia, fundada en principios constitucionales. Afirman que lo que pretende el legislador de la ley 26.944 es que el Estado no responda y con ello se contradicen los fundamentos del caso “Barreto”, donde se expresó que las disposiciones del Código Civil, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina, son principios generales del derecho aplicables a cualquier disciplina jurídica.

Alonso Regueira (2013), Altamira Gigena (2015), Eliades (2013) y Rosatti (2014), interpretan que el Derecho Público ha ido desarrollando institutos propios de la materia, al regular constitucionalmente la reparación del daño ambiental, la falta de servicio, emergencia, principio precautorio, todos relacionados con la responsabilidad. Sostienen que ha sido la jurisprudencia la que ha ido elaborando los nuevos conceptos de responsabilidad del Estado, alejándose del concepto de responsabilidad Civil, para configurar principios específicos. Afirman los autores que la responsabilidad del estado es de carácter patrimonial, y solo puede relacionársela con la civil en la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal.

A fin de evitar situaciones de privación de justicia, atento a que la Ley de Responsabilidad del estado, reñidas con los principios constitucionales en los que se sustenta la responsabilidad estatal, y no obstante lo dispuesto en la ley, será ineludible aplicar las disposiciones de la legislación civil, ya sea a fin de aplicar principio generales del derecho u otras soluciones que allí se consagran. Ello deberá hacerse mediante la aplicación de la técnica de la interpretación analógica (Alonso Regueira, 2013, Perrino, 2015 y Rosatti 2014)

En las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en 1999, en Santa Fe, se concluyó por unanimidad: 1) el estado responde por los daños derivados de las actividades.

Licitas o ilícitas de sus tres poderes y por el riesgo o vicio de las cosas de las que sea propietario o guardián; 2) La responsabilidad del Estado se sustenta en los principios constitucionales del Estado de Derecho y 3) la obligación de reparar del Estado se rige por el derecho común, salvo que exista norma específica.

Conclusiones parciales

La obligación de reparar todo daño injustamente causado por violación al deber de no dañar a otro se denomina responsabilidad. Los primeros antecedentes del derecho público en nuestro ordenamiento jurídico evidencian la convicción de que el Estado, los funcionarios y sus dependientes deben responder por los perjuicios ocasionados en ocasión del ejercicio de la función. A partir del caso Devoto hasta la entrada en vigencia de la ley en estudio, el Estado, nacional, provincial o municipal y sus funcionarios respondieron por sus actos y omisiones conforme a la aplicación subsidiaria de las reglas del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Del análisis de la doctrina y las opiniones que surgieron en relación a la sanción de la ley, se concluye como positivo el hecho de haber sancionado una Ley de Responsabilidad del Estado en el marco del derecho público por ser un instituto del derecho administrativo que no estaba regulado. Sin embargo, la insuficiencia legislativa que generó por no haber régimen jurídico que comprenda el derecho de daños en la órbita del derecho público, genera inseguridad jurídica y una manifiesta impericia por parte del legislador. La seguridad jurídica es un derecho fundamental de raigambre constitucional que garantiza al ciudadano poder desenvolverse en sociedad.

El artículo 1º de la Ley N° 26.944 establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la Responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. En las provincias la responsabilidad estatal está contemplada en sus constituciones. En el derecho

administrativo provincial, la responsabilidad por daños por las acciones u omisiones en el ejercicio de la función tampoco está regulada, porque siempre se acudió a la aplicación de las normas del Código Civil.

Al obligar a las provincias a emitir la normativa en la materia, no se altera la autonomía provincial, toda vez que la responsabilidad del Estado es materia del Derecho Administrativo, y no del derecho civil. Pero la diversidad normativa que puede generarse, mediante la cual puede restringirse derechos fundamentales en una jurisdicción y ampliarse en otras, generaría caos e inseguridad jurídica, contrariando las bases a un Estado Federal y democrático de derecho. Por lo que el artículo 1º de Ley 26.944 no encuadra en los preceptos de nuestra Constitución nacional.

A los fines de evitar la negación de justicia y proteger los derechos de la víctima por las acciones u omisiones del Estado en el ejercicio de sus funciones y hasta que las provincias sancionen sus propias leyes en materia de responsabilidad estatal, en las cuales se contemple el resarcimiento por daños, los tribunales de justicia deberán aplicar las normas del Código Civil y Comercial mediante el método de la analogía. Igual método deberá utilizarse ante normas provinciales inconstitucionales o insuficientes.

CAPÍTULO 3

RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACCIÓN Y OMISIÓN

Introducción

Los derechos fundamentales son susceptibles de protección sin necesidad de una ley. Pero es el legislador quien debe fijar el esquema esencial para la protección de cada derecho fundamental. En este capítulo se analizará el alcance de la Ley 26.944 por las acciones y omisiones del Estado y su vinculación con el deber de seguridad. Se determinará si la intención del legislador fue excluir o restringir la obligación del Estado de responder por el deber de seguridad ciudadana y el alcance normativo por daños y perjuicios de los hechos ilícitos en espacios públicos, provocados por otro particular que generan daños en la integridad física.

De los requisitos impuestos en la norma, se determinará el factor de atribución, los requisitos exigidos, las eximentes y alcances de la responsabilidad estatal en la omisión del deber de proteger la integridad física, psíquica y moral de la ciudadanía. De las conclusiones arribadas se determinará, en el marco del instituto de la seguridad ciudadana y los derechos humanos, si la norma respeta los preceptos de la Constitución Nacional.

3.1. Factor de atribución de responsabilidad

La responsabilidad del estado por actividad e inactividad ilegítima y por actividad legítima, actualmente está reglada en el artículo 3° de la Ley N° 26.944: Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

En el Código de Vélez esta omisión se tipificó como falta de servicio y se configuraba por una acción u omisión antijurídica, la cual se generaba cuando, impuesto un comportamiento determinado por el ordenamiento jurídico (Constitución, tratados, leyes, reglamentos y principios generales del derecho), la administración omitía actuar pese a que existía deber de hacerlo.

En el artículo 3º, inciso d, de la Ley N° 26.944 se contempla la responsabilidad por falta de servicio por inactividad estatal: "... la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. La norma exige la obligación de responder a que se cumplan tres requisitos: a) que el deber omitido esté impuesto normativamente, b) que aquel sea expreso y c) determinado.

Reconociendo un régimen de responsabilidad por la actuación del Estado como de sus dependientes, el factor de atribución preponderante de responsabilidad extracontractual en la evolución de la doctrina y jurisprudencia argentina fue la falta de servicio. Existieran o no leyes regulatorias o reglamentos del servicio y por aplicación de los principios generales del Código Civil derogado por los artículos 1074, 1109, 1112, 1113 y consecuentes. El factor de atribución cuantitativamente más importante fue la falta de servicio, y se configuraba por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública, o como lo denominó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los renombrados fallos Zacarías²⁹ y Mosca³⁰, como "una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular" (Cassagne, S/F).

Por aplicación de los preceptos del Código de Vélez Sarsfield, para determinar la procedencia del deber de reparar, había que indagar si la responsabilidad se configuraba o no

²⁹ C. S. J. N., "Zacarías", Fallos, 321:1125 (1998).

³⁰ C. S. J. N., "Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y otros", Fallos 330:563(6-3-2007).

de una omisión antijurídica. Lo que requería, conforme al artículo 1074, que se incumpla una obligación legal expresa o implícita como son las vinculadas con el ejercicio de la seguridad ciudadana. Se requería que se trate de un deber concreto y no de un deber genérico o difuso, requisito que se mantiene en la legislación específica de Responsabilidad del Estado, aspecto que interesa analizar a los fines de determinar si los preceptos de la nueva regulación la comprenden, eliminan o restringen.

La falta de servicio se configuraba por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la administración pública. La Corte Suprema de Justicia en el caso “Vadell”³¹ de 1985 la calificó como “una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular”. La falta de servicio se encuadró en el art. 1112 del Código de Vélez que regulaba la responsabilidad por hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una “manera irregular” las obligaciones legales que les eran impuestas.

Para determinar la procedencia de la responsabilidad estatal por acto omisivo, se debía indagar si el Estado se encontraba ante la configuración o no de una omisión antijurídica y esta última se perfilaba cuando era razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares. Omisión que requería que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita, tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimiento que podía hallarse impuesto también por otras fuentes jurídicas, como la costumbre y los principios generales del Derecho (Leiva, 2005).

Tradicionalmente se consideraba que los servicios generales como la moral, salud y seguridad, eran deberes jurídicos indeterminados, y que no podían ser fuente de

³¹ C. S. J. N., “Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización”. F. 306 (12-1984).

responsabilidad estatal. Se sostenía que no existía un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente, como ocurriría si hubiera existido una relación con el Estado contratado para brindar el servicio en forma específica, conforme a los fundamentos del caso “Mosca”³². La Corte Suprema recordó en este fallo que las omisiones pueden serlo respecto de mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (cuyo mero cumplimiento implica una falta de servicio) o respecto de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible el servicio.

La Suprema Corte en los casos “Migoya”³³ y “Molina”³⁴ reconoció el deber estatal de responder. Ha reiterado que si bien debe interpretarse restrictivamente la omisión de deberes generales e indeterminados, ello no es obstáculo para asignar responsabilidad al Estado, cuando éste está obligado a cumplir objetivos fijados en la ley distintos de los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en los que puede identificarse una clara falta de servicio (Rosatti, 2014 y Zanvettor, 2015).

Con la Ley 26.944, el requisito para que se configure la responsabilidad estatal es la falta de servicio, exigiendo la inobservancia de un deber expreso y determinado de actuación, alterando el criterio sentado por la Corte de Justicia, analizado *ut supra*. La redacción del artículo provocó la reacción de la doctrina que cuestiona su alcance y legalidad.

La interpretación gramatical del artículo podría dar lugar a que se acotara irrazonablemente la responsabilidad estatal por omisión, y se produjera un lamentable retroceso en la materia con relación a los avances de la jurisprudencia. La expresión “deber normativo” comprende no solo los impuestos por el ordenamiento jurídico positivo

³² C. S. J. N., “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos 330:563(6-3-2007).

³³ C. S. J. N., “Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros”, fallos 334:1821(20-12-2011).

³⁴ C. S. J. N., “Molina, Alejandro Agustín c/ Buenos Aires, Provincia de y otros”, fallos XXXVII. (2011).

(Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc.), sino también los que nacen de los principios generales del derecho, que también forman parte del ordenamiento jurídico (Perrino, 2015).

A favor de los límites a la obligación del Estado de responder por su actividad, se enrolan quienes sostienen que la falta de servicio u omisión irregular se limita al establecer que requiere de un deber normativo expreso y determinado. Al imponerse un límite se evita responsabilizar al Estado por cualquier cosa genérica e indeterminada. “Requerir cierto grado de precisión en lo que es falta de servicio u omisión llevándolo al campo de la existencia de una norma expresa aparece como razonable” (Thomas, 2014, punto C) y que con ello “se pone fin a la discusión acerca de si en el caso de las omisiones, era necesaria una disposición legal expresa o bastaba el incumplimiento irregular en la prestación del servicio” (Grossi, 2014, p. 20).

Los principios generales del derecho son importantes para determinar si la autoridad estatal ha provocado daños por su omisión. En los fallos de la Corte Suprema son relevantes en la responsabilidad estatal los principios de razonabilidad y de no dañar a otro, cuyo sustento constitucional se encuentra en los artículos 28 y 19. Podría configurarse una falta de servicio por inacción cuando, en atención a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, no obstante la inexistencia de una norma positiva que imponga un deber de conducta, sea razonablemente esperable e idónea su actuación para evitar el perjuicio (Perrino, 2015).

Para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión, se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad, del comportamiento desplegado por la autoridad estatal en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar. Habrá que verificar si la actividad que se omitió era materialmente posible (recursos materiales y humanos disponibles, estándares

de rendimiento medio y previsibilidad del daño). Para que nazca el deber de responder, es preciso que la administración haya podido evitar la producción del daño.

El artículo 3° inciso d) de la ley, al referirse a la responsabilidad por actividad ilegítima, es determinante al disponer que la omisión irregular por parte del Estado solo generará responsabilidad cuando se verifique la inobservancia a un deber normativo de actuación expresa y determinada. De manera que efectivamente se excluye la responsabilidad por omisión ilícita a un deber genérico. El instituto de la Seguridad Ciudadana queda excluido del alcance de la norma y el Estado, jamás respondería por los hechos delictivos de particulares en la vía pública que provoquen daños en la integridad de las personas (Zanvettor, 2015).

No hay dudas de la responsabilidad del Estado en el supuesto de una norma expresa que obliga a actuar y éste no lo hace. Pero en el caso de una norma de carácter genérico, como las que regulan la moral, la salud y la seguridad, el Juez deberá analizar en cada caso si procede o no la reparación de los daños. En la normativa vigente el deber concreto de actuar queda diluido, precaviendo de no responsabilizar al estado ante la imposibilidad de cumplir con la prestación de los servicios públicos y/o la ejecución de las obras públicas. Lo cual provoca cuestionar la constitucionalidad de la norma al vulnerar derechos humanos fundamentales en materia de seguridad pública y ciudadana (Altamira Gigena y Zanvettor, 2015).

3.2. Requisitos para la procedencia del reclamo

En el régimen del Código Civil, derogado por la Ley 26.944 para que procediera el pago de una indemnización se debía acreditar el perjuicio, el vínculo causal, el grado de previsibilidad del daño y el anormal o irregular funcionamiento de la actividad administrativa. En cada caso en particular debía realizarse, además, una valoración en

concreto de la actividad, por su naturaleza, los recursos disponibles, las posibilidades de prevención y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que determinen si era procedente la pretensión (Salomoni, 1999 y Perrino, 2011).

El perjuicio debía ser cierto, evaluable económicamente y subsistente. La pérdida de chance, el perjuicio actual y el futuro eran indemnizables. En el sistema de daños regulado por el derecho civil, en los supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima la indemnización era amplia ya que se podía abarcar los daños de carácter patrimonial y extra patrimonial, presentes y futuros, comprendiendo no solo el daño emergente, sino también el lucro cesante.

El daño debía provenir del comportamiento de funcionarios, en calidad de empleados o autoridad incluidos en la estructura de cargos de la administración. No se excluía la responsabilidad estatal en los casos en que el daño haya sido ocasionado, por la actividad o inactividad estatal, sino también por el hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. En tales casos, el estado respondía proporcionalmente a su participación en el evento dañoso. En cambio, debía exonerarse de toda responsabilidad en la hipótesis en que la concatenación causal sea totalmente interrumpida por cualquiera de los supuestos antes indicados. Debiendo ser acreditados todos los extremos mencionados (Perrino, 2011, Pizarro y Vallespinos, 1999).

El artículo 3 de la ley 26.944 limita el daño indemnizable al cierto y actual, excluyendo al daño moral, futuro y cesante. Cassagne(s/f) remarca que la chance también es indemnizable en tanto constituye un daño cierto y no eventual, como así el daño futuro en la medida que se acredite la frustración de obtener un beneficio económico y la certidumbre de

su existencia³⁵. Procede la indemnización aun en ausencia de daño actual (desaparición posterior por causas ajenas), si permanece o se mantiene respecto del acto un ataque cierto, no reparado. El derecho a la reparación se incorpora al patrimonio de la víctima desde el momento del hecho hasta su restitución al estado anterior o el pago íntegro por parte del responsable. La jurisprudencia de nuestro país reconoció los derechos de la víctima a la reparación plena, alcance que se aplicó en materia de responsabilidad estatal por omisión al deber de seguridad de policía.

La Ley n° 26.944 contradice la jurisprudencia de los tribunales de justicia al restringir los derechos de la víctima a la reparación plena, exponiendo al país a responsabilidad internacional. Habiendo avanzado jurisprudencialmente en el pleno reconociendo de los derechos de la víctima y estando a la vanguardia de la protección de derechos humanos como surge de las causa seguida por los familiares de la AMIA³⁶ y Alderete³⁷ por los deberes de seguridad del Estado, la intención del legislador al regular la norma no se ajusta a derecho.

El principio de la reparación plena o integral es una de las columnas sobre las que se asienta el derecho de daños moderno y nuestro sistema se enroló en este criterio. La Corte Suprema de Justicia en la causa “Pérez, Fredy c/ Ferrocarriles Argentinos”³⁸, elevó este principio a rango constitucional, con fundamento en la protección de los derechos implícitos del artículo 33 y por la razonabilidad con que deben limitarse los derechos según el artículo 28.

³⁵ C. S. J. N., “Gómez Alzaga Martín B. c/ Provincia de Buenos Aires”. Fallos: 307:1515; “Croto Posse de Daireaux, Valeria y otro c/ Provincia de Buenos Aires s/ cobro sumario de pesos”, Fallos 311:233.

³⁶ CNCont.-Adm. Fed. Sala 4, “Galarraga, Gimena y otro c/ Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios”, Id. SAIJ. FA141000008 (8 de abril de 2014).

³⁷ C. S. J. Salta, “Martínez, José Abraham por incumplimiento de los deberes procesales en perjuicio de Alderete, Rosana Isabel. Expte. Cor. 86660/10.

³⁸ C. S.J. N., “Pérez, Fredy c/ Ferrocarriles Argentinos”, JA (1998-III).

Ya se citó en esta obra la causa Aquino³⁹. Precedente jurisprudencial que nos aproxima al criterio que asumió el máximo Tribunal de Justicia argentino. En esta causa se declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley de Riesgos de Trabajo que limitaba la responsabilidad del empleador por los daños derivados de un accidente o enfermedad laboral de su empleado, protegiendo al trabajador, su integridad física y el derecho a una reparación plena por el perjuicio sufrido. En cumplimiento de los preceptos de la Constitución Nacional, La Corte de Justicia enroló a nuestro País en la vanguardia de la protección de los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos humanos.

Igual criterio se observa en el caso “Konrad”⁴⁰ en relación a las omisiones del Estado en orden a garantizar la seguridad de las personas. En los fundamentos se dijo que si el daño resultante guarda relación causal con la omisión, se configura la responsabilidad del Estado, pues no cumplió con su deber de vigilancia y custodia, absteniéndose en un tema en que estaban en juego intereses particularmente relevantes como son el derecho a la vida e integridad de la población (Medina, 2007).

El resarcimiento amplio de los perjuicios, incluido el lucro cesante garantizado por la Constitución Nacional en el artículo 14 y 17 ha sido objetivo de interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que prohíbe aplicar en forma extensiva las soluciones normativas que restringen o limitan derechos. El reconociendo de los derechos de la víctima a una reparación plena a los fines de restituirla al estado anterior del evento dañoso, es un principio incorporado al ordenamiento jurídico argentino, como surge de las causas seguida

³⁹ C. S. J. N., “Aquino, Isacio”, Fallos, 327:3753 (2004).

⁴⁰ C. J. Buenos Aires, “Konrad, Carlos Alberto c/ ESEBA S. A. S/ daños y perjuicios”. Juba, sum. B28784 (2006).

por los familiares de la AMIA⁴¹, Gothelf⁴² y Alderete⁴³, precedentes que condenan al estado por responsabilidad por la obligación de seguridad ciudadana.

El artículo 3 de la ley 26.944 limita la responsabilidad del Estado al daño indemnizable cierto y actual, excluyendo al daño futuro y el lucro cesante. Contrariando principios sentados jurisprudencialmente por la Corte Suprema, se expone a la Nación a responsabilidad internacional, por incumplimiento del principio de reparación integral.

De los artículos 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional y 21 y 24 de la Convención Americana sobre derechos Humanos y de la interpretación que de ellos ha efectuado el Supremo Tribunal de Justicia se desprende la regla que prescribe la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de otro, ente ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser justa, lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado, sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa. Para ello, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros cuya existencia esté asegurada de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas en tanto se encuentran amparados por la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional (Perrino, 2011 y Cassagne, S/F).

3.3. Eximentes de responsabilidad estatal

Se exige de responsabilidad al Estado en los casos que menciona el artículo 2º de la Ley 26.944: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder. El

⁴¹ CNCont- Adm. Federal. Sala 4, “Galarraga, Gimena y otro c/ Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios”, Id. SAIJ. FA141000008 (8 de abril de 2014).

⁴² C. S. J. Santa Fe., “Gothelf, Clara Marta c/ Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios”, Fallos: 326-1268 (10-04-2003).

⁴³ C. S. J. Salta, “Martínez, José Abraham por incumplimiento de los deberes procesales en perjuicio de Alderete, Rosana Isabel. Expte. Cor. 86660/10.

artículo es una expresa exención general de responsabilidad. Los daños producidos por caso fortuito o fuerza mayor o por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder, suprimen todo factor de atribución, por lo cual en los hechos el Estado jamás respondería.

Del análisis de la norma, por aplicación de la teoría del órgano, la responsabilidad estatal es directa, por lo cual a la conducta del agente se la identifica con la actividad estatal, al igual que en el régimen anterior. La responsabilidad es objetiva con sustento en la atribución de riesgo creado y la culpa o dolo del funcionario no son determinantes. Pero la concurrencia de culpas no está prevista en el artículo 2° de la ley 26.944 y se restringen supuestos de reparación reconocidos por la jurisprudencia de los tribunales nacionales que le asignaron rango constitucional, conforme a los antecedentes que se analizaron en el desarrollo de esta obra (Bugallo Olano, 2015).

Las responsabilidad objetiva se caracteriza por la presencia de presunciones de adecuación causal, desvirtuables mediante la ruptura del nexo causal entre el factor objetivo de atribución y el daño por parte del sindicado como responsable. Cuando se aplicaban las normas del derecho común, en materia de daños, régimen que fue aplicado a las situaciones en las cuales el Estado era parte, la relación de causalidad que debía verificarse entre el daño y la conducta estatal por acción u omisión, debía valorarse según el curso normal y ordinario de las cosas y que fueran idóneas para producir *per se* el daño. Aquí es donde surge una manifiesta inconstitucionalidad de la norma en análisis al limitar la responsabilidad del Estado cuando en el régimen anterior no se excluía la responsabilidad en los casos en que el daño haya sido ocasionado, por la actividad o inactividad estatal, sino también por el hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. (Cassagne, s/f y Pizarro y Vallespinos, 1999).

En el sistema de Vélez, el daño debía provenir del comportamiento de funcionarios, en calidad de empleados o autoridad, incluidos en la estructura de cargos de la administración. No se eximia de responsabilidad en los casos en que el daño haya sido ocasionado, por la actividad o inactividad estatal, sino también por el hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. En tales casos, el estado respondía proporcionalmente a su participación en el evento dañoso. En cambio, debía exonerarse de toda responsabilidad en la hipótesis en que la concatenación causal sea totalmente interrumpida por cualquiera de los supuestos antes indicados. Debiendo ser acreditados todos los extremos para que proceda el reclamo por daños (Perrino, 2011).

3.4. Constitucionalidad de la Ley 26.944

Sociológicamente hay derechos porque hay convivencia societaria entre las personas que titularizan entre si esos derechos. El axioma constitucional que sostiene que los derechos no son absolutos, sino relativos, presupone que son derechos limitados y limitables por las normas que reglamentan su ejercicio, conforme la interpretación de la Constitución Nacional. Mientras que a los derechos se los debe interpretar con criterio amplio, a las limitaciones se las tiene que interpretar con criterio restrictivo, sin vulnerar el respeto de los derechos fundamentales (Bidart Campos, 2008).

Las limitaciones al deber de responder por la actividad estatal y al poder en garantía de la seguridad de las personas están receptadas en la parte orgánica de la Constitución, por lo cual el análisis de la defensa y promoción de los derechos debe realizarse en forma integral del ordenamiento constitucional, teniendo como principios fundamentales:

Principio “*Pro homine*”: (a favor de la persona) en la legislación de fuente interna como en la internacional, siempre hay que optar por la norma más favorable para la persona.

Principio “*pro actione*”: (a favor de la acción), le señala al justiciable que debe optar por la vía más favorable a la tutela judicial efectiva.

Principio “*favor debilis*”: (a favor de la parte más débil), implica que en situaciones en las cuales se encuentren controvertidos los derechos de la persona, se debe tener en cuenta la inferioridad de condiciones de la parte más débil.

Se denomina poder de policía a la competencia limitativa de los derechos. Identificado el concepto de poder de policía en carácter amplio, a todas las limitaciones de que son susceptibles los derechos. El poder de policía de carácter estricto consiste en la facultad de dictar normas y a todo acto de autoridad que conduzca a la protección de la salud, la moral y la seguridad pública. Cuando se adopta la tesis amplia, en principio la competencia es federal por los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, en cambio cuando se adopta la tesis restringida, la competencia es provincial.

Para determinar la razonabilidad de la ley en análisis de Responsabilidad del Estado, en materia de seguridad, conviene realizar el llamado “Test de Razonabilidad”, que implica un control de fondo o de contenido de la ley o precepto regulatorio. Sagúes (1997), distingue tres niveles de razonabilidad: normativo, técnico y axiológico. Por lo cual para que la norma apruebe el examen de razonabilidad, tiene que subordinarse a la constitución, adecuar sus preceptos a los objetivos que pretende alcanzar, y dar soluciones equitativas, analizaremos los tres niveles exigidos:

Razonabilidad normativa: el principio de razonabilidad debe cuidar que la norma coincida con los preceptos constitucionales de fuente interna e internacional.

Razonabilidad técnica: impone la adecuación entre los fines de la ley y los medios que prevé para lograrlos. Es irrazonable la ley cuando no media correspondencia entre las obligaciones que impone y los propósitos que pretende alcanzar.

Razonabilidad axiológica: este principio exige justicia intrínseca en las normas. Por ello las reglas jurídicas irrazonables cuando consagran una manifiesta iniquidad deben ser descalificadas.

Para determinar la razonabilidad de una norma, el juez debe indagar su conveniencia, ventajas, eficacia o acierto. Por ejemplo, la Corte Suprema en el caso “Portillo, Fallos, 312:496), interpretó que la reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, todo ello con el fin de coordinar el privado con el público y los derechos individuales con los de la sociedad.

La norma resulta inconstitucional atento a que de los artículos 2 y 6 se pretende evitar hacer responsable al Estado por los daños sufridos por la víctima por la irregular prestación de un servicio. El artículo 2 es una expresa exención general de responsabilidad, los daños producidos por caso fortuito, fuerza mayor, por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder, suprimen todo factor de atribución, por lo cual en los hechos el Estado jamás respondería (Aberastury, Jacky y Rosatti, 2015).

La doctrina coincide en que serán los tribunales de justicia quienes deberán tutelar los derechos mediante la interpretación integral de la normativa aplicable a cada caso concreto y que debe realizarse una interpretación en sentido amplio de la norma, porque lo contrario implicaría un retroceso en materia de reconocimiento de derechos, violatorio de derechos fundamentales (Aberastury, 2015; Alonso Regueira, 2013; Altamira Gigena, 2015; Coviello, 2015; Ghersi, 2015; Gordillo, 2013; López Mesa, 2015; Perrino, 2015; Rosatti, 2014 y Zanvettor, 2015).

Conclusiones parciales

A partir del caso Devoto y con la reforma introducida por la ley 17.711, se responsabilizó a la persona jurídica y sus dependientes por los daños que causen quienes las dirijan o administren. Desde entonces y hasta la entrada en vigencia de la ley n° 26.944, el Estado, nacional, provincial o municipal, sus funcionarios y dependientes respondieron por sus actos y omisiones. Responsabilidad concurrente entre la administración y el agente, fundamentada en el régimen del Código Civil.

De los antecedentes analizados, se desprende que en el marco del respeto por los derechos humanos, desde el caso Vadell el criterio asumido por la Corte Suprema de Justicia fue ampliar la responsabilidad estatal, endilgando la obligación de responder aun por hechos de terceros que generen daños. Atribuyendo objetiva y directamente la figura en la omisión o cumplimiento defectuoso de deberes impuestos con carácter expreso, general e indeterminado, reconociendo y asumiendo la responsabilidad por los deberes de proteger la moral, seguridad y salud de la ciudadanía.

Limitar los derechos de recomposición de la víctima por el evento dañoso según el artículo 4 de la Ley 26.944, al cierto y actual, no encuadra en los criterios de los tribunales de justicia de nuestro país, que el marco de la defensa y garantía de protección de los derechos humanos, prioriza a la víctima antes que a la conducta dañosa e incorporó el principio de reparación plena en el ordenamiento jurídico argentino. La legislación argentina en materia de derecho privado, comercial, laboral y penal mantiene al país en la vanguardia del principio constitucional de reparación integral de la víctima, que incluye el daño material, moral, presente, futuro, el daño emergente y el lucro cesante. No hay fundamentos legales para que el Derecho Administrativo restrinja los derechos de la víctima, postura que deviene inconstitucional por vulnerar la igualdad ante la ley del artículo 16.

Limitar el reconocimiento de responsabilidad estatal a una norma que expresamente la reconozca y eximir de responsabilidad por el hecho de un tercero por quien el Estado no debe responder, implicarían que de una interpretación expresa de la Ley n° 26.944 el Estado jamás respondería por el incumplimiento al deber de seguridad ciudadana. Los artículos 2°, 3° y 4° de la Ley 26.944 atentan contra los derechos constitucionales del artículo 16 a la igualdad y no respeta el principio “*alterum non ledare*” del artículo 19 que prohíbe las conductas que dañen a los otros. No hay fundamentos jurídicos para excluir al Estado argentino del deber de responder por las consecuencias de su actividad defectuosa, irregular o por inactividad. Se ha demostrado que la norma en análisis carece de razonabilidad por no coincidir con los preceptos constitucionales de fuente interna e internacional.

CAPÍTULO 4

EL DEBER DE SEGURIDAD CIUDADANA

Introducción

El temor a la inseguridad se ha proyectado a una dimensión de proporciones angustiantes en la sociedad argentina. Los sucesivos fracasos de las medidas políticas y el incremento del delito son temas de debate en la sociedad y medios de comunicación. En Argentina a partir del año 1990 se incrementaron los delitos y homicidios, llegando a descender en el año 2002. En los años siguientes aumentó y descendió el índice de robos y homicidios, que tienen fuerte relación entre sí. La realidad de la violencia en nuestro país, como en la mayoría de los países de la región, es producto de las políticas socio-económicas que impactan como consecuencia lógica en la población. El desempleo, la inflación, el tráfico y consumo de estupefacientes, son algunos factores que inciden en la violencia, delincuencia y robos que desencadenan en homicidios o lesiones graves a la víctima.

Doctrina y jurisprudencia cuestionaron hasta donde el Estado está obligado a responder por el daño ocasionado a la víctima cuando resulta sorprendida y sufre daños en su integridad física o la pérdida de la vida por hechos delictivos en espacios públicos provocados por otro particular. En el presente capítulo se analizará el deber de seguridad ciudadana en el régimen jurídico argentino. Se interpretará el alcance que tiene el instituto a partir de la Ley 26.944 para determinar si el deber de seguridad ciudadana queda comprendido o excluido en materia de responsabilidad del Estado.

4.1. Régimen jurídico argentino de seguridad

En la República Argentina, en materia de Seguridad Interior rige la Ley 24.059⁴⁴, de presupuestos básicos que define a la seguridad pública como la “situación en la que se encuentran resguardados la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y

⁴⁴ Ley 24.059 del 21/7/9. Seguridad Interior. Actualizada según leyes 25520 y 25443. Congreso de la Nación Argentina.

garantías conforme la Constitución Nacional”. La finalidad del instituto es determinar, planificar, coordinar, controlar y apoyar el esfuerzo nacional de policía dirigido al cumplimiento de esas políticas.

Del análisis de la ley de Seguridad Interior⁴⁵, Decreto Reglamentario N° 1273/92⁴⁶ y El Modelo Argentino De Seguridad Democrática⁴⁷, se desprende que el deber de seguridad ciudadana reviste carácter político. El Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley que es de carácter general e indeterminado. Potestad que se configura como una facultad discrecional del Estado en nuestra legislación interna, pero conforme se viene exponiendo en esta obra, internacionalmente tiene carácter imperativo de protección de derechos humanos por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional. Conceptos ratificados y asumidos en El Modelo Argentino de Seguridad Democrática.

El delito, la seguridad ciudadana, las instituciones y políticas de seguridad fueron tratados en el Acuerdo para la Seguridad Democrática⁴⁸ y en el Modelo Argentino de Seguridad del Ministerio de Seguridad de la Nación. Ante la necesidad de replantear la política de seguridad y cuestionar el rol del estado ante el fenómeno delictual, en estos instrumentos se fijaron lineamientos para una concepción integral de la seguridad. Estableciendo que la responsabilidad del Estado es asegurar a la población el libre ejercicio y goce de sus derechos. Y que una adecuada política criminal y de seguridad requiere una

⁴⁵ Ley 24.059 del 21/7/9. Seguridad Interior. Actualizada según leyes 25520 y 25443. Congreso de la Nación Argentina.

⁴⁶ Decreto n° 1273/92. Reglamentación de la Ley n° 24.059.

⁴⁷ El Modelo de Seguridad Democrática del 2013. Ministerio de Seguridad de la Nación.

⁴⁸ Acuerdo por la Seguridad Democrática del 2009. Suscripto por representantes de diversos partidos políticos, organizaciones y organismos de la sociedad civil, referentes del sindicalismo como la CGT y CTA, movimientos como Evita, Libres del Sur, Barrios de Pie, Espacios de Derechos Humanos, Abuelas de Plaza de Mayo, H. I. J. O. S., Comisión por la Memoria, entre otros referentes de diversos cultos y representantes de ámbitos académicos.

política eficaz en la prevención y lucha contra la delincuencia (Fleitas y Pochak, 2010; Medina, 2006).

La Seguridad es competencia de la policía, como órgano del poder Ejecutivo en su función administrativa, por lo cual la responsabilidad es del Estado Nacional, Provincial, Municipal o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires según sus jurisdicciones. Las normativas en Seguridad Ciudadana son directrices y lineamientos para la lucha y prevención contra la delincuencia y violencia⁴⁹. La intervención de la policía de seguridad tiene como objetivo mantener el orden público ante circunstancias que pudiera afectar la convivencia humana, haciéndolas cesar o previniéndolas.

Es la capacidad del Estado de resolver conflictos, promover la convivencia ciudadana, prevenir el delito, reducir la violencia. Es un tema de agenda política que confiere a los administradores la libre determinación de los medios que considere más eficaces y eficientes para cumplir con los fines del instituto (Colás, 2011; Eliades, 2013 y Fleitas, 2010). En este sentido lo interpretó en el año 2006 la Corte Suprema en el caso “Barreto”⁵⁰ al considerar que el poder de policía de seguridad es una potestad pública del Estado, que la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general.

⁴⁹ La Organización Mundial de la salud ha definido a la violencia como el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga menos probabilidades de causar lesiones, muerte o daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones. La definición comprende tanto a la violencia interpersonal como al comportamiento suicida y a los conflictos armados y cubre también una amplia gama de actos que van más allá del acto físico para incluir las amenazas e intimidaciones. Además de la muerte y las lesiones, la definición abarca igualmente innumerables consecuencias del comportamiento violento, tales como los daños psíquicos, privaciones y deficiencias del desarrollo que comprometen el bienestar de los individuos, las familias o las comunidades. Medina, M. A. (2006). Violencia.

⁵⁰ C. S. J. N., “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia y Otros s/ daños y perjuicios. B. 2303. XL (2006).

En el Acuerdo para la Seguridad Democrática⁵¹, en cuanto a la gestión democrática de las instituciones de seguridad, se plantea que el responsable de ejercer la conducción civil y el control de las fuerzas es el gobierno, quien es elegido a través del voto popular, legitimando así, la subordinación de las fuerzas de seguridad a los lineamientos políticos. Los principios fundamentales para la gestión democrática de las instituciones de seguridad colocan al Estado de Derecho y el gobierno político por sobre y como responsable de las instituciones policiales.

Las estrategias y la producción de inteligencia criminal táctica y operacional debe ser conducida políticamente a fin de maximizar la asignación eficaz y eficiente de los recursos policiales hacia la resolución de problemas delictivos. Los principales ejes estratégicos de El Modelo de Seguridad Democrática marcan un sistema de acciones estructurales para asegurar la conducción civil de la política de seguridad y poder desarrollar capacidades organizacionales, profesionales y tecnológicas para cumplir con el deber de seguridad ciudadana.

El concepto de gobierno político de la seguridad necesita una estrategia desde el propio Estado, para construir capacidades estatales que sepan gestionar esas políticas públicas. Son tres los elementos básicos que fortalecen la capacidad estatal para implementarlas: 1) la formación del personal policial y los operadores políticos, 2) la importancia del control sobre el desempeño de las fuerzas de seguridad y policiales y 3) los procesos de producción de gestión de la información y del conocimiento en materia de

⁵¹ Acuerdo por la Seguridad Democrática del 2009. Suscripto por representantes de diversos partidos políticos, organizaciones y organismos de la sociedad civil, referentes del sindicalismo como la CGT y CTA, movimientos como Evita, Libres del Sur, Barrios de Pie, Espacios de Derechos Humanos, Abuelas de Plaza de Mayo, H. I. J. O. S., Comisión por la Memoria, entre otros referentes de diversos cultos y representantes de ámbitos académicos.

violencia y criminalidad. Estrategias consideradas como potestades discrecionales de la administración en la función (Pochak, 2010).

En el marco del cambio de autoridades presidenciales en la República Argentina en diciembre de 2015, mediante Decreto N° 228/2016⁵² se declara para el Estado Federal la Emergencia de Seguridad Pública. En los considerandos de la medida se enfatiza que la seguridad es el derecho transversal a todos los derechos reconocidos explícita e implícitamente por la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos por lo que resulta imperioso que el Estado Nacional haga valer el poder de policía de seguridad del que lo inviste la Constitución Nacional. La declaración de Emergencia de Seguridad Pública, confirma que el Estado es el único garante del orden público y de la integridad física de la población. Asume la obligación de garante de los preceptos constitucionales e insta a cumplirlos.

Los intereses jurídicos a proteger de riesgos o menoscabos son los derechos y libertades y no el orden o la seguridad *per se*, desde una concepción de la seguridad ciudadana en sentido amplio y abarcador de la ciudadanía política, civil y de ejercicio de derechos colectivos por parte de la sociedad. La prevención, investigación, persecución del delito y de situaciones que pongan en riesgo la seguridad ciudadana deben ser coordinadas bajo las directivas impuestas por la ley 24.059⁵³, desde la concepción del artículo 2 que define a la seguridad como la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y

⁵² Decreto n° 228/2016. Emergencia en Seguridad Pública. Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. Presidencia de la Nación.

⁵³ Ley 24.059 del 21/7/9. Seguridad Interior. Actualizada según leyes 25520 y 25443. Congreso de la Nación Argentina.

garantías y plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional.

Cada una de las fuerzas que integran los cuerpos policiales del sistema de seguridad, son responsabilidad y están encabezados por el Presidente de la Nación, quien legalmente delega su instrumentación en el Ministerio del Interior, en coordinación con las fuerzas policiales federales y provinciales con la finalidad de mantener o restablecer el orden público y el desarrollo pacífico de la vida social. Cada una de estas instituciones actúa en la prevención, investigación y persecución del delito conforme a sus competencias jurisdicciones y a la incumbencia dada por sus leyes orgánicas. Ante situaciones que pongan en riesgo la seguridad interior deben proceder de manera coordinada y conjunta y en el marco de la Ley 24.059 (Mattarollo, 2007).

Las funciones y planes específicos de acción, la cantidad de personal, el equipamiento, la distribución territorial, el acceso a la información criminal y el uso legítimo de la coerción son algunas de las funciones que son propias del Estado para la resolución de conflictos, la promoción de la convivencia ciudadana, la prevención del delito y la reducción de la violencia. Planificación estratégica coordinada por la conducción política superior para que las fuerzas policiales y de seguridad puedan proyectar sus propios planes operativos, y garantizar el sistema de seguridad. Planificación que se realiza por el análisis de la información sobre el delito, de las políticas de administración del personal, de los sistemas de formación y capacitación, de la administración de recursos y el ejercicio permanente de control sobre el desempeño operacional de las fuerzas armadas y de la definición de políticas de prevención.

Las medidas y herramientas para el desarrollo de acciones básicas para enfrentar las amenazas a la seguridad debe encararse desde la perspectiva de protección de los derechos

humanos y reconocimiento de derechos de la víctima, promoviendo una capacidad institucional y política que reafirma la responsabilidad de la conducción del sistema de seguridad que reside en los representantes del Poder Ejecutivo.

4.2. El deber de seguridad pública como facultad reglada o discrecional

Doctrina y jurisprudencia consideran que el factor de atribución para atribuir responsabilidades al Estado por el deber de seguridad es por omisión. Que surge de facultades discrecionales o conceptos jurídicos indeterminados. Responsabilidad por falta de vigilancia, fiscalización o control, que ante un correcto funcionamiento de la actividad administrativa ello no hubiera sucedido. Son incumplimientos a normas que fijan directrices o fines, pero no imponen conductas concretas y dejan a criterio de la función la determinación de los medios y políticas técnicas para alcanzar el objetivo (Perrino, 2011; Muse Generch, S/F y Zanvettor, 2015).

Los deberes jurídicos indeterminados no establecen la medida en que deben ser cumplidos. Dejan a criterio del órgano de aplicación la implementación de las medidas, protocolos, recursos materiales, recursos humanos, tecnológicos y la proyección en el tiempo que aplicará para cumplir los objetivos y propósitos de la función. No se juzga la discrecionalidad estatal, lo que se juzga es si el ejercicio de la discrecionalidad no lesiona garantías constitucionales. El acto discrecional no es un acto arbitrario, y debe encauzarse constitucionalmente (Leiva, 2005).

En los casos Mosca⁵⁴ y Zacarías⁵⁵, la Corte había admitido la posibilidad de imputar responsabilidad por omisión a deberes genéricos, siempre y cuando ello fuera realizado con carácter restrictivo. La Corte distinguió entre los casos de omisiones a mandatos expresos y

⁵⁴ C. S. J. N., “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos 330:563(6-3-2007).

⁵⁵ C. S. J. N., “Zacarías”, Fallos, 321:1125 (1998).

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 el servicio. La configuración de omisión antijurídica en el segundo caso debía ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.

4.3. Evolución y Antecedentes jurisprudenciales en el régimen jurídico Argentino

Ante la demanda de la víctima en contra del Estado por omisión de los deberes de vigilancia, se había afianzado en la Corte Suprema de Justicia de la Nación una tendencia restrictiva al reconocimiento de la responsabilidad estatal por omisión de potestades administrativas de control. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Cohen⁵⁶, ha expresado que:

“El deber genérico de bienestar y seguridad no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso ni la circunstancia de que este haya tenido lugar autoriza *per se* a presumir que ha mediado omisión culposa..... Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder” (Alonso Regueira, 2013; Perrino 2011 y Zanvettor, 2015).

La Suprema Corte de Justicia en el renombrado caso Mosca⁵⁷ se ha expresado diciendo: “la mera existencia de un poder de policía correspondiente al Estado es insuficiente

⁵⁶ C. S .J. N., “Cohen, Eliazar c/ Rio Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, fallos 329:2008, (2006).

⁵⁷ C. S. J. N., “Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, fallos: 330:563, (2007).

para atribuirle responsabilidad por un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación toda vez que no aparece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo hasta tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”.

Avanzando en el reconocimiento de los derechos de la víctima, en la causa *Gothelf*⁵⁸ la Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe condenó a la provincia al pago de daños y perjuicios por la muerte de un interno carcelario. En los fundamentos del fallo se sostuvo que la seguridad, como deber primario del estado, no solo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también la de los internos y penados.

En los fundamentos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en la causa vinculada a las explosiones en la fábrica de armas de Río Tercero en la provincia de Córdoba en el año 1995⁵⁹ se sostuvo que a partir del caso *Vadell* de 1985, la Corte Suprema de Justicia admitió que la falta de servicio es el fundamento jurídico para validar el deber de indemnizar a los particulares. Sostuvo que la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el cual ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución. Concluye que la obligación estatal de resarcir los menoscabos patrimoniales que ocasionan sus actos o su omisión es deriva de los artículos 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional.

⁵⁸ C. S. J. Santa Fe, “*Gothelf, Clara Marta c/ Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios*”, Fallos: 326-1268 (10-04-2003).

⁵⁹ C. S. J. N.; “*Atanor S.A. c/ Estado Nacional, Dirección General de Fabricaciones Militares s/ daños y perjuicios*” y acumulados “*Petroquímica Río Tercero c/ Estado Nacional y otro s/ daños y Perjuicios*”, ID SAIJ FA07000113 (2007).

En las causas Baeza⁶⁰, Susan⁶¹, Ruiz⁶², G, C. M.⁶³ y Esteban⁶⁴, se sostuvo que el ejercicio de funciones estatales atinentes al poder de policía, como el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, no impide responsabilidad del Estado en la medida en que se prive a alguno de ellos de su propiedad o se los lesione en sus derechos fundamentales.

Pese que los redactores de la ley sostuvieron, conforme surge de la exposición de motivos vertidos durante el tratamiento de la Ley 26.944 en el Senado, que la misma receptaba la jurisprudencia de la Corte en Mosca⁶⁵ y Zacarías⁶⁶, lo cierto es que en dichas resoluciones el Alto tribunal admite un segundo supuesto de omisión antijurídica diverso del contemplado en la norma, que es aquel que se configura frente a mandatos generales e indeterminados e involucra la ponderación, con criterio restrictivo, de los medios disponibles por el Estado, el nexo que une a la víctima con la autoridad y el grado de previsibilidad del daño.

La ley ha optado por seguir un criterio sumamente restrictivo en materia de responsabilidad por omisión, que se aparta de la línea que venía planteando el Alto Tribunal. No surge de los artículos ni de la ley en su conjunto que se haya incluido a la responsabilidad

⁶⁰ C. S. J. N., “Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires Provincia s/ daños y perjuicios”, B. 140. XXXVI (12.04.2011).

⁶¹ C. S. J. N., “Susan, José c/ Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios”, Fallos. 205:645 (27.09.46).

⁶² C. .N. C. Y C. FED. Sala 3, “Ruiz, Edgardo D. c/ Municipalidad de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios” (2004).

⁶³ C. S.J. N., “G, C. M. c/ Estado Nacional (10.2010).

⁶⁴ Capel.Cont-Adm. San Martín, “Esteban, Ricardo Juan c/ Estado Provincial s/ Pretensión Indemnizatoria”, Causa N° 213 (2010).

⁶⁵ C. S. J. N., “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos 330:563 (6-3-2007).

⁶⁶ C. S. J. N., “Zacarías”, Fallos, 321:1125 (1998).

del estado por omisión a deberes genéricos, de expreso reconocimiento por la Corte Suprema en los casos Mosca⁶⁷ y Zacarías⁶⁸.

Se nota un apartamiento de la ley en relación a la jurisprudencia. A partir del texto de la norma, el deber estatal derivado de un mandato jurídico indeterminado (poder de policía, sanitaria o de seguridad por ejemplo) por no encontrarse definido de modo expreso, no sería apto para generar la hipótesis de responsabilidad por omisión. El legislador no exigió que dicho “deber normativo” esté impuesto por una ley formal, por lo que puede inferirse que el incumplimiento irregular de los deberes de la Administración impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento son aptos para poder endilgarle responsabilidad (Rosatti, 2014).

En sentido más absoluto, Zanvettor (2015) sostiene que la utilización del adverbio “solo” en la redacción del artículo, lleva a que únicamente exista omisión antijurídica si el Estado se ha autoimpuesto un deber expreso y concreto. Y que el legislador ha optado por un criterio sumamente restrictivo en materia de responsabilidad por omisión que se aparta incluso de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

Toda vez que la administración debe ejercer su control en cada uno de los ámbitos que los requieren cuando aparece omitido, o ejercido en forma insuficiente, excesiva o abusiva, esa falta o mal ejercicio hace encuadrar la conducta dentro del campo de la ilicitud y el Estado debe responder. La obligación estatal de responder y resarcir los daños que ocasionan sus actos o su omisión es deriva de los artículos 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional (Leiva, 2005).

⁶⁷ C. S. J. N., “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos 330:563(6-3-2007).

⁶⁸ C. S. J. N., “Zacarías”, Fallos, 321:1125(1998).

Conclusiones parciales:

Deber indelegable del Estado es el derecho a la seguridad ciudadana en un marco de plena vigencia del sistema democrático y republicano y el respeto irrestricto a los derechos humanos. La seguridad pública es deber y obligación exclusiva del Estado. La seguridad fortalece el estado de derecho, tiene como fin salvaguardar la integridad, seguridad de las personas y protege el disfrute de todos sus derechos.

La decisión política y la responsabilidad del Poder Ejecutivo elegido por voluntad popular constituyen una condición ineludible para la gestión de las instituciones de seguridad. El gobierno político de la seguridad implica la conducción estratégica por parte de la administración a través del Ministerio de Seguridad, dependiente del Poder Ejecutivo en cada uno de los niveles nacional, provincial y municipal y de todos ellos en forma coordinada. La planificación estratégica permite analizar la fenomenología del delito y proyectar acciones integrales para la prevención y erradicación de la violencia y el delito.

La normativa especial en materia de seguridad reviste el carácter genérico e indeterminado, fija lineamientos básicos sobre los cuales deben ejecutarse las políticas de seguridad. Una interpretación expresa de la Ley N° 26.944 concluiría en una eximición total de responsabilidad del Estado en materia de Seguridad Ciudadana e incumplimiento a la función de resguardar los derechos humanos de la persona, omisión que solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado conforme al artículo 3, inciso d de la Ley. Ello implicaría imponer un nuevo paradigma en materia de seguridad contrario a la propia Constitución y al resultado de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial en el desarrollo de un Estado social y democrático de derecho que siempre priorizó al ser humano, su dignidad y el reconocimiento de sus derechos.

En el ordenamiento jurídico argentino, el deber de seguridad ciudadana está receptado explícita e implícitamente en la Constitución Nacional y Decreto de Emergencia en Seguridad del año 2015. El legislador en la Ley n° 26.944 no exigió que dicho “deber normativo” esté impuesto por una ley formal, por lo que puede inferirse que el incumplimiento irregular de los deberes de la Administración impuestos por la Constitución y el Decreto de Emergencia en Seguridad, son aptos para poder endilgarle responsabilidad por hechos delictivos en espacios públicos por los cuales la víctima sufre daños en su integridad física.

CAPÍTULO 5

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ARGENTINO

Introducción

En el presente capítulo, en el marco del análisis de la Ley 26.944 efectuado *ut supra*, se determinará la responsabilidad internacional del Estado argentino, en el supuesto de aplicación restrictiva de la norma en materia de Seguridad Ciudadana. El Modelo Argentino de Seguridad Democrática, elaborado por el Ministerio de Seguridad de la Nación, recoge las premisas de los consensos y compromisos asumidos por nuestro país en lo que a seguridad se refiere, incluyendo los tratados suscriptos y posturas políticas a nivel regional e internacional.

Reúne principios de El Informe Sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del año 2009 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fortaleciendo el alcance de las responsabilidades del Estado en el régimen jurídico internacional en materia de derechos humanos, fijando lineamientos ineludibles para nuestro país.

Todo incumplimiento y toda violación a un tratado, sea por acción o por omisión, compromete la responsabilidad internacional del Estado. Principio general es que si un Estado incumple, viola un tratado o descarta su aplicación por contrariar la Constitución, no queda excusado ni exculpado por alegar que su derecho interno le impide priorizar el tratado. Para que surja responsabilidad internacional del Estado solo se requiere que exista una obligación que haya sido incumplida (Bidart Campos, 2008).

La inseguridad generada por la criminalidad y el impacto sobre los derechos humanos de la víctima es una de las cuestiones que han ocupado la atención de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Las personas bajo la jurisdicción del Estado pueden ver comprometidos sus derechos fundamentales ya sea por conductas de sus agentes o por conductas de particulares que en el caso de no ser prevenidas y esclarecidas generan responsabilidad estatal. Han condenado la impunidad de hechos violatorios de derechos

fundamentales, la indefensión de la víctima y sus familiares, estableciendo principios fundamentales en materia de seguridad ciudadana.

5.1. Principios de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de Seguridad Ciudadana

Los derechos a la vida y a la integridad personal son de carácter fundamental e inderogable para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos. Derechos que se ven vulnerados ante la inseguridad, violencia y criminalidad, por lo que se estableció que los Estados Partes tienen la obligación de abordar las políticas públicas de seguridad desde el respeto y garantía de los derechos humanos.

En la República Argentina en el año 2010 se creó el Ministerio de Seguridad de la Nación, surgiendo como consecuencia de la gestión administrativa lo que se conoce como “El Modelo Argentino de Seguridad”. En el texto fueron receptados lineamientos de acción recomendados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para los Estados Americanos, que sienta como objetivo de la seguridad “la protección y garantía de los derechos humanos frente al delito y a la violencia”.

El derecho a la integridad física, psíquica y moral de las personas está consagrado en La Convención Americana de derechos Humanos, instrumento internacional incorporado en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional. En los artículos 4 protege el derecho a la vida, en el artículo 5 a la integridad personal y en el artículo 7 a la libertad, entre otros relacionados con la seguridad ciudadana.

La convención establece en el artículo 1º que los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza,

color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 2º completa el alcance y la obligación de los Estados al disponer que si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En relación al Derecho a la Vida, en el punto 112 del informe de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos se impone la obligación de identificar y juzgar a los autores de las privaciones arbitrarias del derecho a la vida, en vista del estrecho vínculo entre la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos, procurando de ser posible, el restablecimiento del derecho conculcado. A tales fines los Estados deben destinar los recursos presupuestarios para disponer de los recursos humanos, técnicos y de la infraestructura necesaria para contar con cuerpos de policía y agentes capacitados.

Obligaciones que imponen a los Estados los deberes fundamentales de respetar, proteger, asegurar y promover derechos y libertades. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹, ha establecido el principio fundamental de la obligación estatal de evitar la impunidad, esclarecer los hechos delictivos, evitar su repetición y proteger los derechos humanos de la víctima y sus familiares.

⁶⁹ Comisión interamericana de Derechos Humanos (2009). Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos. Recuperado el 25/09/2015: <http://www.cidh.org/countryrep/Seguridad/seguridadiv.sp.htm>

Es un principio de derecho Internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes, de cualquier órgano, jerarquía y aun si actúan fuera de sus competencias y violenta los límites del derecho interno. La responsabilidad es objetiva y directa, por cual la conducta del agente se identifica con la del Estado y no se requiere indagar por la culpa ni la intencionalidad. Todo menoscabo a los derechos fundamentales reconocidos por la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al estado que compromete su responsabilidad internacional.

La responsabilidad internacional también puede generarse por hechos delictivos de particulares no atribuibles al Estado. Para que surja dicha responsabilidad solo se requiere que exista una obligación que haya sido incumplida. La Corte Interamericana en el caso “Masacre de Mapiripan c/ Colombia” y en reiterada jurisprudencia⁷⁰ ha considerado que existe responsabilidad del Estado por hechos de terceros, no atribuibles al mismo. Se considera que la atribución de responsabilidad por actos de particulares puede darse en casos en el Estado incumple, por acción u omisión, la obligación *erga omnes* de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción.

El deber de respetar y hacer respetar se materializa en la prevención, que incluye adoptar medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan el desarrollo y protección de los derechos humanos. Los hechos ilícitos deben ser considerados vulneración efectiva de derechos fundamentales y deben ser sancionados por quienes los cometan, garantizando la indemnización a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.

⁷⁰ Comisión Interamericana de derechos Humanos. Informe sobre Seguridad Ciudadana y derechos Humanos.(2009): Corte I. D. H., “Masacre de Papiripàn c/ Colombia”, Sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C n° 134, párrafos 111 y 112; caso de la “Comunidad Moiwana c/ Surinam”. Sentencia de 15 de junio de 2015, Serie C N° 124, párrafo 211; “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c/ Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C N° 110, párrafo 91. Caso 19 comerciantes c/ Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C n° 109, párrafo 183; Caso “Maritza Urrutia c/ Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C N° 111.

El Estado no es ilimitadamente responsable por cualquier daño ocasionado entre particulares por hechos delictivos. Solo será responsable cuando los mismos se encontraren en situaciones de riesgo real e inmediato y el deber de prevención y protección se encuentren dentro de situaciones razonables de prevenir o evitar el riesgo. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a vida, debiendo tomar medidas a los fines de evitar el riesgo por actos criminales. Deben adoptar medidas positivas de prevención, supresión y castigo⁷¹. Para que surja obligación por parte del estado es necesario que al momento del hecho, la autoridad deba conocer de la existencia del riesgo real e inmediato para la vida del individuo y no se hayan tomado las medidas que razonablemente podrían evitarlo.

La obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a la hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. El artículo 1º y 2º de la Convención constituyen el fundamento legal de la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Si esa responsabilidad fuese desconocida por los órganos jurisdiccionales nacionales, generará responsabilidad internacional, que será juzgada por los órganos jurisdiccionales del tratado internacional de derechos humanos (Salomoni, 1999).

5.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Conforme a lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en los artículos 26, 27 y 31, los estados miembros deben cumplir de buena fe las

⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). Informe sobre seguridad ciudadana y derechos Humanos. Recuperado el 25/09/2015:<http://www.cidh.org/countryrep/Seguridad/seguridadiv.sp.htm>

obligaciones asumidas internacionalmente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el deber general del artículo 2º de la Convención Americana implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que violen las garantías previstas en la Convención y la sanción de normas que generen el progreso en el desarrollo de prácticas que las garanticen su protección. La adopción de medidas se hace “necesaria cuando hay evidencia de prácticas contrarias a la Convención Americana”, conforme se sentenció la Corte en reiteradas oportunidades⁷².

Conforme los antecedentes normativos que han sido analizados, nuestro País adoptó los criterios impuestos en el Derecho Internacional en materia de derechos humanos, sancionando leyes especiales, acuerdos, Modelos de Seguridad Ciudadana y Decreto de Emergencia en Seguridad Federal, en los cuales se incorporan los principios de la Convención y Declaración Americana en materia de derechos humanos. En el mismo sentido, conforme fue analizado *ut supra*, los tribunales argentinos fueron acompañando la internacionalización de la personalidad del ciudadano, responsabilizando al Estado por el incumplimiento al deber de seguridad ciudadana.

La denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, como consecuencia de la sentencia del 29 de octubre de 2004 del Tribunal Oral Federal en lo Criminal N° 3, por la causa que generó perplejidad en la comunidad argentina por el atentado a la AMIA⁷³, el Poder Ejecutivo Nacional mediante Decreto N° 812/2005 reconoció la

⁷²Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos (2209). Corte I. D. H., Caso Castillo Petrucci y otras c/ Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C n° 52, párrafo 207; Caso Baena Ricardo otros c/ Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, serie C n° 104, párrafo 180; Caso Cantoral Benavides c/ Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C n° 69, párrafo 178; Caso La Cantuta c/ Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C n° 5 162, párrafo 172.

⁷³ CNCont-Adm. Capital Federal. Sala 4, “Galarraga, Gimena y otro c/ Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios”, Id. SAIJ. FA141000008 (8 de abril de 2014).

responsabilidad internacional por la ausencia de medidas de prevención. Reconoció la responsabilidad que se le endilgaban por las violaciones de derechos humanos denunciadas, en cuanto existió incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado medidas idóneas y eficaces para prevenir el atentado. El Estado Argentino asumió la responsabilidad, atento a que dos años antes del atentado se había producido un hecho terrorista en contra de la Embajada de Israel en Buenos Aires, y se le endilgaba encubrimiento de los hechos e incumplimiento grave y deliberado de la función de investigación adecuada del ilícito, lo cual produjo denegación de justicia.

En relación a la víctima y al daño, en el caso “Velásquez Rodríguez c/ Honduras”, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha receptado el principio de “*Restitutio in Integrum*”, lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencia que el daño ocasionó, incluyendo el daño moral. No siendo posible volver las cosas al estado anterior se debe sustituir por una indemnización que repare los perjuicios sufridos. Siempre de una concepción de reparación plena, que restituya a la víctima a la situación en la que se encontraba antes del evento dañoso (Aberastury, 2015).

5.3. Responsabilidad Internacional del Estado argentino

La sanción de la ley N° 26.944 en el artículo 3°, conforme a las conclusiones arribadas oportunamente, ha eliminado prácticamente la responsabilidad del Estado por omisión ante deberes genéricos, como el deber de seguridad ciudadana. La gravedad de la decisión en relación a los compromisos asumidos por parte del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que ponen en cabeza del Estado diferentes deberes de contenido positivo de rasgos necesarios y existenciales para el ser humano, implican a la omisión como una de las principales amenazas para su vigencia (Zanvettor, 2015).

Tampoco se reguló la responsabilidad por los daños de las cosas de propiedad del estado o bajo su guardia ni por las actividades riesgosas. La actividad de seguridad pública que requiere armar a ciertos miembros a los fines de la defensa social es una actividad riesgosa por los medios empleados. Supuestos que pueden dejar al margen la responsabilidad del Estado como principal, impidiendo el resarcimiento de derechos garantizados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Vacío legislativo que puede generar responsabilidad internacional del Estado por no dar cumplimiento al artículo 2º de la Comisión Americana de Derechos Humanos y resulta contradictorio con la jurisprudencia de la Corte Interamericana: no ofrece las garantías de resarcimiento pleno y efectivo a la víctima (Rosatti, 2014).

Postulado actual de carácter jurídico internacional es la indemnización de la mayor parte posible del daño sufrido por la víctima sin su culpa. No se trata de la teoría de la responsabilidad, sino más bien de la teoría del daño, lo importante es el daño antijurídico sufrido, de donde surgirá la responsabilidad de quienes lo hayan ocasionado por actos, hechos y omisiones, aunque sean lícitos. No hay razón para que una persona deba sufrir el daño sin indemnización, imputándolo al caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho de un tercero (Aberastury, 2015; Gordillo, 2013 y Rosatti 2014).

La tradición argentina en materia de daños es consagrar el principio general de la reparación plena. En la mayor medida posible debe lograrse la satisfacción del daño injustamente sufrido. Derecho que surge de los artículos 14 a 17 y 19 de la Constitución Nacional, consagrando el principio *alterum non ledere*” que autoriza a fijar un resarcimiento adecuado. En el caso Aquino⁷⁴ la Corte Suprema de la Nación, estableció la

⁷⁴ C. S. J. N, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. S/ accidentes ley 9688”. Fallos 308:1109, (21/09/2004).

reparación integral del daño en los supuestos de responsabilidad, al incorporar el derecho de daños al concepto de los derechos humanos de los tratados internacionales:

El artículo 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: “*alterum non laedere*,” entrañablemente vinculado a la idea de reparación. También dijo que la responsabilidad que fijaban los artículos del Código de Vélez consagraba un principio general que regulaba cualquier disciplina jurídica y no exclusivo o excluyente del Derecho Privado.

De las limitaciones a la responsabilidad del Estado impuestos en la Ley 26.944, surge una contradicción con los principios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene que el deber de garantía se ve vulnerado toda vez que el Estado omite restablecer a la víctima en la plenitud de sus derechos. Resarcimiento pleno que incluye entre los rubros indemnizables el daños material, el emergente, la pérdida de chance, el daño moral y el lucro cesante

El artículo 27 de la Convención Americana establece que el derecho a la vida no es un derecho derogable. Garantía que los Estados que pueden incumplir especialmente cuando no se adoptan medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que puedan amenazar o vulnerar el derecho a la vida de las personas que habitan en su territorio y cuando las fuerzas de seguridad utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionales reconocidos⁷⁵.

Los factores de atribución para una posible responsabilidad internacional del Estado por violación al deber de seguridad ciudadana y de derechos humanos, por conductas de agentes estatales o por delitos de particulares que puedan comprometer los derechos

⁷⁵ Comisión interamericana de Derechos Humano (2009). Informe sobre seguridad ciudadana y derechos Humanos. Recuperado el 25/09/2015 de <http://www.cidh.org/countryrep/Seguridad/seguridadiv.sp.htm>

fundamentales de las personas, conforme a lo establecido por la Convención Americana, interpretación de la Comisión y a informes de la Corte, pueden ser por acción u omisión en el cumplimiento del deber de garantía y respeto de los derechos humanos. Los Estados tienen la obligación de prevenir e investigar comportamientos delictivos. Deber que incluye sancionar, identificar y juzgar a los autores de las privaciones arbitrarias del derecho a la vida. Compromisos que implican además, la obligación de reparar violaciones de derechos humanos y el restablecimiento del derecho conculcado de la víctima y a sus familiares.

La ley de responsabilidad del Estado rompe la continuidad jurídica que se ha consolidado en el tiempo y es contraria con postura que asumió la Corte de Justicia. La omisión de ejercicio del poder de policía estatal genera responsabilidad cuando lesiona derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales o por la propia constitución. Se obstaculiza el derecho al resarcimiento del daño, imponiendo requisitos absolutos, siendo contradictorio con un sistema que tiene como eje a la persona humana, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado Argentino (Aberastury, 2015; Gordillo, 2013; Rosatti, 2014; Salomoni, 1999 y Zanvettor 2015).

Conclusiones parciales

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos establece que la concepción que debe orientar a las políticas de seguridad son las que apuntan a la protección de los derechos humanos como materia específica, siendo parte integral de esas políticas y como objetivo al que deben alcanzar, protegiendo a las personas y sus derechos fundamentales.

Del análisis de la Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado, surge una contradicción con los principios establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificados por la Corte Interamericana. El deber de seguridad se ve vulnerado toda

vez que se pretende limitar la responsabilidad del Estado por hechos que no estén contemplados en una norma en forma expresa y determinada. La normativa en materia de seguridad, conforme se expuso oportunamente, es de carácter general e indeterminado. A pesar de que jurisprudencialmente se reconoció que las omisiones o cumplimientos defectuosos en el ejercicio de la función administrativa de policía de seguridad generan responsabilidad, los preceptos de la normativa vigente establecen un sentido contrario.

Los Estados partes, tienen la obligación de adaptar la normativa interna a los fines de velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos. La internacionalización de los derechos de las personas, el reconocimiento a la reparación integral de los daños sufridos por la víctima y la obligación de los estados de prevenir y combatir la delincuencia, son principios fundamentales incorporados a nuestro derecho por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Del análisis de los artículo 2º y 3º de la norma, se concluye que una interpretación restrictiva del texto implica excluir de responsabilidad del Estado por el deber de seguridad ciudadana por no estar contemplada en una norma expresa y determinada. Ello implicaría no cumplir con mandatos constitucionales y comprometer internacionalmente al Estado ante posible violación de derechos humanos.

Es deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y estructuras para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Es compromiso asumido adoptar las legislaciones o medidas que sean necesarias con arreglo a las constituciones y a las disposiciones de la Convención para hacer efectiva la garantía de tales derechos.

La vigencia del estado de derecho está sustentada en el cumplimiento de las leyes que lo rigen. El cumplimiento de las leyes es parte de cualquier estrategia de seguridad pública que incluya la prevención y contribuya a combatir la delincuencia, la violencia y la

inseguridad. La seguridad ciudadana es deber y obligación exclusiva del Estado, fortalece el estado de derecho y tiene como fin salvaguardar la integridad y seguridad de las personas. La actuación de las instituciones de seguridad debe regirse por el respeto a los derechos humanos, los principios de legalidad y objetividad. El derecho internacional se integra de manera transversal en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución nacional. El deber de seguridad está expresa e implícitamente reconocido en la Carta Magna, deber de garantía que incluye la seguridad ciudadana y jurídica.

CONCLUSIONES

La integridad física, psíquica y moral y el pleno y libre disfrute de la vida son derechos receptados en la norma principal de nuestro ordenamiento jurídico: la Constitución Nacional. El Estado se encuentra obligado a hacer respetar estos derechos. Función que le compete en su actividad administrativa de policía de seguridad y se considera una facultad de carácter discrecional y política que deja un amplio margen de decisión al poder para arbitrar los medios eficientes y eficaces para cumplir con este deber.

La Ley n° 26.944 tuvo su sanción en agosto de 2014, momento en el cual se encontraba vigente en el ordenamiento jurídico argentino el Código Civil de Vélez Sarsfield, modificado mediante ley 17.711, que en forma integral con la jurisprudencia de los tribunales argentinos, pusieron al país a la vanguardia del reconocimiento de derechos humanos. En la trayectoria de la formación de nuestro régimen jurídico se evidencia una constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, enarbolando el principio de justicia. Ello se probó en el desarrollo de esta investigación, aceptando la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos a partir del Caso Vadell en el año 1933. Ante inexistencia de normas de derecho administrativo que contemplaran la responsabilidad estatal, por aplicación subsidiaria de las normas del Código de Vélez en materia de responsabilidad civil por daños, se responsabilizó por incumplimientos al deber de seguridad, por actividad irregular o defectuosa y por hechos de terceros.

El artículo 1° de la Ley N° 26.944 establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la Responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La normativa a la inaplicabilidad del derecho común provocó un vacío legislativo. La responsabilidad estatal no está regulada por las provincias en forma expresa y solo algunas provincias tienen regulada la materia en sus constituciones. En el derecho administrativo provincial, la

responsabilidad por daños por las acciones u omisiones en el ejercicio de la función tampoco está regulada. Al obligar a las provincias a emitir la normativa en la materia no se altera la autonomía provincial. La responsabilidad del Estado es materia del Derecho Administrativo, no de derecho común y es competencia provincial. Pero la diversidad de normativa provincial que puede generarse, mediante la cual puede restringirse derechos fundamentales en una jurisdicción y ampliarse en otras, generaría caos e inseguridad jurídica, contrariando las bases a un Estado Federal y democrático de derecho.

La Responsabilidad del Estado surge de la Constitución Nacional, solo se recurre al derecho común ante falta de una disposición legal expresa que pueda aplicarse de forma directa o subsidiaria. Conforme a los precedentes del caso Barreto, deberá aplicarse el recurso de la analogía, acudiendo a la normativa en materia de daños del Código Civil y Comercial para cubrir la insuficiencia legislativa. La reciente reforma del Código Civil y Comercial incorpora el derecho constitucional al derecho privado, reconociendo la plenitud de la personalidad y la inviolabilidad de la persona humana en el marco de los derechos humanos, como lo venía haciendo la jurisprudencia a través de los fallos.

Las restricciones impuestas al derecho de recomposición integral de la víctima tampoco encuadran en preceptos constitucionales. Al limitar el resarcimiento del daño al cierto y actual, no respeta el criterio de la jurisprudencia argentina que en el marco del respeto a los derechos humanos, obligación asumida por los tratados del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, reconoció el derecho de la víctima a la recomposición integral por los daños padecidos. La ley en análisis crea un nuevo paradigma en materia de responsabilidad estatal contraria a la receptada en el ordenamiento jurídico argentino. En los precedentes jurisprudenciales citados por omisión al deber de seguridad ciudadana, la Corte De Justicia garantiza los derechos de la víctima, responsabilizando al Estado Argentino por

violación a derechos humanos y reconociendo la plena indemnización de las víctimas. Resarcimiento que incluye entre los rubros indemnizables el daño material, el emergente, la pérdida de chance, el daño moral y el lucro cesante. Con esta ley se obstaculiza el derecho al resarcimiento del daño, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Conforme al texto de la norma, son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad, inactividad ilegítima o la falta de servicio consista en una actuación u omisión irregular de parte de la administración, omisión que solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. Se exime de responsabilidad cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

Es manifiesto que de una interpretación restrictiva de la Ley N° 26.944, se podrían quebrantar derechos fundamentales de la persona, al eximir la responsabilidad del Estado por el deber de seguridad ciudadana que puede encuadrar en la figura de un objetivo político, en un deber jurídico indeterminado o en una obligación normativa en prevenir y combatir las conductas delictivas de terceros. La responsabilidad por la obligación de seguridad no está contemplada en el ordenamiento jurídico argentino en una norma expresa y determinada. La legislación vigente regula el instituto de modo general e indeterminado. Lo que inferiría en una ley inconstitucional por no encuadrar en los preceptos de la Constitución Argentina que fundamenta la responsabilidad del Estado por el deber de seguridad en el principio de no dañar a otro.

Hasta que las provincias sancionen sus propias leyes en materia de responsabilidad estatal, en las cuales se contemple el resarcimiento por daños, los tribunales de justicia deberán aplicar las normas del Código Civil y Comercial mediante el método de la analogía e

imponer la Constitución Nacional a la irracionalidad normativa de este precepto. Mediante la interpretación integral del ordenamiento jurídico, podrá responsabilizarse al Estado por los hechos delictivos en espacios públicos por los cuales la víctima sufre daños en su integridad física. La aplicación analógica de las normas del Código Civil y Comercial garantizará el derecho a la indemnización plena de la víctima en el marco del respeto de los derechos humanos.

Internacionalmente, el Estado argentino tiene la obligación de implementar acciones de prevención y operativas eficaces, a los fines de evitar hechos de violencia o delincuencia de particulares que afecten el derecho a la integridad física. Acciones y medidas que incluyen leyes justas y fundamentadas en la protección de los derechos humanos. Aplicar un criterio amplio de interpretación de la ley 26.944, permitiría incluir esta obligación en los principios generales del derecho, la Constitución Nacional, leyes especiales y Decreto de Emergencia en Seguridad Federal, conforme a los tratados y compromisos internacionales asumidos en el artículo 75 inciso 22 de la constitución Nacional.

Se comparte la opinión mayoritaria de la doctrina. Los legisladores sancionaron una norma inconstitucional. Finalizando así el análisis exegético propuesto con las críticas palabras de Ghersi (2015):

La sociedad paga caro los costes del poder del Estado en sus tres roles, lo cual demuestra una vez más la falacia de la democracia que posee en sus entrañas legisladores que desconocen la lógica jurídica y que constantemente repiten errores por obsecuencia partidaria, que conllevan a la sociedad y sus operadores a la inseguridad jurídica y al desprestigio internacional del País.

ANEXO LEGISLACIÓN:

Ley 26.944 De Responsabilidad Estatal

Supuestos.

Sancionada: julio 2 de 2014

Promulgada de Hecho: agosto 7 de 2014

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de

Ley:

ARTICULO 1° — Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

ARTICULO 2° — Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:

- a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial;
- b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

ARTICULO 3° — Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;

c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;

d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

ARTICULO 4° — Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;

b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;

c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;

d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;

e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

ARTICULO 5° — La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

ARTICULO 6° — El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los

cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

ARTICULO 7° — El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

ARTICULO 8° — El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

ARTICULO 9° — La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.

La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.

La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

ARTICULO 10. — La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria.

Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador.

ARTICULO 11. — Invitase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.

ARTICULO 12. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS
AIRES, A LOS DOS DÍAS DEL MES DE JULIO DEL AÑO DOS MIL CATORCE.

— REGISTRADA BAJO EL N° 26.944 —

JULIÁN A. DOMÍNGUEZ. — Juan H. Estrada. — Lucas Chedrese. — Gerardo Zamora.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ABERASTURY, P. (2015). La nueva ley de responsabilidad del estado 26.944. [Versión electrónica]. *Pedro Aberastury Abogados*. 1-28. <http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>

ABERASTURY, P. (2015). Responsabilidad del Estado por actividad normativa. [Versión electrónica]. *Orgueira, Tella y Asociados – Abogados*. 1-11. Recuperado de <http://orgeira.com.ar/site/colaboracion-de-terceros/76-dr-pedro-aberastury/240-responsabilidad-del-estado-por-actividad-normativa.html>

ALONSO REGUEIRA, E. M. (2013). *Estudios de Derecho Público*. Buenos Aires. Asociación de Docentes U. B. A. – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

ALONSO REGUEIRA, E. M. (2013). *La convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires. La Ley.

ALTAMIRA GIGENA, J. (2015). La nueva Ley de Responsabilidad del Estado y Del Funcionario. [Versión electrónica]. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado el 27/10/2015 de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-y-del-funcionario>

ALTERINI, J. M. (s/f). La responsabilidad del estado en Argentina. Un abordaje desde el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. [Versión electrónica]. *Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 1004-1030*. Recuperado el 20/08/2015 de <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/0010-edp-alterini.pdf>

BARBOZA, J. (1999) *Derecho Internacional Público*. (1ª ed.). Buenos Aires. Zavallía.

BARRERA, M. (2015). La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructoras de los jueces. Infojus. DACF 150372.

BIDART CAMPOS, G. J. (2008), *Compendio de Derecho Constitucional*. (1º reimpresión). Buenos Aires. Ediar.

BOULIN VICTORIA, I. A. (2011). Nuevos perfiles de la responsabilidad del estado por omisión. LLGran Cuyo. 1.

BRUNO DOS SANTOS, M. A. (s/f). Una mirada crítica de la responsabilidad del Estado por omisión en espectáculos deportivos. Un camino a recorrer después del caso “Mosca”. [Versión electrónica]. 659-671. Recuperado de http://www.gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo33.pdf

BUGALLO OLANO, D. j. (2015). Ley 26.944 sobre responsabilidad del Estado. (El Rey no puede hacer nada malo). *Defensor del Pueblo de la Nación*. Recuperado el 01/10/2015 de <http://www.dpn.gob.ar/areas/area6513902.pdf>

CAPUTI, M. C. (s/f). Bases para un marco teórico de la responsabilidad estatal por omisión. [Versión electrónica]. *Universidad Nacional de Córdoba*. Recuperado de <http://www.unc.edu.ar/gestion/rrhh/programas/capacitacion/modalidad-presencial-1/cursos-talleres-seminarios/ley-de-administracion-financiera-24.156/bases-para-un-marco-teorico-de-la-responsabilidad-estatal-por-omision.pdf>

CASSAGNE, J. C. (1998). *Derecho administrativo*. (6ª Ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

CASSAGNE, J. C. (s/f). Artículo para la Ley. Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte sobre cuestiones de Derecho Administrativo. *Cassagne Abogados*. Recuperado el 20/08/2015 de http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Nuevos_criterios_en_la_jurisprudencia_de_la_Corte_sobre_cuestiones_de_derecho_administrativo_.pdf

CASSAGNE, J.C. (s/d). Responsabilidad del Estado –Diálogos de Doctrina. *Cassagne Abogados*. Recuperado el 25/08/2015 de http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Responsabilidad_del_Estado_Dialogos_de_Doctrina.pdf

COLÁS, G. (2011) Sistema de Seguridad Pública en Argentina. *Organization Of American States*. 1-9. Recuperado el 28/10/2015 de http://www.oas.org/dsp/Parlamentarios/Seminario/Argentina/Seguridad_Interior_Argentina.pdf

COVIELLO, P. J. J. (s/f). Los jueces frente a la ley de Responsabilidad del Estado. *El Derecho*. Recuperado el 28/08/2015 de <http://www.elderecho.com.ar/includes/columnaopinion/CO18092014.pdf>

ELIADES, A. (2013). La responsabilidad del Estado: prospectiva y perspectiva de un clásico instituto jurídico que atraviesa nuestras vidas. Infojus. DACF130084

FOLGUEIRAS BERTOMEU, P. (2009). Métodos y técnicas de recogida y análisis de información Cualitativa. [Versión electrónica]. *Universidad de Buenos Aires*. Recuperado el 26/10/2015 de http://www.fvet.uba.ar/postgrado/especialidad/power_taller.pdf

FLEITAS, D. M. (2010). “*La seguridad Ciudadana en Argentina y su relación con el Contexto Regional*”. Argentina. Flacso.

FUCITO, F. (2013). *Tesis, tesinas y otros trabajos jurídicos*. Buenos Aires. La Ley.

GARAVENTA, C. A. (2013). Los cambios en el Código Civil (¿implican la irresponsabilidad del estado? Infojus. DACF130337.

GHERSI, C. (2014). Inconstitucionalidad de la Ley 26.944 del Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relativos a leyes de orden público. Recuperado de <http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=31428&n=Inconstitucionalidad%20de%20a%20Ley%2026.944%20-%20para%20web.pdf>

GORDILLO, (2010). El reclamo administrativo previo. Capítulo XII. [Versión electrónica]. XII-2-XII-38. *Fundación de Derecho Administrativo Agustín Gordillo*. Recuperado de http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo12.pdf

GORDILLO, (s/f). La Responsabilidad Civil de los Funcionarios. Capítulo XIX. [Versión electrónica]. 675-705. *Fundación de Derecho Administrativo Agustín Gordillo*. Recuperado de http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo19.pdf

GORDILLO, (2013). La Responsabilidad del Estado y de sus Concesionarios y Licenciatarios. Capítulo XX. [Versión electrónica]. 709-749. *Fundación de Derecho Administrativo Agustín Gordillo*. Recuperado de http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf

GORDILLO, (2012). Técnica Jurídica del Derecho Administrativo. Capítulo VI. [Versión electrónica]. IADA-VI-1 – IADA-VI-35. *Fundación de Derecho Administrativo Agustín Gordillo*. Recuperado de http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo6.pdf

GROSSI, M. I., (2014). Responsabilidad del Estado. Análisis sistematizado. [Versión electrónica]. 01-22. Recuperado el 27/08/2015 de

http://www.calp.org.ar/uploads/docs/responsabilidad_del_estado_analisis_sistemizado_melina_grossi.%20An%C3%A1lisis%20sistemizado.pdf

JACKY, C. (2015). ¿Cuál es la responsabilidad del Estado respecto al Código Civil y Comercial reformado? [Versión electrónica]. *Arrabal Jurídico – Eduardo Alfonso Depetris – Abogado*. Recuperado el 27/10/2015 de <http://www.rrabaljuridico.blogspot.com.ar/2015/08/responsabilidad-del-estado-en-el-nuevo.html>

LAPALMA, J.C. (2006). Contenido del Derecho a la Salud. SAIJ: DASF070034.

LEIVA, C. F.; Gianella, H.; Scalvini, E., Olivera, M. (2005). Responsabilidad estatal por omisión de control. Infojus. DACC050072.

LÓPEZ MESA, M. (2015). Algunas palabras sobre la ley 26.944 y la responsabilidad del Estado. [Versión electrónica]. *Gobierno de la Provincia de Buenos Aires*. Recuperado el 26/10/2015 de https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAAahUKEwjsveKgjeIAhVD9x4KHd8WDwI&url=http%3A%2F%2Fwww.buenosaires.gob.ar%2Fsites%2Fgcaba%2Ffiles%2Fart_lopez_mesa.docx&usg=AFQjCN Gm0y82aGZCF7w4sXuAmVCLBkSXgA

MAC DONALD, A. F. (2011). La importancia del derecho a la vida. Infojus. DACF110148.

MARIENHOFF, M. (1997). *“La responsabilidad pública*. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

MATTAROLLO, R. (2007). *Cuadernos de Seguridad*. N° 4-08/2007. Buenos Aires: Incap.

MEDINA, G. Y GARCÍA SANTAS, C. (2007). La omisión en el derecho de daños. [Versión electrónica]. *Graciela Medina*. P. 373-392. Recuperado de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/La-omision-en-el-Derecho-de-Daos-2007-2.pdf>

MEDINA, M. (2006). *Seguridad*. Salta: Virtudes Editorial Universitaria.

MINISTERIO DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN (2011). *El Modelo Argentino de Seguridad Democrática*. Buenos Aires. Presidencia de la Nación.

MUSE GENERCH. J. C. (s/f). Robos – Hurtos – Delitos en los lugares públicos y responsabilidades. *Estudio Muse Generch*. Recuperado el 26/08/2015 de <http://www.consejosdederecho.com.ar/31.htm>

PERRINO, P. E. (2011). La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia. *La Ley*, 24/08/2011, 24/08/2011,1.

PERRINO, P. E. (s/f). La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el derecho argentino. [Versión electrónica]. *Cassagne Abogados*. 429-465. Recuperado de <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/ La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilicita en el Drecho argentino..pdf>

PIZARRO, R. Y VALLESPINOS, C. (1999) *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo II, III y IV. Buenos Aires: Hammurabi.

POCHAK, A. (2010). La seguridad ciudadana con perspectiva de derechos humanos como desafío de la política criminal. [Versión electrónica]. *IPPDH - Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos - Mercosur* 1-12. Recuperado de

http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2014/08/presentacion_Conversatorio_Peru.pdf

PONCE DE LEÓN ARMENTA, L. (2012). La metodología de la Investigación Científica del Derecho. [Versión electrónica]. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 62-83. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/205/dtr/dtr4.pdf>

REY CARO, E. J.; SALAS, G. R. (1999) *Tratados y textos internacionales* (3ª ed.). Córdoba: Francisco Ferreyra.

ROSATTI, H. (2014). *Ley 26.944 de responsabilidad del estado*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

SAGÜES, P. (1997). *Elementos de Derecho Constitucional*. (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.

SALOMONI, J. L. (1999). La responsabilidad del estado por omisión en la República Argentina. *Biblioteca Jurídica Virtual*. 229-264. Recuperado el 20/08/2015 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/11.pdf>

SILVESTRINI RUIZ, M. VARGAS JORGE, J. (2008). Fuentes de información primaria, secundaria y terciaria. [Versión electrónica]. *Recinto de Ponce. Universidad Interamericana de Puerto Rico*. 1-8. Recuperado el 26/10/2015 de <http://ponce.inter.edu/cai/manuales/FUENTES-PRIMARIA.pdf>

THOMAS, G. J. (2014). Comentario del proyecto Ley de Responsabilidad del Estado. Infojus. DACF140003.

TONELLI, P. (2014). Bases actuales de la responsabilidad del estado en la ciudad de Buenos Aires ¿es necesario que se sancione una ley de responsabilidad estatal en la ciudad de Buenos Aires? ED. 258 – (10/06/2014), n° 13.504.

ZANVETTOR, M. L. (2015) Responsabilidad extracontractual del Estado por omisión a deberes genéricos en la Ley 26.944. DPI Cuántico - Diario. Recuperado el 21/11/2015 de <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/06/Administrativo-Doctrina-2015-06-23.pdf>

Jurisprudencia

C. S. J. N., “Aquino, Isacio”, Fallos, 327:3753 (2004).

C. S. J. N., “Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”. B. O. 140. XXXVI. (2011).

C. S. J. N., “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia y Otros s/ daños y perjuicios. B. 2303. XL. (2006).

C. S. J. N., “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ daños y perjuicios, (2013).

C. S. J. N. “Cohen, Eliazar c/ Rio Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, fallos 329:2008, (2006).

C. S. J. N., “G, C. M. c/ Estado Nacional (10.2010).

C. S. J. N., “Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros”, fallos 334:1821(20-12-2011).

C. S. J. N., “Molina, Alejandro Agustín c/ Buenos Aires, Provincia de y otros”, fallos XXXVII. (2011).

C. S. J. N., “Montalvo Jorge. A s/ Hurto”, Fallos 313:1333 (11-12-1990).

C. S. J. N., “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos 330:563(6-3-2007).

C. S. J. N., “Pérez, Fredy c/ Ferrocarriles Argentinos”, JA, (1998-III).

C. S. J. N., “Susan, José c/ Provincia de Santa Fe s/ Daños y Perjuicios”, Fallos: 205:635 (1946).

C. S. J. N., “Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización”. F. 305. 12 (1984).

C. S. J. N., “Verbitsky, Horacio”, Fallos, 328; 1146 (2005).

C. S. J. N., “Zacarías”, Fallos, 321:1125 (1998).

CNCiv. Y Com. Fed. Sala 3, “Ruiz, Edgardo D. c/ Municipalidad de Buenos Aires y otros/ daños y perjuicios” (2004).

CNApel. Cont-Adm. Federal. Sala 4, “Galarraga, Gimena y otro c/ Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios”, Id. SAIJ. FA141000008 (8 de abril de 2014).

CNApel. Cont-Adm. San Martín, “Esteban, Ricardo Juan c/ Estado Provincial s/ Pretensión Indemnizatoria”, Causa N° 213 (2010).

C. S. J. Santa Fe, “Gothelf, Clara Marta c/ Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios”, Fallos: 326-1268 (10-04-2003).

C. S. J. Buenos Aires. “Konrad, Carlos Alberto c/ ESEBA S. A. S/ daños y perjuicios”. Juba, sum. B28784 (2006).

C. S. J. Salta, “Martínez, José Abraham por incumplimiento de los deberes procesales en perjuicio de Alderete, Rosana Isabel. Expte. Cor. 86660/10. ”, Expte. n° Cord. 86660/10 (2012).

CApel. Civ. y Com. Jujuy, Sala II., “Daños y Perjuicios: Arias, Rodrigo Ezequiel; Torres, Débora Evangelina c/ Estado Provincial”. Expte. N° C-56.180 (2015).

Legislación

Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. 2012. Abeledo Perrot.

Código Civil y Comercial de la Nación. 2015. Buenos Aires. Erreius.

Constitución de la República Argentina. 1994. Buenos Aires. Movis.

Ley N° 24059 .Seguridad Interior – Congreso de la Nación Argentina.

Ley N° 26.944. Responsabilidad Estatal. Congreso de la Nación Argentina.

Decreto n° 228/2016. Emergencia en Seguridad Pública. Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. Presidencia de la Nación.

Decreto n° 1273/92. Reglamentación de la Ley n° 24.059.

Decreto n° 1953/1992. Reglamentación Ley 6668 sobre sistema de Seguridad Interior.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Cecilia Florencia Bentivoglio
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	26.744.800
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ARGENTINO POR HECHOS DELICTIVOS EN ESPACIOS PÚBLICOS A PARTIR DE LEY 26.944. EL DEBER DE SEGURIDAD CIUDADANA.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	cecibenti@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Salta Capital, el 03 de setiembre de 2.016._____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.