

La ley 26.944 de responsabilidad del Estado y el incumplimiento de un deber “normativo, expreso y determinado” como requisito de procedencia para la responsabilidad por omisión

-Un análisis desde la reciente jurisprudencia de la CSJN en el precedente “Faifman” (2015)- [1]

Por Fabián O. Canda

1.- La ley 26.944 y la responsabilidad por omisión.

La reciente ley 26.944 se ocupa de la responsabilidad por inactividad estatal en su art. 3º, encuadrándola –siguiendo los parámetros jurisprudenciales vigentes– como una manifestación de la responsabilidad por actividad ilegítima^[2]. Establece que son requisitos para su procedencia: a) daño cierto y mensurable en dinero; b) imputabilidad a un órgano estatal; c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño; d) falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular. Se preceptúa en este último inciso que: “la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

En suma, para que se configure el factor de atribución “falta de servicio” **es menester que la omisión recaiga sobre un deber normativo expreso y determinado.**

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

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

Recordemos que en “Mosca”^[3] el máximo tribunal sostuvo que “era relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, **no ha ocurrido lo mismo con las segundas**” y que en cuanto a estas últimas correspondía discernir entre las omisiones “a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho... de aquellos otros **casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado**, como propósitos a lograr en la mejor medida posible”, **supuesto este último que debía “ser motivo de un juicio estricto”** (consid. 6, énfasis agregado).

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

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

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

Este sintagma exige tres requisitos para que se configure la omisión antijurídica:

- existencia de un deber normativo de actuación;
- que ese deber sea expreso;
- que ese deber sea determinado.

El primero de los requisitos no debería llamar la atención, pues en el ámbito del derecho público administrativo la competencia de los órganos y entes estatales surge de la Constitución, de la ley o del reglamento (art. 3º LNPA)[4], es decir, necesariamente deriva de una norma. Ello es consecuencia del principio que indica que a diferencia de lo que sucede con las personas físicas- el Estado sólo puede actuar válidamente cuando una norma le atribuye una competencia para hacerlo.

No rige, pues, el principio ontológico de libertad que permite a las personas físicas hacer todo aquello que no esté prohibido (el ordenamiento jurídico como límite “negativo” de la conducta humana, que a nivel constitucional se plasma en el art. 19) sino que la actuación estatal necesita – para ser válida- contar con una norma que la habilite previamente (vinculación positiva del obrar estatal respecto del ordenamiento jurídico).

Con arreglo a ello, para que exista una omisión antijurídica deberá, primero, existir una norma que atribuya una competencia que no fue ejercida.

Ello explica por qué la ley exige la existencia de un “deber normativo de actuación” incumplido.

El segundo requisito es que este deber incumplido sea “expreso”.

Es sabido que el estándar de la “permisión expresa” en sentido estricto como criterio para medir el alcance de la competencia de los órganos y entes estatales se encuentra actualmente superado por su evidente insuficiencia[5], “proponiéndose incluir en el contenido de la competencia los **poderes razonablemente implícitos en los expresos** o, directamente, el principio de la especialidad tal como es empleado en el derecho privado para determinar la competencia de las personas jurídicas”[6].

Desde este estándar de interpretación la competencia de un órgano o ente estatal deriva de lo expreso y de lo razonablemente implícito en lo expreso. Es decir que lo expreso comprende a lo expreso en sentido estricto y a lo razonablemente implícito en lo expreso.

Con arreglo a ello, pensamos que una hermenéutica posible del art. 3º inc. d) de la ley 26.944 permite interpretar que el deber “expreso” incumplido que da lugar a la responsabilidad por omisión puede ser tanto un “deber explícitamente establecido en la norma” como un “deber razonablemente implícito en lo expreso”.

El último de los requisitos radica en que el deber incumplido sea “determinado”. Se trata, pues, de un recaudo que si se interpreta de modo estricto puede conducir, en algunos casos, a resultados injustos.

En efecto, entendemos que la exigencia de que se trate de un deber normativo y expreso se supera con la existencia de un deber genérico de algún modo contemplado en la norma. Comúnmente dicho deber se extraerá de las competencias establecidas en la ley o reglamento de creación del ente u órgano al que se imputa la omisión[7].

Lo más complejo, empero, será acreditar el tercero de los requisitos, es decir, que la omisión que se endilga incumple un deber “determinado”, si se entiende por tal a un “deber específico”, pues la mayoría de las veces las normas atributivas de competencia evitan –sabiamente- caer en el casuismo y asumiendo que resulta sumamente difícil (cuando no inconveniente para la realización del interés público) pretender agotar mediante “descripciones” el universo de conductas posibles de los órganos administrativos se contentan con postularlas de modo más o menos genérico, sin ingresar en mayores determinaciones o especificidades.

Resultaría paradójico que esta modalidad genérica de atribución de la competencia, que en buena medida se justifica en la mejor realización del bien común, pueda luego derivar en una prohibición absoluta de reconocimiento de la responsabilidad estatal justamente por razón del carácter “abierto” de la norma atributiva y sin dar espacio para el análisis de las circunstancias en las que se sucede la omisión, de sus antecedentes, de las conductas *in concreto* de la víctima y del omitente para la valoración de la entidad de los derechos en juego[8].

En este sentido, hemos analizado antes de ahora el fallo “Pochat” de la CSJN en el cual el tribunal sostuvo que si la víctima hubiera requerido a la autoridad administrativa una custodia policial el deber genérico de seguridad habría devenido un deber determinado cuyo incumplimiento tendría que ser indemnizado[9].

Nos detendremos ahora en un nuevo precedente del máximo tribunal en el que, nuevamente, se valora la omisión estatal de un deber normativo en principio “genérico” (el deber estatal de seguridad en la prevención de atentados terroristas) pero se termina condenando al Estado por haber admitido éste que no tuvo en cuenta un atentado análogo sucedido dos años antes que debió haber “potenciado” el deber genérico de prevención sin que ello sucediese.

2.- El caso “Faifman” (2015)^[10]. Otra lectura posible del requisito del deber “determinado”.

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

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

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

La Corte sostuvo que el Estado había reconocido de modo incondicional y absoluto su responsabilidad, por lo que era inadmisibles la alegada falta de relación causal entre la omisión estatal y la muerte del cónyuge de la actora, pues había sido el propio Estado el que admitió que la muerte de las víctimas del atentado “le era imputable por el incumplimiento de su función de prevención” (considerando 17).

En lo que aquí interesa cuadra puntualizar que el deber incumplido no era sino el deber genérico de seguridad en la prevención del atentado. Este deber genérico, empero, se hallaba potenciado pues tal como surge del Acta de acuerdo suscripto por el Estado ante la Comisión IDH –luego aprobado por Decreto 812/2005- “existió un incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado las medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el atentado, teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un hecho terrorista contra la Embajada de Israel en Argentina...” (Considerando 9, en el que transcribe el acuerdo).

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

Si bien el caso no fue resuelto bajo los estándares de la ley 26.944, pues los hechos se sucedieron y fueron juzgados en las dos instancias ordinarias con anterioridad a su sanción, este modo de razonar es extremadamente importante para nuestro objeto de estudio, pues tanto el PEN al aprobar el acuerdo por Decreto como la CSJN al valorarlo en oportunidad de resolver la responsabilidad estatal, tuvieron en cuenta que el deber genérico de seguridad en la prevención de atentados se vio potenciado por un antecedente fáctico: la existencia de un atentado similar dos años atrás que no obstante su gravedad no llevó al Estado a profundizar en la prevención de nuevos hechos, los que finalmente se sucedieron.

Adviértase que no existía, en el caso, una norma que de modo “expreso y determinado”^[11] consagrara un deber que, al ser incumplido, generara la responsabilidad estatal.

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

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

Si efectuamos una lectura del tercer requisito (omisión de un deber “determinado”) según el criterio seguido por la Corte en el caso bajo estudio, concluiremos que el carácter “determinado” puede surgir no sólo del texto expreso o implícito de la norma atributiva de la competencia sino que también puede extraerse de los antecedentes del caso y de la conducta asumida por el Estado frente a estos.

En el caso, el antecedente “atentado a la embajada de Israel” debió operar como un alerta para que el Estado “potenciara” el deber de prevención de la seguridad contra objetivos judíos. El antecedente tornó el deber genérico de seguridad “determinado”, no obstante lo cual el Estado nada hizo y el atentado se repitió, esta vez contra la sede de la AMIA.

[1] CSJN, “Faifman, Ruth Myriamy otros c/Estado Nacional s/daños y perjuicios”, 10/3/2015 (elDial.com - AA8D9E)

[2] En efecto, si bien es admisible en el plano teórico pensar la posibilidad de una responsabilidad estatal derivada de una omisión lícita, no se registran precedentes –al menos de nuestro máximo tribunal- en los cuales se haya dado cabida a este instituto. Sobre la cuestión, puede verse el análisis al fallo “Couiteas” del CE Francés y la cita de doctrina nacional que analiza la viabilidad de la responsabilidad por omisión lícita en Canda, La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN), en la obra colectiva Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, p. 139 y ss.

[3] Fallos, 330:653.

[4] La competencia es el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano o entes estatal (Cassagne, Juan Carlos; Derecho Administrativo, Bs. As.; Abeledo Perrot, T. II, 5ª ed. Actualizada, 1996, p. 132; en igual sentido, Comadira, Julio R.; Procedimientos Administrativos, LNPA anotada y comentada (Laura Monti, colaboradora), Buenos Aires, La Ley, T. I, p. 116).

[5] En efecto, las normas atributivas de la competencia no describen una y cada una de las acciones susceptibles de ser encuadradas en dicha competencia, lo cual es casi imposible, contentándose con describir de modo más o menos genérico el poder que procuran atribuir al órgano o ente. De esta atribución expresa derivan, implícitamente, muchas otras de suyo comprendidas en la atribución expresa.

[6] Comadira, Julio R. Procedimientos Administrativos, cit., T. I, p. 156 (énfasis agregado). Con cita

del Plenario CNAF, "Multicambio", 1/10/85, en el cual se postuló el reconocimiento de atribuciones razonablemente implícitas en la competencia expresa que tenía acordada un ente estatal.

[7] Como ya se dijo, la Administración no puede actuar si no cuenta con competencia y ésta deriva de la CN, la ley o el reglamento –art. 3º LNPA- por lo que siempre los deberes de actuación habrán de surgir de alguna norma que los establece como competencias propias del órgano o ente del que se trate. Así, p. ej., el deber de "seguridad" se extraerá "expresamente" de la ley de la policía, con lo cual los requisitos del deber normativo y expreso podrán ser acreditados.

[8] Ya reseñamos como, en materia cautelar, los requisitos de procedencia de la protección se suavizan cuando los afectados son sectores socialmente vulnerables, se encuentre comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental (art. 2 inc. 2, Ley 26.854). Pensamos que igual criterio debería seguirse cuando la responsabilidad por omisión (aún ante el incumplimiento de deberes genéricos) recayese sobre tales bienes de la vida u otros igualmente relevantes.

[9] En el caso la CS –en un fallo que invita a la reflexión y cuya solución en lo personal no comparto- rechazó la acción con fundamento en que había fallado el deber genérico de seguridad al no poderse evitar el asesinato del auditor Pochat a manos del esposo de la investigada en su propia oficina del ANSES. Lo que nos interesó puntualizar en aquel comentario es que, más allá de la decisión de fondo adoptada, la CS sostuvo que de haber solicitado el auditor una custodia policial habría tornado el deber genérico de seguridad un deber determinado, de lo que se sigue que el deber determinado puede surgir de una norma o bien puede tornarse determinado por la conducta de la víctima (que denuncia la necesidad de custodia policial y no obstante ello no se le provee). Canda, Fabián O. El Derecho Administrativo, [2015] - (30/04/2015, nro 13.718); "Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS "C. de P."

[10] CSJN, "Faifman, Ruth Myriam y otros c/Estado Nacional s/daños y perjuicios", 10/3/2015 (elDial.com - AA8D9E)

[11] La ley 26.944 exige como requisito para que proceda la responsabilidad por omisión que se demuestre "la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado" (art. 3º inc. d).

Citar: elDial DC1FA0

Publicado el: 14/08/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina