

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION EN AUSENCIA DE UN DEBER NORMATIVO: UN RETROCESO EN LA PREVENCIÓN DE DAÑOS

Resumen

La irresponsabilidad del Estado por falta de servicio por omisión irregular cuando no existe un deber normativo de actuación expreso y determinado, conforme el artículo 3 inciso d de la ley 26.449 de Responsabilidad del Estado, viola el deber constitucional y convencional de prevención de daños, genera un privilegio injusto en favor del Estado y supone un retroceso en la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Meydac, Marina Fernanda¹

Introducción

El 2 de julio de 2014 se sancionó la ley federal de Responsabilidad del Estado N° 26.944 aplicable al Estado Nacional y a las Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires que adhieran a sus términos para la regulación de la responsabilidad estatal en sus respectivos ámbitos territoriales.

La existencia de una ley especial para regular la responsabilidad del Estado se encuentra en consonancia con el artículo 1765 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone que la responsabilidad del Estado se rige por normas y principios del derecho administrativo nacional o local y el 1764 que establece que las disposiciones del Código sobre responsabilidad civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado, directa ni subsidiariamente.

El anteproyecto del Código Civil y Comercial en estos artículos contenía una regulación diversa. No delegaba la determinación de la responsabilidad del Estado a normas especiales, sino que la regulaba en base a los criterios sentados por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional modificó el anteproyecto y remitió al Congreso la regulación que finalmente rige en la actualidad, que impide aplicar las normas del Código Civil y Comercial a la responsabilidad del Estado.

En razón de ello, el Estado Nacional y cada Provincia -por adhesión a la norma nacional o no- han determinado el alcance y contenido de su responsabilidad y han regulado aspectos elementales de ésta, como los presupuestos de procedencia, los factores de atribución, el daño resarcible, entre otros.

En consecuencia, el Estado posee un régimen autónomo, especial y, como se verá seguidamente, privilegiado en comparación con el resto de las personas, lo que le ha permitido excusar su responsabilidad en situaciones donde debiera haberse previsto, prevenido y resarcido el daño.

Específicamente, la presente ponencia tiene por objeto considerar la regulación de la responsabilidad del Estado en el supuesto de falta de servicio por omisión irregular en el actuar, a fin de analizar si, a la luz de los principios y normas

¹ Maestrando en Derecho Privado de la Universidad de Buenos Aires.

constitucionales y convencionales, la ley 26.944 ha restringido la función preventiva a cargo del Estado en virtud de que, sencilla y absurdamente, a la postre no tendría responsabilidad.

Regulación de la responsabilidad del Estado en el supuesto de falta de servicio por omisión irregular en el actuar

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado ha transitado por diversas etapas. En un primer momento, se consideraba que no podía serle atribuida responsabilidad alguna ya que, al actuar como poder público, era considerado como soberano y no respondía por los daños ocasionados a particulares. Posteriormente, se le reconoció responsabilidad extracontractual sobre la base de los artículos 1109, 1112 y 1113 del Código Civil de Vélez Sarsfield. Finalmente, la Corte Nacional determinó que su responsabilidad es directa y fundada en un factor de atribución objetivo, lo que consolidó su deber de indemnizar los daños que cause su actividad lícita e ilícita².

En la actualidad, no caben dudas de que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Así lo definió la Corte Suprema Nacional en el caso “Vadell”³, donde resaltó que debe responder de modo principal y directo por las actividades que realicen los órganos o funcionarios del Estado para el desenvolvimiento de sus fines.

La falta de servicio ha sido definida por el Máximo Tribunal como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, que entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño⁴. Este concepto ha sido reproducido por algunas Provincias que han dictado sus propias normas de responsabilidad⁵.

La responsabilidad del Estado por omisión fue objeto de consideración por la Corte Suprema en el caso “Mosca”⁶, donde valoró la procedencia de los cuatro recaudos enunciados precedentemente.

Respecto de la naturaleza de la actividad, distinguió entre omisiones a mandatos expresos y determinados de una regla de derecho (criterio restringido) -donde se identifica claramente la falta de servicio-, de aquellos casos donde el Estado está obligado a cumplir objetivos fijados por la ley de un modo general e indeterminado (criterio amplio). En este último caso, frente a mandatos jurídicos indeterminados, el Tribunal expuso que la responsabilidad civil debía ser motivo de un juicio estricto, ponderando los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.

Luego de analizar los medios de que dispone el servicio y el lazo que une a la víctima con éste, consideró el grado de previsibilidad del daño conforme la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas.

Finalmente, se preocupó por aclarar que no es razonable que el Estado se encuentre obligado a que ningún habitante sufra daños, lo que implicaría incurrir en

² CALVO COSTA, C. A., “Derecho de las obligaciones”, Tomo II, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 2da. ed., págs. 418-419.

³ CSJN, 18/12/1984, “Vadell, Jorge F. c/Provincia de Buenos Aires”, LL 1.985-B, 3.

⁴ CSJN, 28/04/1998, “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”, Fallos 321:1124.

⁵ Ley 8968 de la Provincia de Mendoza, ley 10.636 de la Provincia de Entre Ríos.

⁶ CSJN, 06/03/2007, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 330:563.

excesivos costos y lesionar libertades, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables.

Asimismo, en el reciente precedente “Gonzalez”⁷, resuelto bajo la aplicación del Código Civil, la Corte reiteró la exigencia de analizar la responsabilidad del Estado por falta de servicio bajo la valoración de estos recaudos.

En función de los criterios jurisprudenciales expuestos, corresponde entonces analizar la regulación formulada por la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional.

La ley 26.944 receptó expresamente el criterio jurisprudencial del caso “Vadell”, siendo que el artículo 1 expresa que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

El artículo 3 regula la responsabilidad estatal en caso de actividad o inactividad ilegítima, exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos para su procedencia, los que ya eran valorados por la jurisprudencia.

Sin embargo, el inciso d contempla una nueva exigencia en los casos de omisiones, a saber: “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.”

La norma reproducida establece que los daños producidos por falta de servicio por una omisión en el obrar del Estado sólo serán resarcibles si existe una norma expresa que imponga un deber de actuar y éste fuera incumplido. El análisis comparativo de esta norma con los criterios jurisprudenciales expuestos permite concluir que la ley ha regulado una responsabilidad menos gravosa o, más bien, ha admitido la existencia de supuestos de “irresponsabilidad”.

Previo a la entrada en vigencia de la ley 26.944, la jurisprudencia de la Corte consideraba que no se descartaba de plano la posibilidad de responsabilizar al Estado por el incumplimiento de objetivos fijados por la ley de modo general e indeterminado, sino que adoptaba un criterio cauteloso, por cuanto las omisiones a deberes genéricos debían ser motivo de un juicio estricto⁸. Es así que la Ley de Responsabilidad del Estado ha provocado un pernicioso cambio de criterio para juzgar la responsabilidad.

Sin embargo, debe resaltarse que no todas las Provincias han adoptado este lineamiento respecto de la responsabilidad por omisión, como es el caso de la Provincia de Mendoza, que la ha regulado conforme los criterios de la Corte: no exige que exista una norma expresa para que el Estado sea responsable por omisiones de deberes indeterminados, sino que la misma será procedente si se comprueban ciertos requisitos⁹.

En mérito a la diferencia de criterios señalada, es pertinente analizar si la Ley de Responsabilidad del Estado dictada por el Congreso de la Nación en 2014 supuso una “involución” normativa que no contempló la “evolución” jurisprudencial, si

⁷ CSJN, 06/09/2022, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa González, Domingo Avelino c/ Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios”, Fallos: 345:884.

⁸ CANDA, F. O., “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”, 14/08/2015, El Dial DC1FA0.

⁹ Ley 8968 Mendoza, art. 8: “La omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica el incumplimiento de una obligación de actuación determinada normativamente y de manera expresa; o de deberes indeterminados, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: a) Existencia de un interés jurídicamente relevante, cualitativa o cuantitativamente; b) Necesidad material de actuar para tutelar dicho interés; c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar estatal y la utilidad que se consigue con su accionar.”

la norma induce al Estado a excusarse de prevenir situaciones dañosas y si, a la postre, terminó convirtiéndose en una norma violatoria de garantías y obligaciones constitucionales y convencionales.

Aplicación jurisprudencial: ¿Evolución o involución?

La irrupción del cambio de criterio impuesto por la Ley 26.944, sin dudas, significó un retroceso en la evolución jurisprudencial que se estaba desarrollando sobre la responsabilidad del Estado.

Bajo la jurisprudencia de la Corte, en los casos de omisiones a mandatos generales e indeterminados, se exigía un juicio estricto para determinar su procedencia¹⁰, pero no que hubiese sido dictada una norma en específico que imponga un deber de actuación expreso y determinado.

Para ejemplificar la afectación es dable referirse a una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que se pronunció sobre la responsabilidad de la Provincia bajo la aplicación de la Ley Nacional 26.944, aun cuando posteriormente no se hubiera adherido, en razón de que, a la fecha del hecho dañoso, aún no había sido sancionada la norma provincial.

La sentencia fue dictada a raíz de la acción de daños y perjuicios iniciada por una menor contra la Provincia de Mendoza por las consecuencias dañosas sufridas en un siniestro vial donde fue atropellada por un particular mientras atravesaba la senda peatonal, sufriendo lesiones de extrema gravedad que pusieron en riesgo su vida. El factor de atribución invocado para responsabilizar a la Provincia fue la omisión en el control específico de la conducción de automotores por parte del autor del hecho, quien ya había sido sancionado ocho veces por ebriedad e intoxicación alcohólica. Dado que el Estado no contaba con una ley que permitiera imponerle un tratamiento de rehabilitación, inhabilitación ni otra medida suficiente, se le reintegraba el carnet y el vehículo contra el pago de la multa vial. La parte actora sostuvo que, si el Estado Provincial hubiera prestado el servicio adecuadamente, el conductor no habría estado habilitado para conducir, pero, por el contrario, éste continuaba haciéndolo con la autorización y la aquiescencia del poder público.

En primera y segunda instancia fue admitida la responsabilidad de la Provincia, pero la sentencia de la Suprema Corte desestimó su procedencia sobre la base de que no existió una omisión antijurídica que pudiera serle atribuida. Reconoció el cambio de criterio, sosteniendo que, pese a que la Corte Federal también impuso responsabilidad al Estado no sólo en casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho sino también en casos en los que está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley de un modo general e indeterminado como propósitos a lograr en la mejor medida posible, la actual legislación agrava los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión antijurídica al exigir la existencia previa de un deber normativo expreso y determinado que resulte incumplido¹¹.

¹⁰ CSJN, 21/12/2010, “P. DE P. E.P. y Otro c/ Gobierno de la Provincia de Córdoba S/Ordinario”, Fallos: 333:2426.

¹¹ SCJ Mendoza, 23/02/2023, “Provincia De Mendoza En J° 13-04896618-1 (200271) / 31007 Gimenez, Marcelo Antonio p/si y p/ su Hija Candela Gimenez Gonzalez, Gonzalez Maria Alejandra p/si y p/ su Hija Candela Gimenez Gonzalez Y Gimenez Sofia C/ Scollo, Hugo Armando y Ots. p/ Daños y Perjuicios p/ Recurso Extraordinario Provincia”, El Dial MZ577D.

Este mismo Tribunal, años antes, había dictado una sentencia muy resonante conocida como “Torres”¹², donde resolvió que, en los casos de omisiones, lo que se exige es que el Estado se enfrente a una situación en la cual está obligado a actuar, no siendo menester que esa obligación sea expresa sino que basta con que se den tres requisitos: a) la existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa, b) la necesidad material en actuar para tutelar el interés, c) la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar.

El caso reseñado permite dimensionar lo absurdo que es pensar que la joven podría haber obtenido una reparación integral bajo los criterios jurisprudenciales anteriores y que ello no ha acontecido por la vigencia de la norma jurídica nacional que limitó la responsabilidad sólo a casos donde exista un deber normativo expreso y determinado que haya sido incumplido, lo que ha motivado que los Tribunales cambien los criterios. La propia sentencia analizada menciona que la actual legislación “agrava” los requisitos de procedencia de la responsabilidad.

Entonces, ¿supone esta norma un desarrollo progresivo para la protección de las personas?

Resulta evidente que el Estado ha retrocedido en la protección de los derechos, que ha claudicado en brindar seguridad y que se ha refugiado en la exigencia de normas expresas para responsabilizarse por sus omisiones cuando, irónicamente, es el propio responsable de que las normas existan.

Efectos sobre la función preventiva a la luz de principios constitucionales y convencionales

El deber de control es una tarea intrínseca del Estado. Éste se encuentra a su cargo por diversas regulaciones legales, por atribuciones e imposiciones constitucionales y, principalmente, porque surge de su propia razón de ser y de los fines de su existencia.

La tarea de control exige que el Estado cumpla las normas impuestas, que cree nuevas para contemplar supuestos no previstos anteriormente y que existan criterios razonables para evaluar si, pese a no existir una regulación específica, ha incurrido en responsabilidad por incumplimiento de sus funciones propias.

La ley 26.944 contempla sólo el primero de los supuestos para el caso de falta de servicio por omisión: que el Estado no haya cumplido con una norma expresa.

Mosset Iturraspe, al opinar sobre esta ley, ha sostenido que debió apreciarse que el Estado puede ser responsable aun cuando haya violado la regla de previsibilidad que se exige a toda organización y que la limitación de responsabilidad del Estado por falta de servicio por la exigencia de un deber expreso y determinado también refleja una limitación de responsabilidad en razón de que no existen normas para las diversas actividades de éste, sino que las mismas son derivadas, no escritas o sobreentendidas¹³.

Como ha sido expuesto, el criterio de la Corte Nacional no era restrictivo antes de la sanción de la Ley de Responsabilidad del Estado. Recientemente, el Procurador tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad de la Provincia

¹² SCJ Mendoza, 04/04/1989, “Poder Ejecutivo de la Provincia en J: Torres Francisco Provincia de Mendoza Daños y Perjuicios - Inconstitucionalidad - Casacion”, El Foro de Cuyo FC-I-CCXCIII-296.

¹³ MOSSET ITURRASPE, J., “Criterios acerca de la responsabilidad del Estado”, en ROSATTI, H. (Ed.), “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, 1era. ed., pág. 247.

de Tucumán por la falta de previsión y omisión en el control de la crecida de un río en una zona turística que provocó la muerte de un menor y su padre en el año 2005¹⁴. En el dictamen, analizó la procedencia de los recaudos para determinar la configuración de una omisión, valorando “los medios del servicio” y “el grado de previsibilidad del daño”. Respecto a este último, consideró que debe ponderarse si estamos frente a “lo esperado” -en cuyo caso el Estado debe evitar que el evento suceda y su responsabilidad es inexorable-, lo “esperable” -donde el Estado debe prevenir y su responsabilidad es verosímil-, o lo inesperado” -en cuyo caso la responsabilidad es la excepción-. La sentencia de la Corte, dictada bajo el régimen del Código Civil, consideró que la falta de servicio exige una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad estatal, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Resolvió atribuyendo responsabilidad a la Provincia, por cuanto sostuvo que los peligros de la crecida de los ríos en los meses de verano son de público conocimiento y ello justificaba un pormenorizado tratamiento para prevenir los daños.

El caso descrito permite dimensionar la inquietud que genera el artículo 3 de la ley 26.944: al no ser responsable el Estado en casos donde no hay un deber normativo determinado y expreso, ¿qué incentivos tiene el Estado para cumplir acabadamente la función preventiva si a la postre no será condenado? Por otro lado, ¿todos los casos requieren un deber normativo expreso para que el Estado ejerza acciones de prevención o hay situaciones donde su obligación de intervenir surge evidente conforme los fines de su existencia, la naturaleza de los hechos y el grado de previsibilidad de que los daños se produzcan?

Concretamente, en los casos analizados, el control y sanción de conductores con reiteradas infracciones por alcoholemia y la realización de tareas de defensa civil en zonas turísticas se encuentran indubitablemente a cargo del Estado -haya o no una norma específica para cada caso concreto-, no sólo por ser el dueño de la información, sino también porque tiene a su cargo estas funciones en forma privativa. Queda bajo su responsabilidad el deber de representarse una hipótesis dañosa frente a un hecho concreto y conocido e intervenir en pos de evitar su causación o agravamiento.

Desde una perspectiva económica, también debe dimensionarse que mientras más énfasis se haga en la prevención, menos daños se producirán y ello devendrá en un beneficio para la vida de las personas, para los bienes privados y públicos y para todos los derechos jurídicamente tutelables. Pero, para ello, los daños deben tener un responsable que asuma el costo de una gran indemnización que lo impulse a prevenir mejor. Ello no se concreta si se dictan normas de irresponsabilidad.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Velazquez Rodriguez vs. Honduras”¹⁵, analizó precisamente el tema y concluyó que lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos tuvo lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste actuó de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. Ejemplifica que podría existir un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable al Estado por ser obra de un particular, pero puede ser responsabilizable internacionalmente, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención, por inobservancia de sus deberes de respetar y de garantizar los derechos.

¹⁴ CSJN, 06/09/2022, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa González, Domingo Avelino c/ Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios”, Fallos: 333:2426.

¹⁵ Corte IDH, 29/07/1988, “Velazquez Rodriguez vs. Honduras”.

Este Máximo Tribunal Interamericano ha sostenido que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida, no correspondiendo imponerles a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Pero, para que surja la obligación positiva, debe establecerse que, al momento de los hechos, las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediata para la vida de un individuo o un grupo de individuos determinados y que no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo¹⁶. Asimismo, es un criterio invertebrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los Estados son responsables por las omisiones legislativas, es decir, por no dictar normas suficientes que protejan los derechos humanos de sus habitantes.

En consecuencia, las obligaciones contraídas internacionalmente imponen que el Estado deba asumir una función de prevención amplia, basada en el razonable conocimiento de las circunstancias y la previsibilidad de que acontezca un daño. Por el contrario, la ley 26.944 desalienta que el Estado lleve a cabo acciones de previsión, prevención y mitigación de riesgos, no reconociendo responsabilidad a su cargo cuando no existe un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Privilegio especial pero injusto

Concretamente, el Estado ha creado un privilegio especial para sí mismo. La ley 26.944 excluye la aplicación de las normas del Código Civil, pero su normativa resulta ser más laxa que la que éste impone a los particulares. A su vez, se desentiende de los principios y normas constitucionales y convencionales, a las que él mismo se obligó.

Por ello, no puede admitirse la aplicación irrestricta y literal del artículo 3 inciso d de la ley 26.944 cuando de las circunstancias surja que, razonablemente, el Estado tenía el deber de actuar y prevenir el daño, conforme los criterios elaborados por los Máximos Tribunales Nacional e Interamericano.

La desigualdad que genera este precepto es claramente expuesta por Mosset Iturraspe: “Esta ley ubica a la responsabilidad del Estado en una categoría especial y fuera del Código Civil y contrariando muchos de los principios generales establecidos en esta materia, y esta desigualdad de trato puede ser considerada inconstitucional al violar, entre otros, el principio de la reparación justa e integral y establecer una diferencia de trato según el autor o responsable del daño. La ley se rige principalmente por categorías de Derecho Público y excluye toda posibilidad de aplicación del Derecho Civil, contrariando la rica historia jurisprudencial y doctrinaria de nuestro país y abriendo las puertas de un mosaico legislativo constitucional provincial que ha de generar diversos problemas...”¹⁷

El *alterum non laedere* es una regla de derecho con consagración constitucional aplicable a todos los sujetos sin distinción, por ello frente a un daño ocasionado por acción u omisión del Estado, aun cuando no se encuentre previsto expresamente, tiene un deber incumplido¹⁸. Este deber de no dañar -y consecuentemente el derecho a la integridad psico-física de las personas- es un derecho humano que merece

¹⁶ Comisión IDH, “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos”, CIDH/ OEA, 10/05/2010. En idéntico sentido, Corte IDH, 24/08/2010, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay”.

¹⁷ MOSSET ITURRASPE, J. “Criterios acerca de la Responsabilidad ...” Ob. Cit., pág. 246.

¹⁸ ALTERINI, J. H., “Código Civil y Comercial Comentado”, Tomo VIII, Ed. La Ley, CABA, 2019, 3era. ed., pág.493.

la mayor protección y que, conforme jurisprudencia de la Corte Nacional, se encuentra implícitamente reconocido por el artículo 19 de la Constitución Nacional¹⁹.

Este retroceso sobre el reconocimiento de obligaciones y responsabilidades es contrario al principio de igualdad, dado que la prohibición de no dañar del artículo 19 de la Constitución Nacional no distingue sobre la identidad del dañador, como acertadamente enseña Matilde Zavala de Gonzalez²⁰.

Conclusiones

El requerimiento de un deber normativo de actuación expreso y determinado impuesto por el artículo 3 inciso d de la ley 26.944, puede constituir un aliciente para que el Estado claudique en su función preventiva y ello debe ser, indefectiblemente, analizado bajo la preeminencia de las normas constitucionales y convencionales.

Concretamente, la norma supone un retroceso – sino destrucción- de años de desarrollo jurisprudencial en la materia, en aras a cumplimentar las exigencias convencionales en cuanto a que la tutela de los derechos debe ser progresiva y no regresiva.

Frente a estas situaciones, la Corte Nacional ha sostenido en “Rodríguez Pereyra”²¹ que los magistrados deben examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional y abstenerse de aplicarlas si se oponen a ella. A partir de 1994, también deben tenerse en cuenta las directivas del derecho internacional de los derechos humanos y los jueces deben velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, considerando no sólo el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.

También ha sostenido en “Saguir”²² que cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de su texto conduzca a resultados que no armonicen con los principios axiológicos y se arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias del caso, se debe dar preeminencia a su espíritu, a los fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho ya que, de lo contrario, aplicar la ley sería una tarea mecánica. Por ello, la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y judicial.

La doctrina también ha manifestado que, antes de la declaración de inconstitucionalidad, podría acudirse a una exégesis amplia y flexibilizar el concepto de “deber de actuación expreso y determinado” de modo que comprenda también casos donde el mandato resulte de una ponderación integral de todo el ordenamiento jurídico, incluyendo los principios rectores, acercándose a la jurisprudencia de la Corte²³. En similar sentido, se ha sostenido que no se puede abdicar en responsabilizar al Estado cuando, pese a no estar normada la conducta de la administración, se vulneren los

¹⁹ CSJN, 10/08/2017, “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención Art S.A. y Otros s/Accidente - Inc. y Cas.”, Fallos: 340:1038.

²⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., “Responsabilidad Civil en el Nuevo Código”, tomo IV, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2019, 1era. ed., pág.125.

²¹ CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez, Pereyra Jorge Luis y Otra c/ Ejercito Argentino s/ Daños y Perjuicios”, Fallos: 335:2333.

²² CSJN, 06/11/1980, “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, SAIJ: FA80000000.

²³ GALDOS, J. M. “La responsabilidad civil”, tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, 1era. ed., págs. 458-459.

principios de razonabilidad y de no dañar a otro, con sustento en los artículos 28 y 19 de la Constitución Nacional²⁴.

Criterios como éstos deben regir las decisiones judiciales donde se debatan derechos fundamentales y el Estado se escude en la exigencia de un deber normativo de actuación expreso y determinado para justificar su falta de prevención e irresponsabilidad. La interpretación de estas situaciones a la luz de las bases de la constitucionalización del derecho privado permitirá arribar a soluciones justas y que supongan un progreso en la protección de los derechos, no una regresión bajo una interpretación sesgada de normas restrictivas.

La irresponsabilidad del Estado por falta de servicio por omisión irregular cuando no existe un deber normativo de actuación expreso y determinado conforme el artículo 3 inciso d de la ley 26.449 de Responsabilidad del Estado, viola el deber constitucional y convencional de prevención de daños, genera un privilegio injusto en favor del Estado y supone un retroceso en la protección de los derechos fundamentales de las personas.

²⁴ THOMAS, G. J., “Responsabilidad del Estado”, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2016, 1era. ed., págs. 382-383.