



Responsabilidad extracontractual del Estado por omisión a deberes genéricos en la Ley N° 26.944 Segunda Parte: omisión estatal y DESC

Por María Luz Zanvettor¹

En la primera entrega sobre la temática, se analizó la jurisprudencia construida por la Corte Federal en torno a la responsabilidad por omisión ante deberes genéricos, destacando el fuerte impacto que ha tenido la sanción de la Ley N°26.944, la cual en su artículo 3° ha prácticamente eliminado ese tipo de responsabilidad.

Las consecuencias negativas de esa decisión legislativa se agravan si pensamos en la asunción de diferentes compromisos por parte del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), pues ese tipo de derechos tienen por rasgo característico la imposición en cabeza del Estado de diferentes deberes de contenido positivo de rasgo necesarios y existencial para el ser humano, elemento que torna a la omisión como una de las principales amenazas para su vigencia. De esa cuestión nos ocuparemos en esta oportunidad.

I. La tendencia jurisprudencial y la nueva ley

La necesidad de reconocer la responsabilidad del Estado ante la omisión a sus deberes genéricos encuentra un anclaje directo en la irrupción de los DESC en el derecho argentino, pues esa categoría ha implicado un cambio en el paradigma de operatividad de los derechos: mientras que los clásicos derechos civiles -libertad, igualdad, propiedad- exigían del Estado un mero deber de abstención -un *non facere*-, los DESC exigen conductas estatales positivas para su disfrute. Con ello se quiere expresar que el paradigma ha virado desde una *pretensión de omisión* -que el Estado se abstenga de intervenir en el goce de los derechos civiles- a una *prohibición en la omisión* -que el Estado intervenga activamente a través de prestaciones que garanticen los derechos sociales, económicos y culturales. La persona tiene la facultad de la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales y debemos controlar ahora las omisiones contrarias a esos preceptos. En la actualidad, los derechos fundamentales aparecen como mandatos de protección que exigen un obrar estatal como condición de posibilidad.

La jurisprudencia de la Corte Federal ha explicitado claramente ese viraje. Es interesante revisar así algunos casos jurisprudenciales:

a) *Mendoza*²

En el Considerando 7° del fallo se dijo que “El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente”.

A su turno, dice el Considerando 10 que “el derecho a gozar de un ambiente sano no queda librado a la discrecionalidad de los poderes públicos y la ineficacia en la protección autoriza a accionar cuando se invoque un “daño que se atribuye a la inactividad y omisión del Estado provincial cuando pesa sobre éste la obligación de actuar en ejercicio imperativo del poder de policía, entendido como una potestad pública propia del Estado de Derecho, tendiente a la protección de la vida e integridad física y patrimonial de los particulares”.

b) *Quispe*³

En el Considerando 9° la Corte indicó que del sistema de fuentes aplicable al caso se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo, de modo que corresponde al Poder Judicial establecer el alcance de dichos preceptos en relación al caso. Esto implica que el deber por el cual se responsabilizó al gobierno de la CABA no era específico sino genérico ya que no surgía de manera concreta de ninguna de sus normas, sino de las interpretaciones e integración del plexo normativo aplicable al caso. Se agrega en el Considerando 10 que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, por el contrario, son normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

En definitiva, como bien explica Canda, el damnificado debe probar la existencia de un deber específico e incumplido. Si el deber existe, entonces, el órgano debe ejercer obligatoriamente su competencia para garantizarlo. Si tal deber específico no existe y se trata de un deber genérico, para determinar si el ejercicio de su competencia devendría obligatorio, debemos analizar las circunstancias del caso.⁴

c) *Mosca*

¹ Abogada (UNC), Maestrando en Derecho Administrativo (Universidad Austral), Profesora de Derecho Administrativo (Universidad Blas Pascal), Profesora ayudante de segunda en la materia Derecho Administrativo - Cátedra Dr. Carlos Balbín (UBA), Adscripta en las materias Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo y Derecho Público Provincial y Municipal (UNC).

² Fallos 329-2316, *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s. daños y perjuicios*, 20-06-2006. En la misma causa fallos: 331-1622.

³ QC, S.Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s. amparo. CSJN, Expediente Q. 64. XLVI, sentencia del 24 de abril de 2012.

⁴ CANDA, Fabián O. (2008) “La Responsabilidad del Estado por omisión (Estado de Situación en la Jurisprudencia de la CSJN)” en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público - Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Rap, 2008, págs. 139/188.

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 incumplimiento 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.⁵

Vemos como el Alto Tribunal distinguió de manera expresa entre omisiones a deberes específicos y genéricos. En los primeros la mera inacción configura la falta de servicio. En los segundos no alcanza con la mera inactividad. Se hizo hincapié en que la responsabilidad debe ser motivo de un juicio estricto que se base en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos por un lado, y en las consecuencias generalizables de la decisión por tomar, por el otro.

Creemos firmemente, como advirtió Canda, que la Corte sentó una regla de importancia: “si se imputa el incumplimiento de un deber genérico, la responsabilidad debe ser evaluada con juicio estricto, lo que parece indicar un criterio de evaluación de restrictivo al examinar en concreto la naturaleza de la actividad, por el cual sólo procederá en casos donde el incumplimiento resulte claro a la luz de los requisitos citados. El analizado precedente *Mosca* se integra con su precedente *Zacarias*⁶ en una línea que marca una clara profundización en el estudio de la responsabilidad por omisión ante el incumplimiento de deberes genéricos, y de los cuales puede colegirse que es posible responsabilizar al Estado por una omisión frente a aquellos deberes. Tal determinación debe hacerse con criterio estricto, analizando los cuatro extremos desarrollado en *Mosca* y considerando, asimismo, los bienes jurídicos en juego y las consecuencias generalizables que la decisión por tomar pueda implicar”.⁷

En esta línea, en el Foro de Políticas de Estado-espacio constituido dentro del Máximo Tribunal orientado al debate participativo como pilar del estado de derecho-, Lorenzetti se refirió sobre los **DESC y su implementación en la jurisprudencia de la Corte, enfatizando** en la necesidad de pensar a largo plazo, más allá de los acontecimientos cotidianos. La noción de DESC (vivienda digna, alimentación, agua potable, jubilaciones, derecho a las prestaciones de salud) trae consigo la existencia de una obligación de hacer por parte del Estado y la utilización de sentencias exhortativas por parte de los tribunales de justicia.

Lo cierto es que el contenido del DESC depende del caso concreto y va cambiando constantemente, con lo cual también varía el alcance del compromiso estatal. Es el poder judicial quien debe hacer respetar los bienes primarios mínimos, aunque con el cuidado de no violentar la división de poderes que garantiza nuestro régimen republicano de gobierno. La nueva Ley N° 26.944 ha marcado en este punto un límite a los jueces cuya compatibilidad con los mandatos en materia de DESC es, por cierto, dudosa

En efecto, 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.

Por su parte, en el inciso b) del artículo 4° -responsabilidad por actividad legítima-, se contempla el requisito de la imputabilidad material, pero no se menciona a la inactividad estatal, como sí se lo hace en el inciso b) del art. 3° en el que se establece el mismo requisito para la responsabilidad ilegítima. Ello nos lleva a pensar que, a pesar de no mediar razones que lo justifiquen, el legislador ha pretendido excluir la responsabilidad estatal provocada por omisiones legítimas. Esta sería la hipótesis que han expuesto Canda y Comadira(h)⁸ cuando el Estado omite obrar lícitamente, generando con su inactividad un perjuicio que, en razón de constituir un sacrificio especial para quien padece la omisión legal, corresponde sea indemnizado.

II. Reflexiones finales

Schmidt Assman enseña que el derecho fundamental es susceptible de defensa sin necesidad de la ley frente a las intervenciones estatales.⁹ Es verdad que es el legislador quien debe fijar el esquema esencial para la protección de cada derecho fundamental, pero ¿qué ocurre si está consagrado de manera genérica en la Constitución Nacional pero aún no ha sido reglamentado? ¿Significa esto que el derecho no resulta exigible?

Consideramos que la respuesta negativa se impone. Como en la Ley N° 26.944 no está prevista tal omisión, son entonces los tribunales de justicia quienes deberán tutelar los derechos en juego mediante un test de ponderación entre fines, medios e interpretación integral de la normativa aplicable a cada caso concreto.

⁵ Considerando 6 del caso *Mosca*.

⁶ Fallos: 321:1124.

⁷ CANDA, Fabián O. (2008) en ob. citada, pág. 174.

⁸ CANDA, Fabián O. (2008) en ob. citada, pág. 146.

⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.