

CAPÍTULO XXXIII

UNA MIRADA CRÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS. UN CAMINO A RECORRER DESPUÉS DEL CASO “MOSCA”

Por MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS

SUMARIO

1. Introducción	659
2. En la búsqueda de un fundamento para la responsabilidad del Estado por omisión y los casos <i>Zacarías</i> y <i>Mosca</i>	660
3. Una mirada crítica sobre la prestación del servicio de seguridad en el caso <i>Mosca</i>	663
3.1. La naturaleza de la actividad	664
3.2. Adopción de medios razonables para el cumplimiento del servicio de seguridad.....	667
3.3. El lazo que une a la víctima con el servicio.....	668
3.4. El grado de previsibilidad del daño	669
4. Conclusiones	670

Capítulo XXXIII

UNA MIRADA CRÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS. UN CAMINO A RECORRER DESPUÉS DEL CASO “MOSCA”^{1, 2}

Por MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS

1. Introducción

El tema de la responsabilidad extracontractual del Estado ha concitado el interés de numerosos y prestigiosos autores en nuestro país.³

Por respeto a tan calificados trabajos y a la extensión concedida al presente artículo, recordamos muy sencillamente que de la jurisprudencia de la Corte Suprema se contempla un “perfeccionamiento”⁴ en el reconocimiento de la res-

¹ Publicado originalmente en *LL*, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 aniversario, agosto de 2010, pp. 299-306.

² “Mas nadie se crea ofendido pues a ninguno incomodo— y si canto de este modo por encontrarlo oportuno— es para mal de nadie sino para bien de todos.” (HERNÁNDEZ, JOSÉ, *Martín Fierro*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina S.A., 1991, p. 206.)

³ BARRAZA, JAVIER I., Responsabilidad extracontractual del Estado, Buenos Aires, La Ley, 2003; CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2006, 8ª ed. actualizada, Título Tercero; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., caps. XIX, XX y XXI; MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, e-book, 2006, 1ª ed.; PERRINO, PABLO E., “La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio,” *ED*, 185-781; REIRIZ, MARÍA G., *Responsabilidad del Estado*, 1969, Buenos Aires, EUDEBA, 1969; REIRIZ, MARÍA G., “Responsabilidad del Estado,” en AA.VV., *El Derecho Administrativo Argentino, hoy*, Jornadas sobre Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, v. 1, pp. 220-229.

⁴ Este “perfeccionamiento” debe ser entendido, como bien señala GORDILLO, como progreso “en información, en fallos, en publicaciones, pero no en la realidad: Los daños se siguen cometiendo y las indemnizaciones llegan cada vez menos y más menguadas a los perjudicados. Casi nadie se ve enteramente reparado de su daño, mucho menos en un tiempo razonable. Todos los tiempos son irrazonables y, como se verá, las sumas también.” (GORDILLO, *op. cit.*, cap. XXI, § 2, p. XXI-I.) Invitamos a los lectores a una lectura completa del citado capítulo XXI para comprender la realidad de la responsabilidad del Estado a partir de la experiencia de medio siglo del autor.

ponsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita a través de los casos *Devoto*, *Ferrocarril Oeste* y *Vadell*.⁵

Luego de un largo camino, a partir de la doctrina del fallo *Vadell* la imputación de responsabilidad del Estado ya no será indirecta sino directa por los actos o hechos de sus funcionarios que no son dependientes sino órganos de la administración (teoría del órgano), y el factor de atribución dejará de ser la culpa del agente para ser el funcionamiento irregular o defectuoso de la administración por acción u omisión (falta de servicio) que produce el daño.

En particular, la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha sido restrictiva en el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisiones antijurídicas.

En efecto, existe en esta materia una tendencia limitada a reconocer la responsabilidad del Estado pues siempre subyace la idea de que es necesario adoptar soluciones que se ajusten a la realidad económica y parece injusto —en palabras de MACAREL— que el Estado se convierta en el eterno asegurador de todos los daños.⁶

2. En la búsqueda de un fundamento para la responsabilidad del Estado por omisión y los casos *Zacarías* y *Mosca*

La doctrina se ha mostrado dividida en su búsqueda de justificar normativamente la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en razón de sus omisiones antijurídicas ante la ausencia de una norma específica de derecho público que regule la materia.

En virtud de ello, los autores acuden, por vía de la analogía, a la aplicación de diversas normas contenidas en el Código Civil.

Por un lado, MARIENHOFF, CASSAGNE, MERTEHIKIAN, BARRAZA y LAMOGLIA se inclinan por la aplicación del art. 1074 del Código Civil al ámbito de la responsabilidad del Estado por sus omisiones antijurídicas.

MARIENHOFF señala que el art. 1074 establece el criterio general de atribución de responsabilidad extracontractual del Estado por omisiones ilícitas, mientras que el art. 1112 rige específicamente en los supuestos de omisiones de los fun-

⁵ Ampliar en CASSAGNE, JUAN C., "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema," *LL*, 2000-D, 1219, y CASSAGNE, JUAN C., "Las tendencias actuales sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte," *RAP*, 326: 53.

⁶ Aunque tal afirmación está referida en el caso de admitirse el lucro cesante por responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en: MACAREL, "Una vuelta de tuerca en la jurisprudencia de la Corte: el alcance de la doctrina del caso «Sanchez Granel»," *LL*, 1989-D, 26. También ver: GAMBIER, BELTRAN, "Algunas reflexiones en tomo a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia," *LL*, 1990-E, 618, y GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., *Los daños colectivos y la reparación*, Buenos Aires, Universidad, 1993, p. 147.

cionarios públicos por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas.⁷

CASSAGNE afirma que la responsabilidad estatal por un acto omisivo se determina cuando se configura una falta de servicio, concebida como una omisión antijurídica que se genera por el incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita (art. 1074) y no de un deber genérico y difuso.⁸

MERTEHIKIAN comparte la solución basada en el art.1074, aunque, a su entender, ella no podrá abstraerse de la atribución subjetiva de responsabilidad que predomina en el sistema del Código Civil, por esa razón, la omisión debe ser cometida con dolo, culpa o negligencia en los términos de los arts. 512, 902 y 1109 del citado cuerpo legal.⁹

BARRAZA acude al art. 1074 para regular la responsabilidad del Estado por omisión, recordando que a partir del caso *Los Lagos* se admite la aplicación de los principios y normas del derecho civil al derecho administrativo, pero siempre haciendo las discriminaciones que impone la peculiar naturaleza de esta rama del derecho.¹⁰

LAMOGLIA sostiene que, cuando el Estado o sus entidades incumplen una obligación legal expresa o implícita (art. 1074) y no el mero deber administrativo genérico, se configura la omisión antijurídica, tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa.¹¹

Desde otra vertiente, GORDILLO, GAMBIER, COVIELLO y COMADIRA (h.) sostienen que resulta aplicable el art. 1112 del Código Civil (falta de servicio) para fundar la responsabilidad del Estado por sus omisiones antijurídicas.

GORDILLO enseña que la omisión que genera responsabilidad del funcionario no existe con referencia a una “obligación de cumplir el hecho omitido” (art. 1074), sino a una “regular ejecución de las obligaciones legales” o “el ejercicio irregular de sus cargos” (art. 1677, Proyecto de 1998), lo que puede darse aunque no haya habido omisión de un hecho expresamente ordenado por una norma jurídica. En orden a clarificar su postura, señala que el criterio para juzgar la omisión de un

⁷ MARIENHOFF, MIGUEL S., “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud «omisiva» en el ámbito del derecho público,” *Revista de Derecho Administrativo*, N° 18 a 20, Año 7, pp. 196-201.

⁸ CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. 1, *op. cit.*, pp. 503-505.

⁹ MERTEHIKIAN, *op. cit.*, p. 198. Tal parecer es criticado por COMADIRA (h.) —cuya posición compartimos— al señalar que su razonamiento soslaya que la aplicación de las normas y principios del derecho civil no es, en principio, directa sino analógica, por ende, aún encuadrando el problema en el art. 1074 y no en el art. 1112, sería posible postular la teoría objetiva de la responsabilidad estatal por omisión (COMADIRA, JULIO P., “Algunas cuestiones que plantea la responsabilidad del Estado por omisión en el derecho administrativo argentino,” en HERNANDEZ MENDIBLE, VICTOR (coord.), *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, t. 3, Caracas, Ediciones Paredes. 2007, p. 2372.

¹⁰ BARRAZA, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹¹ LAMOGLIA, CARLOS M., “Responsabilidad del Estado por omisión,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Doctor Agustín Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 397-398.

funcionario no es el del art. 1074 —obligación legal de hacerlo— sino el del art. 1112 —cumplir regularmente su función—. En ambos casos se trata de obligaciones legales, pero en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo caso se trata de la omisión de un hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar correctamente la función asignada.¹²

GAMBIER, luego del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, estima que la omisión generadora de responsabilidad se encuadra dentro de la noción de falta de servicio que vincula la responsabilidad estatal con la noción de servicio público, por esa razón, es conducente analizar en cada caso concreto si los daños causados a los particulares se deben al funcionamiento irregular o defectuoso del servicio.¹³

COVIELLO considera que el art. 1112 da la solución para abarcar una amplia variedad de supuestos, que, por lo demás, han sido los que permitieron sustentar normativamente la responsabilidad estatal en el derecho argentino.¹⁴

Finalmente, COMADIRA entiende que lo relevante es el encuadre de la responsabilidad del Estado por omisión como una especie de responsabilidad extracontractual ilícita cuyo fundamento, según la doctrina de la Corte Suprema, es el art. 1112.¹⁵

Desde el plano jurisprudencial, en *Zacarías*¹⁶ la Corte Federal analiza la responsabilidad extracontractual del Estado provincial en espectáculos deportivos desde el prisma de la falta de servicio, aunque omitió citar expresamente el art. 1112 del Código Civil.

En dicho decisorio el Alto Tribunal señaló que para determinar la existencia de una falta de servicio¹⁷ —es decir “una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular”— se debe analizar ciertos extremos en el caso en concreto: a) La naturaleza de la actividad; b) los medios de que dispone el servicio; c) el lazo que une a la víctima con el servicio, y d) el grado de previsibilidad del daño.

Luego de establecer las referidas guías que nos permiten determinar si nos encontramos ante una falta de servicio, la Corte realizó un acotado análisis de

¹² GORDILLO, *op. cit.*, cap. XIX, § 7, pp. XIX-13-15.

¹³ GAMBIER, *op. cit.*, pp. 618 y 626.

¹⁴ COVIELLO, PEDRO J. J., “La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal: en especial, la responsabilidad por actividad lícita, la responsabilidad por omisión y la responsabilidad judicial,” *RAP*, 326: 522.

¹⁵ COMADIRA, *op. cit.*, pp. 2372-2373.

¹⁶ CSJN, *Zacarías*, 1998, *Fallos*, 321: 1125.

¹⁷ Ello, por supuesto, excede a los supuestos de omisiones ilícitas en el ejercicio de la función. (Conf. VEGA, SUSANA E. y ROTACHE, MARIA J., “La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso «Mosca.»” en AA.VV., *Responsabilidad del Estado. Jornada Homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 302.)

las mismas en el caso para concluir que no se había configurado una falta del servicio de seguridad por parte de la policía local.

Con posterioridad, la Corte Suprema siguió profundizando en esta línea de pensamiento al reafirmar en el caso *Mosca*¹⁸ que la responsabilidad extracontractual del Estado se trata de un juicio sobre la *prestación del servicio*, y no sólo volvió a reiterar las exigencias detalladas en *Zacarías* sino que realizó un estudio particular de dichos parámetros que la llevó a colegir la ausencia de una falta imputable a la Provincia de Buenos Aires.

En este sentido, concretamente puntualizó las pautas de caracterización de la falta de servicio por omisión, estableciendo dos clases de omisiones:¹⁹ a) Las omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, y b) las omisiones referidas a aquellos casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible.

3. Una mirada crítica sobre la prestación del servicio de seguridad en el caso Mosca

En la causa *Mosca* se ha probado que con fecha 30-XI-96 el actor condujo a un grupo de periodistas y fotógrafos hasta el estadio del Club Atlético Lanús, donde se llevó a cabo un partido de fútbol entre el conjunto local y el equipo del Club Atlético Independiente.

Habiendo el Sr. Mosca permanecido en las inmediaciones del estadio y faltando dos minutos para finalizar el evento deportivo, un grupo de simpatizantes del club local ingresó al sector de plateas bajas y comenzó a destrozar parte del piso, sillas y mampostería, arrojándolos a la cancha para tratar de impactar en los jugadores, árbitros y personal policial, lo que fue impedido por los efectivos policiales.

El actor fue alcanzado por un elemento contundente en el rostro —los autores de la lesión no pudieron ser identificados— siendo socorrido por unos policías que se encontraban dentro de un patrullero estacionado a unos dos metros de distancia, quienes lo trasladaron hasta una clínica de la zona.²⁰

La Corte Suprema rechaza la demanda entablada contra la Provincia de Buenos Aires por no advertir una falta imputable capaz de comprometer su responsabilidad.²¹

¹⁸ CSJN, *Mosca*, 2007, *Fallos*, 330: 563.

¹⁹ GORDILLO, *op. cit.*, cap. XIX, § 7, p. XIX-15, nota n° 48.

²⁰ CSJN, *Mosca*, 2007, *Fallos*, 330: 563, considerandos 3° y 6°.

²¹ No queremos olvidarnos otro avance jurisprudencial de la Corte al responsabilizar a la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) —además del Club Atlético Lanús— por las lesiones ocasionadas al actor, en razón de ser la organizadora y beneficiaria del espectáculo deportivo. Por no ser objeto del presente trabajo, sugerimos la lectura de los siguientes artículos doctrinarios:

Adelantamos que lo que sigue será un análisis crítico²² y respetuoso de las consideraciones tenidas en cuenta por el Alto Tribunal a la hora de examinar tales exigencias según los hechos del caso.²³

3.1. *La naturaleza de la actividad*

La Corte Suprema analiza la naturaleza de la actividad, esto es el ejercicio del poder de policía por parte del Estado en la prevención de los delitos.

En el caso *Ruiz* sentó una doctrina que fuera aplicada *sin dobleces* por la Corte a numerosos casos para eximir al Estado de su responsabilidad en el ejercicio de su deber de seguridad ya sea, entre otros, por los perjuicios derivados de accidentes de tránsito ocasionados por animales sueltos en la ruta y de accidentes sufridos en el ferrocarril.²⁴

En ese precedente sostuvo que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrado a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa.²⁵

Si bien en el fallo *Mosca* trae a la memoria la doctrina judicial del caso *Ruiz*, la Corte Suprema distingue la responsabilidad extracontractual del Estado por acción y por omisión y, luego, da un paso significativo al diferenciar: a) Las omisiones a *mandatos expresos y determinados* en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, y b) las omisiones referidas a aquellos casos en los que el Estado está obligado a cumplir una *serie de objetivos*

ALTERINI, Atilio A., "La responsabilidad del organizador de espectáculos deportivos (trascendencia social positiva del fallo de la Corte Suprema en la causa «Mosca»)," *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Buenos Aires, La Ley, Año IX, marzo de 2007, pp. 11-22; BORAGINA, JUAN C. / MEZA, JORGE A., "Responsabilidad por daños en espectáculos deportivos. La doctrina de la Corte Nacional," *JA*, 2007-II, 500; CASIELLO, JUAN J., "La Corte Suprema en el caso «Mosca» y las soluciones realistas en el tema de la responsabilidad por daños," *JA*, 2007-II, 508; CARRANZA TORRES, LUIS R., "La particular mecánica de la responsabilidad por daños en espectáculos deportivos," *ED*, 222-154; GARRIDO CORBOBERA, LIDIA M. R., "Mosca y la reparación de los daños con motivo de encuentros futbolísticos," *LL*, 2007-C, 118.

²² Tal posición crítica está fuertemente inspirada en el profundo dolor que nos produce las 249 víctimas de violencia contabilizadas a lo largo de la historia del fútbol argentino. (Consultar en www.salvemosalfutbol.com)

²³ GORDILLO, AGUSTIN, *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1997, cap. V.

²⁴ CSJN, *Ruiz*, 1989, *Fallos*, 312: 2138; CSJN, *Sarro*, 1990, *Fallos*, 313: 1636; CSJN, *Bertinat*, 2000, *Fallos*, 323: 305; CSJN, *Colavita*, 2000, *Fallos*, 323: 318; CSJN, *Tossini*, 2000, *Fallos*, 323: 2982; CSJN, *Santillán*, 2002, *Fallos*, 325: 3023; CSJN, *Expreso Hada SRL*, 2002, *Fallos*, 325: 1265; CSJN, *Ferreira*, 2003, *Fallos*, 326: 608; CSJN, *Monteros*, 2003, *Fallos*, 326: 1530; CSJN, *Pohlmann*, 2003, *Fallos*, 326: 2706.

²⁵ Tal doctrina judicial tiene su antecedente en el caso *Sosa, Miguel Angel c/ Gobierno Nacional, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y otros s/ cobro de pesos* de la Corte Suprema del 16-XII-82.

fijados por la ley solo de un modo *general e indeterminado*, como propósitos a lograr en la mejor medida posible.²⁶

En este último supuesto, sostiene que la determinación de la responsabilidad estatal por omisión a mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un análisis más exigente en donde se debe merituar los bienes jurídicos en juego y las consecuencias de la decisión a tomar en el conjunto de la comunidad.

En esta línea interpretativa, señala que el servicio de seguridad que debe prestar el Estado no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Escapa a la razón pretender que el Estado se encuentre obligado a brindar una protección ilimitada para evitar cualquier daño a los habitantes.

Sin embargo, creemos que primero debiera analizarse concretamente si nos encontramos frente a una omisión del deber de seguridad a mandatos jurídicos expresos y determinados o a mandatos jurídicos revelados de un modo general e indeterminado.

Respecto a la primera hipótesis, VEGA y ROTAECHE recuerdan que en los casos *Barreto*²⁷ y *Juárez*²⁸ la Corte realizó el estudio del régimen de seguridad pública que especifica las funciones y obligaciones del personal que la integra para determinar si se configuró el cumplimiento defectuoso del servicio de seguridad.²⁹

Con motivo de espectáculos deportivos, el Estado tiene una fuerte y progresiva injerencia a la hora de brindar una eficiente seguridad a los asistentes —jugadores, árbitros, dirigentes, espectadores y demás personas que concurren al evento— pues es quien determina los estadios habilitados y las instalaciones que debe poseer, la calificación del riesgo del espectáculo, el número efectivos policiales para cada evento deportivo, la cantidad de policía adicional, los lugares de ingreso y egreso de las parcialidades local y visitante y la oportunidad en el egreso de cada una de ellas, etc., todo ello según las disposiciones legales y reglamentarias dictadas al efecto.

En el caso *Mosca* el Alto Tribunal determinó que nos encontramos en la segunda hipótesis pues, a su entender, se trata de una omisión imputada al Estado provincial referida a mandatos expuestos en una norma jurídica de un modo general e indeterminado.

Sin embargo, la Corte tampoco ha analizado concretamente cuáles son esos objetivos fijados por la ley de un modo general e indeterminado que condicionan

²⁶ Cabe aclarar que en los casos de daños derivados de accidentes de tránsito ocurridos por colisión de equinos, la Corte sostuvo que el incumplimiento de obligaciones determinadas es el único supuesto en el que podría configurarse la responsabilidad estatal por omisión. (CSJN, *Bianchi*, 2006, *Fallos*, 329: 4944; CSJN, *Cleland*, 2007, *Fallos*, 330: 2570, voto del juez LORENZETTI.)

²⁷ CSJN, *Barreto*, 2006, *Fallos*, 329: 759.

²⁸ CSJN, *Juarez*, 2007, *Fallos*, 330: 4113.

²⁹ VEGA / ROTAECHE, *op. cit.*, pp. 310-311.

la prestación del servicio de seguridad en espectáculos deportivos. No existe un deber de evitar todo daño, pero ese deber debe prestarse conforme a una serie de mandatos fijados de un modo general e indeterminado en el régimen de seguridad pública que no fueron revelados en la sentencia.

En tal sentido, el Estado ha llevado adelante una política de seguridad y organización de los espectáculos deportivos que se fue plasmando a través de un conglomerado de normas dictadas—en su mayoría— con posterioridad a los hechos acaecidos en el fallo *Mosca*.³⁰

En una breve aproximación, en la Provincia de Buenos Aires se dictó la ley 11.929³¹ que estableció el “Régimen Contravencional en los Espectáculos Deportivos,” reglamentada por los decretos 4.463/97 y 797/00 y modificada por las leyes 12.407, 12.529 y 13.578. El Ministerio de Justicia y Seguridad es la autoridad de aplicación del citado régimen y sus objetivos son: a) La seguridad de los espectáculos deportivos en toda la Provincia de Buenos Aires; b) la protección de la vida, la integridad física, la salud y los bienes de las personas, con motivo o en ocasión de la organización, habilitación o desarrollo de todo espectáculo deportivo, y c) la adopción de las medidas necesarias para el logro de los referidos objetivos.³² Y por decreto 420/02 se creó el Comité Provincial de Seguridad Deportiva (CO.PRO. SE.DE), en la órbita del citado ministerio, que funciona como órgano consultivo y de asesoramiento para la prevención de hechos de violencia.

Agregamos que en el orden nacional la Ley del Deporte N° 20.655 establece que, a los efectos de la promoción de las actividades deportivas, el Estado deberá, por intermedio de sus organismos competentes, promover la formación y el mantenimiento de una infraestructura deportiva adecuada y velar por la seguridad y corrección de los espectáculos deportivos,³³ y por la ley 23.184,³⁴ modificada por las leyes 24.192 y 26.358, se plasmó el “Régimen Penal y Contravencional para la Prevención y Represión de la Violencia en Espectáculos Deportivos.” Luego, por decreto 1466/97 se instituyó el “Régimen de Seguridad en el Fútbol,” el Comité de Seguridad en el Fútbol y el Consejo Nacional para la Prevención de la Violencia y la Seguridad en el Fútbol. Finalmente, el decreto 159/03 creó el “Programa de Seguridad en los Espectáculos Deportivos,” el decreto 1067/04 transfirió

³⁰ Esta política pública está fuertemente impregnada por el castigo de la violencia en los espectáculos deportivos, lo que demuestra su incapacidad para solucionar problemas enraizados en prácticas socio-culturales. En este sentido, se ha dicho que “[l]as formas culturales que sustentan la violencia en el fútbol no pierden su legitimidad por ser ilegales. Para ejemplificar, no podemos dejar de mencionar que la cúpula de la «barra brava» de River y Boca están presos (parece que las leyes funcionan), pero no puede lograr que otras doscientas personas quieran ocupar el lugar vacante de esos líderes. El estado tiene un rol ausente en la reconstrucción de los valores que legitiman la violencia en el fútbol.” (GARRIGA ZUCAL, JOSÉ, “El rol del Estado entorno a la violencia en el fútbol,” en www.salvemosalfutbol.com/investigaciones.htrn)

³¹ Ley 11.929, B.O. 20-I-97.

³² Art. 25 de la ley 11.929, sustituido por el art. 6° de la ley 12.529.

³³ Ley 20.655, B.O., 8-IV-74, art. 3°, incs. f) y k).

³⁴ Ley 23.184, B.O., 25-VI-85.

la Secretaría de Seguridad Interior y el citado programa del ex Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos al Ministerio del Interior, y el decreto 1697/04 erigió la Subsecretaría de Seguridad en los Espectáculos Futbolísticos en la órbita de la Secretaría de Seguridad Interior del Ministerio del Interior.³⁵

Si bien el Estado no tiene un deber de evitar todo daño, es quien ha asumido la loable tarea de brindar seguridad a los concurrentes del evento deportivo de conformidad con el mandato impuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional, la que deberá ser desempeñada de manera acorde a los lineamientos fijados en la normativa aplicable.

Por lo tanto, el análisis de la responsabilidad estatal por omisión a mandatos jurídicos indeterminados debería ponderar las referidas condiciones que modulan la prestación del deber de seguridad en ocasión de espectáculos deportivos pues, de lo contrario, podría incurrirse en una interpretación complaciente con un servicio de seguridad deficiente que pone en peligro, nada menos, que la vida, la salud y la integridad de las personas.

3.2. Adopción de medios razonables para el cumplimiento del servicio de seguridad

Del análisis que realiza la Corte de los medios que dispuso la policía para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio surge que se destinó cuatrocientos noventa y nueve efectivos policiales complementados con doce patrulleros, un ómnibus y un celular; policía adicional, y personal del comando de patrullas encargado de hacer las recorridas por las cercanías de la cancha.³⁶

MARIENHOFF señala que el ejercicio del poder de policía no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud, pues estos aspectos dependen ya sea del lugar, del objeto o índole de la actividad, o de las personas, en fin, dependen de las circunstancias específicas del caso. En lo atinente a su ejercicio, el poder de policía es contingente, circunstancial, no es uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones, varía o puede variar según el supuesto de que se trate.³⁷

Consideramos que no alcanza con consignar la cantidad de efectivos policiales, los recursos materiales que disponían y los lugares que eran custodiados para determinar la inexistencia de una falta de servicio.

De la prueba colectada en la causa no surge que la policía local haya dispuesto los medios razonables para el cumplimiento del servicio de seguridad de acuerdo a las específicas circunstancias de modo, tiempo y lugar que presenta el caso.

³⁵ Integran este plexo normativo las resoluciones del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos N° 1105/08 y 838/09.

³⁶ Hay que valorar en el caso que el Estado provincial no ha alegado la insuficiencia de medios para la ejecución del servicio.

³⁷ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 212.

Concretamente, no consta cuantos asistentes aproximadamente se hicieron presentes en el evento deportivo, para determinar si los medios adoptados por la policía fueron los necesarios para brindar razonablemente un adecuado servicio de seguridad. Tampoco se ha consignado que cantidad de personal policial estaba destinado a custodiar las adyacencias del estadio y los recursos materiales con que contaba, pues fue en la vía pública donde el actor sufrió el impacto de un objeto contundente presuntamente arrojado desde las plateas del estadio.

No obstante ello, hay que destacar que la disponibilidad de una mayor cantidad de medios no significa que el operativo policial sea el adecuado para brindar seguridad a los participantes del evento deportivo.³⁸

Ello nos conduce a estudiar los *estándares de rendimiento medio del servicio* de que se trate, para cuya determinación deben ponderarse factores que varían en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos.³⁹

Como no existe un régimen específico que precise los niveles mínimos de calidad del servicio, son los jueces quienes deben fijar esos estándares medios exigibles según la experiencia, etc., a los cuales la administración deberá ajustar la prestación del servicio para que no sea condenada por los daños que ocasione.⁴⁰

No se trata de que el Estado se haga cargo de todos los riesgos, sino que sea responsable cuando el servicio prestado en los espectáculos deportivos supere los límites impuestos por los estándares de seguridad razonablemente exigibles.

Resumiendo, el Alto Tribunal no ha realizado un estudio exhaustivo de los medios razonables dispuestos ni un análisis de que el servicio fuera respetuoso de las pautas preestablecidas por la experiencia, para asegurar el cumplimiento diligente del servicio de seguridad pública.

3.3. *El lazo que une a la víctima con el servicio*

La Corte Suprema señala que el actor no es el titular de un derecho subjetivo pues, al tratarse el servicio de seguridad de un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos, sólo tiene un interés legítimo —a diferencia de

³⁸ Un simple ejemplo demuestra la corrección de tal aserto en espectáculos futbolísticos: LUGONES señala que en el año 2006 en la Provincia de Buenos Aires se utilizaba en primera división un efectivo policial cada 27 espectadores, y en la categoría con mayor índice de violencia, que era la “B” metropolitana, la proporción era de un efectivo cada 17 espectadores, por lo que concluye que la cantidad no es eficacia ya que influyen muchos factores que desencadenan hechos violentos. (LUGONES, GUSTAVO, “Hacia un sistema preventivo e inclusivo en la seguridad del fútbol,” en ROFFE, MARCELO / JOZAMI, JOSÉ (compiladores), *Fútbol y violencia*, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2010, pp. 54-57.)

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO / FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *Curso de Derecho Administrativo*, con notas de Agustín Gordillo, t. 2, Buenos Aires, Thomson Civitas - La Ley, 2006, 1ª ed., pp. 394-396; PERRINO, *op. cit.*, p. 797.

⁴⁰ SESIN, DOMINGO J., “Responsabilidad del Estado en la Provincia de Córdoba,” *RAP*, 326: 541.

un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente— subjetivamente indiferenciado a la seguridad.

Tradicionalmente las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo se utilizaron para determinar restrictivamente quienes tenían legitimación para impugnar un acto u omisión de autoridad pública ante los tribunales de justicia. Por cierto, los titulares de un interés legítimo son tenidos por parte en el procedimiento administrativo, pero no podían acudir a la vía judicial para cuestionar un acto administrativo.

Más allá de las numerosas críticas que progresivamente fueron vertidas por la mayoría de la doctrina conforme diferentes motivos, estas categorías fueron superadas por la introducción de los derechos de incidencia colectiva en el art. 43 de la Constitución de 1994, que aparecen como noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo.⁴¹

Con buen tino, VEGA y ROTAECHE señalan que parecería que la Corte ha reeditado las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo no para limitar el acceso a la jurisdicción sino para desestimar la pretensión de fondo, al sostener que la existencia de un derecho subjetivo aumentaría la posibilidad de obtener una reparación estatal por la falta de servicio, mientras que la existencia de un interés legítimo reduciría la posibilidad de obtener esa reparación. Quizás hubiera bastado, como señalan las autoras, con analizar si en el caso existía o no un derecho a la seguridad que fuera violado con la omisión policial.⁴²

3.4. *El grado de previsibilidad del daño*

La Corte Suprema sostiene que el servicio de seguridad comprometido en el caso funcionó correctamente, pues la previsibilidad del daño debe medirse según la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas.

El Código Civil, aplicable por analogía en esta materia, acoge el criterio de la causalidad adecuada —incorporado por la reforma de la ley 17.711, en el art. 906— que requiere realizar un juicio acerca de la probabilidad o previsibilidad del daño en el caso, es decir, que el efecto es resultado de un acontecimiento que ordinariamente era esperable.⁴³

En concreto, la Corte Federal afirma que la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece (arts. 901 a 906 del Código Civil) en virtud de dos argumentos: a) Los efectivos policiales impidieron que los trozos de mampostería arrojados por simpatizantes locales desde las plateas hacia el campo de juego impactara en los jugadores, árbitros y personal policial, y b) el actor fue socorrido por unos policías que se encontraban dentro de

⁴¹ GORDILLO, *op. cit.*, cap. II, § 1, p. II-3 y cap. III, §4, pp. III-14-15.

⁴² VEGA y ROTAECHE, *op. cit.*, pp. 316-318.

⁴³ CASSAGNE, "Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte," *op. cit.*, p. 73; GOLDEMBERG, ISIDORO H., "El principio de causalidad adecuada en un esclarecedor fallo," *JA*, 1997-II, 191.

un patrullero estacionado a dos metros de distancia en el momento del accidente, que lo trasladaron hasta una clínica de la zona.

La reiteración constante de hechos de violencia en las inmediaciones del evento deportivo, ya sea de quienes participan del mismo o de los vecinos que viven próximos al estadio —que son de público conocimiento— demuestra que no es posible sostener la imprevisibilidad de tales acontecimientos.

Según las estadísticas, en las décadas del 80 y 90 se registran la mayor cantidad de pérdidas humanas por hechos de violencia en los estadios deportivos.⁴⁴

En el caso, no se advierte cuál fue el accionar del personal policial encargado de brindar seguridad en las adyacencias del estadio ni porqué los agentes que se encontraban en un patrullero estacionado a tan sólo dos metros del actor en el momento del accidente no realizaron la tarea de prevención necesaria a los efectos de evitar el triste desenlace. Parece razonable haber exigido que dichos efectivos hubiesen adoptado las medidas preventivas necesarias para evitar los daños causados al actor.

Por ello, resulta cuestionable que el servicio de seguridad haya aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a la índole de la actividad requerida, lo que importaría la configuración de una falta de servicio que compromete la responsabilidad del Estado provincial.

4. Conclusiones

El caso *Mosca* constituye un progreso jurisprudencial de nuestra Corte Suprema al profundizar en el análisis de ciertos parámetros que permiten determinar si se configuró una falta de servicio que compromete la responsabilidad del Estado.

El Alto Tribunal ha sostenido que la *seguridad* debe ser “entendida como un valor *que debe guiar la conducta del Estado* así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución, es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: La vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos.”⁴⁵

Desde esta directriz constitucional, creemos que el citado fallo —aun cuando la suerte del Estado provincial pudo ser distinta según las consideraciones realizadas— es un eslabón más en el camino hacia la responsabilidad plena del Estado en el cumplimiento del deber de seguridad en espectáculos deportivos.

Es de esperar que la prestación de un servicio de seguridad deficiente por parte del Estado sea condenada por los tribunales a costa —muy a pesar de todos— de los siempre escasos recursos públicos, de manera que las sentencias

⁴⁴ LUGONES, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁵ CSJN, *Mosca*, 2007, *Fallos*, 330: 563, considerando 10. La cursiva nos pertenece.

se constituyan en un fuerte mensaje para todos los actores sociales implicados de que la conducta del Estado será reprobada si no cumple la función asignada con eficiencia.⁴⁶

En definitiva, consideramos que el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos de violencia en los eventos deportivos redundará en una más adecuada prestación del servicio de seguridad y, por ende, en una mejor protección de la vida, la integridad física y la salud de las personas.

⁴⁶Según un trabajo del CELS “de los 217 muertos en los estadios argentinos entre 1924 y 2003 la policía carga con la responsabilidad absoluta en 28 casos (en ellos un funcionario policial fue autor directo de la muerte) y con responsabilidad compartida en otros 71 casos (ya sea por omisión de los deberes de funcionario público, complicidad policial con los ejecutores de las muertes o negligencia policial entre las causas de la muerte). Es decir [...] más del 50% de las muertes en los estadios argentinos tiene que ver con la represión y el accionar policial.” (Consultar en www.cels.org.ar)