

# ***DERECHO ADMINISTRATIVO***

---

***Doctrina***



## **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIONES EN EL PODER DE POLICÍA DE SEGURIDAD**

Actividad material de policía y poder policía de seguridad. Aspectos materiales de la actividad policial y márgenes de discrecionalidad.

Responsabilidad del Estado por el uso indebido de armas  
por parte del personal policial

*Por Mariana Rosenberg<sup>1</sup>*

*Sumario:* 1. Policía y poder de policía. 2. Actividades materiales de policía y márgenes de discrecionalidad. 3. Responsabilidad por omisión en el deber de seguridad policial con relación al uso de armas de fuego: Consideraciones generales. 4. Criterio dominante a nivel jurisprudencial. 5. Análisis de casos jurisprudenciales.

Hemos optado por el desarrollo del presente tema, en la firme convicción que desde el estudio cuidadoso del mismo, podemos contribuir a la búsqueda de un equilibrio entre las prerrogativas que caracterizan a la actividad del Estado y las garantías que les son debidas a los ciudadanos; a los fines de “no atribuir al Estado más responsabilidad de la que en justicia le corresponde, ni desde

---

<sup>1</sup> Abogada, Master en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Adscripta a la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Córdoba.

la perspectiva estatal exigir a los particulares más sacrificios que los debidos en justicia”<sup>2</sup>.

Consideramos que el tema involucra valores fundamentales en la existencia del hombre, como son la vida y la libertad. De allí la relevancia de su estudio y profundización, a los fines de obtener algunas directrices que colaboren a gestar criterios de atribución normativa al momento de establecer la responsabilidad ante omisiones en materia de seguridad.

## 1. POLICÍA Y PODER DE POLICÍA

Conceptualmente la expresión “policía” y “poder de policía”, son expresiones diferentes que inclusive tienen distintas acepciones temporo-espaciales. Por ejemplo Giannini<sup>3</sup> expresa —aludiendo a los tipos estructurales que históricamente se fueron dando dentro de la administración pública— que en determinados estados germánicos y en algunos italianos se gestó un “Estado de policía”, donde la noción de “policía” se definió por un significado entonces común de actividad dirigida a la ordenada convivencia de la colectividad. Aclara Giannini que “[...] La ordenada convivencia está indisolublemente unida a la promoción del bienestar, de donde la actividad de policía llega a transformarse en policía de bienestar”. En esencia, la normativa de estos Estados el “Polizeirecht”<sup>4</sup> es la codificación de reglas del absolutismo ilustrado —que presenta a criterio de autor citado un complejo esquema jurídico y sociológico—, donde una parte de la actividad administrativa continuaba siendo regulada por el derecho común y en efecto, en todas las partes quedaba el Fisco con todos los

---

<sup>2</sup> Comadira, Julio Rodolfo, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración. División Estudios Administrativos, Bs. As., 2001, pág. 14.

<sup>3</sup> Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1991, citado por el Dr. Alejandro J. Uslengui, en “Poder de policía y actividad de fomento”, en *El derecho administrativo, hoy*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996.

<sup>4</sup> Giannini, Massimo Severo, ob. cit., pág. 54.

poderes, aunque éstos no estaban ya maximalizados como en el Estado absoluto que lo había precedido.

“[...] La corona, por otro lado, tiene siempre poderes propios que ejercita sin posibilidad de control: a veces el juez no tiene ni siquiera jurisdicción sobre algunos de sus actos. Por el contrario, en las materias reguladas por el derecho de policía, la legislación comienza a admitir la situación subjetiva del interés protegido y esto constituye un notable paso adelante respecto al período precedente en el cual no se conocían más que situaciones de sujeción [...]”<sup>5</sup>, aclara el autor que el término “policía”, en este período, está tomado como la clásica *politia*, equivalente al ordenamiento de los asuntos públicos. Estado de policía tenía pues en su origen un significado aceptable, después asumió un significado “odioso” —en términos de Giannini— por una razón histórico-política bien clara: “[...] La polémica liberal del ochocientos realizada bajo una ideología abstracta y a-histórica, no supo ver lo que significaba este progreso respecto del Estado absoluto puro y sintió, e incluso, sufrió su aspecto más deteriorado, cual era el reconocimiento de los derechos humanos y, por tanto, de opresión y de agresión a las libertades; de aquí la degradación de la noción de policía que existe en la actualidad y la introducción de lo ‘policíaco’, que está todavía hoy en uso [...]”.

Luego —en Europa— observamos que se manifiesta una concepción de policía restringida, mientras que en América es una tendencia mucho más amplia.

La concepción de Poder de policía surge de la jurisprudencia estadounidense en 1827.

Hay autores que consideran que la distinción conceptual entre policía y poder de policía debe eliminarse; mientras que para otro sector importante de nuestra doctrina no se tratarían de conceptos asimilables, ya que “policía” sería la función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, mo-

---

<sup>5</sup> Ob. cit. *supra*.

ralidad, o salubridad públicas y de la economía. Por otra parte, “poder de policía”, sería una potestad atribuida por la Constitución Nacional al órgano o Poder Legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos, y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes. Agrega Marienhoff, que tal punto de vista ha sido objetado por parte de la doctrina<sup>6</sup>, pero que no obstante la disidencia, la distinción tiene una importancia didáctica ya que nos permite determinar qué ámbito de actuación incumbe a la administración específicamente y aquel que le incumbe al legislador<sup>7</sup>.

En suma, podría definirse a la policía como la manifestación de autoridad de la administración pública, que en ejecución de normas legislativas previas, limita la libertad y los derechos individuales ante las posibles perturbaciones que se ocasionen a la satisfacción de los bienes comunes, manifestándose por medio de actos administrativos ejecutorios de coacción directos. La técnica jurídica de la coacción aparece así justificada por el contenido que debe cumplir y por tratarse siempre de actos administrativos. Por eso la policía es un sector de la función administrativa.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Gordillo, *Derecho administrativo de la economía*, págs. 219/220. “En doctrina se critica la expresión ‘poder de policía’, aduciendo que en el Estado no existe tal poder, ya que sólo se conocen los órganos Legislativos, Ejecutivo y Judicial entre los cuales hállase distribuido el poder del Estado, poder que es único” (Villegas Vasabilbaso, *Derecho administrativo*, t. 5, págs. 97/103; Gordillo, *Derecho y economía*, págs. 205/206). En realidad tal crítica es más bien formal que sustancial, pues cuando se hace referencia al “poder” no se entiende referir a un órgano de Estado, sino más bien a una “potestad” del mismo. Se habla de poder por comodidad del lenguaje: pero no se habla de ello en sentido técnico.

<sup>7</sup> En nuestro criterio la distinción importa también en la construcción de un lenguaje jurídico que tienda a ser unívoco, ya que consideramos que la noción conceptual que tiene nuestra sociedad — la cual conforma nuestra cultura jurídica — es la de distinguir a la “policía” con el ejercicio administrativo de las fuerzas de seguridad policiales, mientras que el “poder de policía” se encuentra asociado a la normativa imperante en determinadas materias.

<sup>8</sup> Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., Abeledo-Perrot, pág. 27: “[...] La policía en esta forma deja toda significación histórica del pasado y se transforma en un problema legal de la Administración Pública que se distingue por su forma de actuar [...] los distintos bienes sean físicos o culturales no cambian la técnica jurídica de la actividad policial, el tan mentado poder policial se muestra como la competencia de un órgano estatal con potestad para

Formuladas estas diferencias, entendemos que la noción de policía de seguridad se encuentra íntimamente relacionada al concepto de orden público administrativo<sup>9</sup>, considerando éste circunscrito a la idea de orden material, exterior y objetivo. En este sentido, las fuerzas de seguridad policiales desarrollan sus tareas intentando preservar un orden externo ya que su deber es mantener el orden público —en la acepción a la que vengo haciendo referencia—, es decir en lo “somático”, en términos de Bielsa, por lo que no puede pues intervenir en los conflictos que originan esas alte-

---

decidir y ejecutar unilateralmente las relaciones jurídicas en el ámbito de sus actividades. La coacción es ejecución de un acto jurídico y no manifestación específica de un poder extrajurídico que se denomine policía o la policía. El título que justifica la ejecutoriedad o coacción actuando sobre ciertas conductas o bienes encuentra su razón suficiente en la juridicidad y legalidad de los actos administrativos. La policía dicta y ejecuta actos administrativos [...]”.

<sup>9</sup> Nos enrolamos en referencia a este concepto en los lineamientos planteados por Bielsa en cuanto distingue un concepto de orden público político y otro administrativo, entendiendo por orden público en su significado técnico administrativo, todo aquello que concierne a la vida en colectividad, cualquiera sea la forma en que la actividad privada se manifieste, sea en un lugar público o abierto al público, sea en forma permanente o accidental. Desde esta perspectiva y adhiriendo a un concepto de orden público administrativo amplio, Hauriou ha definido “[...] *el orden público en su significado de policía es el orden material y exterior considerado como un estado de hecho opuesto al desorden, el estado de paz opuesto a la turbulencia. Concierne pues, a la policía prohibir todo lo que provoca el desorden y merece ser por ella protegido, y tolerado todo aquello que no lo provoca [...] El desorden material es el síntoma que guía a la policía como la fiebre es el síntoma que guía al médico. Y la policía emplea únicamente aquello que tiende a hacer desaparecer los síntomas, ella no trata de llegar a las causas profundas del mal social, sino que se conforma con restablecer el orden material, o más aún sólo el orden en la calle; en otros términos, ella no persigue lo que se ha llamado en cierta época el orden moral, el orden de las ideas y en los sentimientos, ella no persigue los desórdenes morales pues es para ello radicalmente incompetente, y si ensayara perseguirlos caería en la opresión de las conciencias a causa de la pesadez de su mecanismo [...]*”. Citado por Rafael Bielsa, *Derecho administrativo y ciencia de la administración. Legislación administrativa argentina*, 2ª ed., Bs. As., J. Lajovane & Cia. Argentina, 1929, pág. 98 *in fine*. También puede consultarse Fiorini (ob. cit. *supra*, pág. 21): “[...] *un orden público material, es decir el ordenamiento de las cosas públicas y en lugares públicos, el cuidado del buen orden de las cosas y actividades públicas, especialmente las que se desarrollan en lugares y en las vías públicas, pero también el orden y el ejercicio de los derechos individuales. La policía de seguridad se destaca así como actividad administrativa que asegura el ejercicio seguro de derechos de los individuos y también tranquilidad y paz pública, que representan el orden público [...]*”.

raciones, sino únicamente reestablecer la tranquilidad pública, tanto en su función preventiva como represiva. Siempre teniendo en cuenta que su fin primordial es prevenir, no reprimir.

*Estas funciones de la policía<sup>10</sup>, deben estar siempre ajustadas a las reglamentaciones o coerciones impuestas en virtud del poder de policía.* Justamente, estas reglamentaciones son las que impiden que los objetivos de la policía en el reestablecimiento del orden público alterado se tornen ilusorios o devengan arbitrarios.

En este sentido, las decisiones de “la orden policial” deben estar siempre subordinadas a las leyes u ordenanzas que en su consecuencia se dicten.

Desde esta perspectiva, consideramos que la relación existente entre la seguridad ciudadana y la policía está terminantemente delineada por el ejercicio del “poder de policía”, en virtud del cual el Estado tiene la obligación de generar políticas públicas de seguridad, con base en las cuales *los ciudadanos vean asegurados* sus derechos constitucionales.

Ahora bien, en nuestro sistema jurídico la obligación del Estado de prestar seguridad a los ciudadanos surge independientemente del marco político —en primer lugar, de la Constitución Nacional—, donde entre sus objetivos se encuentra “[...] afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad”. La actividad limitadora de la policía, se sustenta en los arts. 14, 17, 18 y 19 de la CN. Como así también en los pactos incorporados a ella. Siendo normas específicas en materia de seguridad interna la ley N° 333 (Ley Orgánica de la Policía Federal); ley N° 18.398 (Ley de Prefectura Naval Argentina); ley 19.349 (Ley de Gendarmería Nacional); Ley Secreta N° 20.195; ley 24.059, la cual organiza un sistema de seguridad cuya finalidad es la de determinar las políticas de Seguridad Interior; ley 21.521 (Policía Aeronáutica Nacional).

---

<sup>10</sup> Al respecto cfr. arts. 1° a 5° de la Ley Orgánica de la Policía Federal N° 14.467 (art. 1°, inc. 1: “[...] Prevenir delitos de la competencia de jueces de la Nación [...]”).

Cabe destacar y no es un detalle menor, que el sistema de seguridad en nuestro país responde a un diseño elaborado durante sucesivos gobiernos de facto. Estimamos que el mismo presenta deficiencias que deben ser modificadas mediante una arquitectura de seguridad que responda a los cánones exigidos en el marco de un Estado democrático. Estimamos que en la medida en que esta estructura legislativa no sea sustituida por normas tuitivas de las garantías individuales y acordes sistemáticamente a una correcta política pública de prevención de riesgos sociales, aumentan las posibilidades de excesos en las funciones represivas y preventivas.

## **2. ACTIVIDADES MATERIALES DE POLICÍA Y MÁRGENES DE DISCRECIONALIDAD**

Un aspecto interesante se plantea con relación a aquellas actividades materiales de policía, que se desarrollan dentro del funcionamiento administrativo y que implican márgenes de discrecionalidad en la ejecución de la orden dada, que puedan eventualmente dar lugar a responsabilidades del Estado ya sea por acciones, como por omisiones.

El Consejo de Estado Francés, tiene dicho que este tipo de faltas encuadran en algunas modalidades del servicio público de policía, debido a las características de las acciones que llevan a cabo y ha establecido un sistema de faltas leves y graves, involucrando estas últimas responsabilidad del Estado llegado el caso.

Se delimitaría si la falta es grave o simple según el margen de apreciación en la toma de decisiones que haya tenido el actuar policial, siempre dentro del marco de las circunstancias que rodearon al caso concreto<sup>11</sup>. De esta manera, se establece un siste-

---

<sup>11</sup> Michael Rougevin-Baville, Conseiller d'Etat, *La responsabilité administrative*, Hachette, Paris, 1992, pág. 69: "[...] Ainsi la jurisprudence est elle très factuelle dans ce domaine: le juge se prononcera pour un régime de faute lourde ou de faute simple selon qu'il lui apparait opportun ou

ma de responsabilidad sin culpa y otro de responsabilidad por culpa grave o “lourde”.

Estimamos que en la medida en que ha mediado una porción de discrecionalidad en la ejecución de la orden dada —en función de la inmediatez de las circunstancias— ésta debe ser evaluada conforme a criterios de razonabilidad, a los fines de derivar la responsabilidad que eventualmente corresponda atribuir al Estado o al funcionario interviniente.

### **3. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN EN EL DEBER DE SEGURIDAD POLICIAL CON RELACIÓN AL USO DE ARMAS DE FUEGO**

#### **Consideraciones generales**

El art. 1112 del Código Civil exige que el acto u omisión se desarrolle en ejercicio o en ocasión de la función<sup>12</sup> y en la opinión de Mertehikián, la responsabilidad del Estado quedará comprendida en los términos de la citada disposición, en la medida en que el daño sea provocado por la persona del agente o funcionario actuando en el ámbito del vínculo que se establece con la función asignada (órgano-institución); en lo que exceda ese ámbito la responsabilidad recaerá sobre el agente (como una falta personal) y no en la organización a la que pertenece (falta de servicio).

---

*non de ménager une plus grande marge d'appréciation á l'administration. A choix difficile et nécessitant une appréciation en partie subjective, régime de faute lourde; á activité banale et sans difficulté sérieuse, régime de faute simple [...] A noter en fin que la responsabilité de l'Etat du fait des services de police peut aussi relever d'un régime de responsabilité sans faute”.*

<sup>12</sup> Ya sea esta función impuesta en términos expresos por un órgano competente o en términos razonablemente implícitos. En este sentido entiendo la “competencia” como “*el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar*”, es decir, “*el conjunto de potestades administrativas que, con arreglo a la ley, un órgano puede ejercer válidamente*”. Cfr. Escola, Héctor, *Tratado general de procedimiento administrativo*, 1981, p. 83, con cita de Agustín Gordillo, ob. cit. *ut supra*.

El art. 1112 del Código Civil que prevé la falta de servicio, ha sido considerado como un factor de atribución objetiva de responsabilidad de Estado por su actuación ilícita<sup>13</sup>, dejándose plasmado el criterio de que la idea objetiva de falta de servicio, encuentra su fundamento en la aplicación subsidiaria del art. 1112 del Código Civil y que ello pone en juego la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público, desde donde no se requiere como fundamento de derecho positivo recurrir al art. 1113 de dicho Código.

Calificado sector de nuestra doctrina<sup>14</sup>, ha entendido que siendo el Estado una persona jurídica de carácter público (arts. 32 y 33, inc. 1, del CC) y estando consagrada su responsabilidad extracontractual por el daño que causa a terceros en el art. 43 del mismo Código, el art. 1112 del Código Civil debe relacionarse con aquéllos, ya que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de sus funciones en coordinación con la ya mencionada responsabilidad extracontractual del Estado. Dicho artículo sería fundamento bastante para atribuir responsabilidad al Estado, una responsabilidad directa, habida cuenta de que el funcionario que actúa lo hace como un órgano de éste y a la vez objetiva, ya que se configura la “falta de servicio” en la que incurre el agente.

Consideramos que el art. 1112 del Código Civil, es una norma de derecho público inserta en un código de fondo, de allí que puede extraerse de ella el fundamento de la responsabilidad directa del Estado sin tener que recurrir a la primera parte del art. 1113 de dicho Código, que prevé la responsabilidad indirecta y objetiva de garantía del principal por los hechos ilícitos de sus dependientes.

---

<sup>13</sup> Así lo ha resuelto nuestro máximo Tribunal en fallos tales como “Vadell, Jorge c/ Pcia. de Buenos Aires” (Fallos, 306:2030); “Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas” (Fallos, 312:1659); “Agencia Marítima Rioplat S.A. C. capitán y/o Armador y/o propietario del buque Eletheotría” (Fallos, 315:2865), y “España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ Provincia de Buenos Aires” (Fallos, 316:2136).

<sup>14</sup> Bustamante Alsina, “La responsabilidad extracontractual del Estado es indirecta y subjetiva o directa y objetiva”, *LL*, 1998-C.

En este sentido, reiteramos que la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos con competencia para realizar los actos o hechos pertinentes, que en su irregular ejecución dan origen a los daños a terceros, es siempre una responsabilidad fundada en la idea objetiva de falta de servicio, aun cuando no se excluye la posibilidad de que se configure también la falta personal del agente público.

Una norma de capital importancia para la temática analizada, se encuentra en el contenido del art. 1074 del Código Civil el cual prescribe que: “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”; cabe remarcar que el término “ley”<sup>15</sup> es entendido desde una concepción restringida, y asumimos que dicho término conserva una implicancia integradora del bloque de juridicidad en su conjunto, es decir no sólo cuando una ley directamente aplicable al caso así lo imponga, sino cuando razonablemente ese actuar sea esperado del ordenamiento jurídico considerado integralmente.

De esta manera el término “solamente”, que pareciera estar redactado como una excepción en la norma, ampliaría sus horizontes con base en la hermenéutica propuesta.

En forma preliminar al análisis de esta problemática, nos permitimos formular los siguientes interrogantes sobre los que retornaremos con posterioridad:

¿En qué situaciones de “servicio” es responsable Estado por uso de armas de fuego por parte del personal policial?, ¿quién es responsable frente a los particulares-víctimas, sobre los que recaen los daños de dicha actuación policial?

---

<sup>15</sup> Nielsen, Federico - Rosenberg, Gastón, “Responsabilidad del Estado por omisión. La obligación legal de actuar en el Derecho Argentino a la luz del art 3° de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo”, Libro de ponencias del *III Congreso Nacional de Derecho Público*, 26, 27 y 28 de octubre de 2000, Tucumán, Argentina, Edit. CUD, donde con buen criterio los autores de la mencionada ponencia exponen las diferencias de una concepción amplia y otra restringida del término “ley”, en oportunidad de analizar el artículo de referencia.

#### 4. CRITERIO DOMINANTE A NIVEL JURISPRUDENCIAL

Ha sido considerar que los perjuicios que deriven de la actuación mencionada deben ser soportados por la colectividad en general, pues si la protección pública genera riesgos es lógico que esos riesgos sean soportados por quienes se benefician con ella<sup>16</sup>.

La ley y los reglamentos regulan la actuación policial y el desempeño de las fuerzas de seguridad, por lo general ellos imponen a los agentes públicos afectados a dichas funciones, la obligación de prevenir el delito en cualquier circunstancia en la que se encuentren, con la obligación accesoria de portar armas de fuego como instrumentos necesarios para la función que se les encomienda. Sin perder de vista que la finalidad de todo ello es la preservación de la vida.

En la medida en que la Ley no imponga la obligación de soportar el daño, es el propio Estado, como instrumento de la comunidad el que debe afrontar las consecuencias del daño arrojado a quienes resultan ser víctimas del empleo de la fuerza estatal. Ello sin perjuicio de la responsabilidad personal del agente cuando éste hubiera actuado con dolo culpa o negligencia.

En este sentido la Corte Suprema ha establecido el criterio de que en la medida en que haya existido una relación causal entre el daño producido y la función asignada, facilitada por el uso de armas de fuego y las obligaciones de servicio, el Estado es responsable por dichos perjuicios<sup>17</sup>.

El panorama desde la jurisprudencia es caótico, ya que no revela lineamientos de acción claros al momento de encuadrar los hechos en las opciones normativas existentes.

Si bien consideramos que el tema es profundamente casuístico y que serán justamente los casos particulares los que determinarán las normas aplicables, estimamos que sería oportuno observar la problemática expuesta desde un prisma publicista. Ello, porque

<sup>16</sup> Mertehikián, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ábaco, Bs. As., 2001, pág. 341.

<sup>17</sup> Fallos 190:312, ob. cit., pág. 340.

lo que se encuentra en debate es justamente la seguridad pública y el factor de atribución de responsabilidad al Estado en la medida en que ésta ha sido vulnerada. Dichos ejes temáticos caen en la órbita del derecho público.

Consideramos erróneo el fundamento de algunos fallos de la Corte y de Tribunales inferiores, en los cuales mediando una manifiesta ilicitud en el ejercicio u omisión de la función policial, encuadran el caso en los marcos del art. 1113 del Código Civil. Como también resulta erróneo encuadrar comportamientos lícitos —en ejercicio de la función— dentro de la órbita del art. 1112 del Código Civil (por ejemplo, como lo ha hecho la Corte en Lozano Gómez); ya que dicho artículo se encuentra reservado para aquellos comportamientos u omisiones irregulares en el ejercicio de la función (un ejemplo sería la omisión policial de preservar prueba dirimemente<sup>18</sup> en un procedimiento policial).

No estimamos oportuno extender los límites de la responsabilidad imputando al Estado supuestos lejanos a sus posibilidades reales de control —por ejemplo, un agente fuera de servicio que cometió un delito por motivos pasionales—, ya que en estos supuestos la responsabilidad debe pesar en cabeza del agente estatal a título personal en forma exclusiva, independientemente de las medidas disciplinarias que a nivel administrativo correspondan por haber violentado los estatutos especiales a los que se encuentran sujetos y eventualmente de los proceso penales que contra él se inicien.

A nuestro criterio, las conductas manifiestamente ilícitas que no se vinculen a la función policial de seguridad, no deben ser asumidas como un deber de garantía por parte del Estado.

---

<sup>18</sup> “González de Boggiano, Ramona y otro c/ Estado Nacional” (1999). Se trató de un caso donde lo discutido era la responsabilidad del Estado por negligente preservación de los rastros del delito, lo que ocasionó la petición de la actora por la pérdida de chance que tuvo para individualizar a los autores del crimen. La Cámara entendió que cabía imputar responsabilidad a las fuerzas policiales por no haber preservado adecuadamente el lugar donde se cometió el delito y haber efectuado tardíamente el relevamiento de rastros. La sentencia concluyó en que la investigación policial mal llevada a cabo engendra responsabilidad al Estado.

Por otro lado, resta analizar si el solo hecho de portar el arma reglamentaria es argumento suficiente para vincular este acto — obligatorio por vía reglamentaria— al ejercicio de la función.

Desde ya adelantamos nuestra opinión en sentido adverso, ya que el mero empleo del arma o de cualquier otro instrumento que obligatoriamente debe portar o emplear el personal policial, no puede considerarse aisladamente para implicar *per se* el ejercicio de una función, ésta tiene un contenido normativamente definido el cual se ensancha a través de las actividades materialmente posibilitadoras de las funciones (por ejemplo, limpiar el arma), como también las que resultan incluidas por medio del ejercicio irregular por vía del abuso policial o exceso (por ejemplo utilizar el arma cuando contaba con otros mecanismos disuasores de menor capacidad vulnerante)<sup>19</sup>.

## 5. ANÁLISIS DE CASOS JURISPRUDENCIALES

“Peralta Roberto A.”<sup>20</sup> (1991). Desde la Sala Penal del STJC se determinó que el Gobierno de la Provincia no es responsable por el daño causado a un tercero por un policía, en el curso de una pendencia sobrevenida en un día franco sin haber obrado con motivo o en ocasión de un acto de servicio, actuando como un sujeto particular y no como un agente del orden, utilizando un arma provista por su principal, causando la muerte de una persona.

El caso fue encuadrado en la responsabilidad personal que le cabía al agente en virtud del art. 1109 del Código Civil. Ahora bien, en un importante desarrollo el Máximo Tribunal de la Provincia da su opinión acerca de por qué los hechos del caso no hubieran podi-

---

<sup>19</sup> Ésta ha sido una de las líneas jurisprudenciales que ha mantenido el Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba *in re* “Juárez Oscar E.”, al respecto puede consultarse el brillante voto de la Sra. Vocal Dra. Aída Lucía Teresa Tarditti en los autos de referencia.

<sup>20</sup> Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, 11/12/1991.

do ser encuadrados en los supuestos del art. 1113 del Código Civil; a su entender el “riesgo de la cosa” —el arma prestada por la administración— se vio enervado por el actuar del dependiente fuera de la órbita de sus funciones, no pudiendo en un caso como éste obrar un factor de atribución de responsabilidad subjetiva sino objetiva, para el caso en que el actor del hecho hubiera estado en funciones del cargo que revestía.

Una vez descartado el análisis, con respecto a si la cosa revestía la calidad de “cosa riesgosa o peligrosa” independientemente del accionar del actor, analizó si el agente se encontraba en una posición de garante con respecto a la “cosa”, para terminar concluyendo que si hubiera estado en ejercicio de sus funciones, esa función de garante del Estado por el actuar del agente hubiera podido prosperar, pero atento a lo que ya expusiera no se daban las condiciones de encontrarse el agente “con motivo o en ocasión de sus funciones”.

“Juárez Oscar E, c/ Atampi Carlos y otro”<sup>21</sup> (1998). En este fallo, el Tribunal Superior de Córdoba resuelve rechazar la demanda incoada contra el Estado en virtud de los daños causados por un agente policial, quien, sin motivos justificantes, luego de una discusión con el recurrente e intercambio de golpes de puños, fuera de su horario de servicios y en estado de ebriedad disparó con el arma reglamentaria sobre el demandante.

Para así decidir, el alto Tribunal de Provincia evaluó que lo acontecido no estuvo vinculado a la función de poder de policía de seguridad que debe cumplir el agente, y por lo tanto no existe conexión causal para que el Estado asuma una función de garantía en relación a la víctima, en consecuencia ésta no debió argumentar que se le extienda la responsabilidad personal del agente al Estado, en virtud del art. 1113 del Código Civil.

Como podemos observar la jurisprudencia del alto cuerpo de Justicia Provincial en su Sala Penal, ha seguido el criterio que

---

<sup>21</sup> Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, Sala Especial, 24/11/1998.

estimamos apropiado al momento de evaluar los factores normativos de atribución de responsabilidad. En sentido contrario observamos numerosa jurisprudencia a nivel nacional —tanto en fueros civiles como penales y contenciosos administrativos—; dichas normas han sido interpretadas con criterios privatistas, perdiendo de vista la naturaleza pública de las normas en cuestión.<sup>22</sup>

Advertimos que en el orden jurisprudencial suele acudirse a normas de imputación que tienen autonomía y consecuencias propias —como lo son los arts. 1113 o el art. 1109 del Código Civil, no obstante que en términos nominativos acreditan en muchos supuestos absolutamente todos los requisitos que configuran la “fal-

---

<sup>22</sup> “Montorro, Salvador y otro c/ Miranda, Oscar R. y otro”. 22 (1984) 22, publicado en *LL*, 1985-C, dictado por la Cám. 2ª Civ. Com. La Plata, Sala II. En este caso, un agente de policía dio muerte a Montorro mediante el disparo de arma de fuego como consecuencia de una situación pasional. En la causa penal se condenó al agente a la pena de 14 años de prisión. El disparo provenía de un arma oficial por lo que la acción prosperó contra el Fisco de la provincia con fundamento en la responsabilidad refleja o indirecta que consagra el art. 1113 del CC por una doble razón: a) el autor del hecho era dependiente y que la función que desempeñaba dio la ocasión para cometerlo, y b) porque el daño se cometió con cosa riesgosa de propiedad del Estado. El Tribunal consideró, que la función de “agente de seguridad de policía”, dio la oportunidad o facilitó grandemente el acto ilícito ya que el autor del daño mantenía un estado de policía permanente e ininterrumpido. O sea, aun cuando está de franco o fuera de servicio, o en período de vacaciones y eso se traduce en su obligación de portar el arma reglamentaria que el empleador le hizo entrega en todo momento o lugar, lo que les permite intervenir siempre que tomen conocimiento de un delito. Cabe destacar que el hecho fue ocasionado por un servidor público, mediante el arma provista por la repartición, pero observando una conducta inapropiada al cargo, puesto que el agente cometió el delito fuera de sus funciones, en un domicilio particular y a raíz de motivos pasionales utilizando el arma provista, sin la voluntad del Estado, ya que las armas del Estado no están destinadas a la promoción de un crimen. El voto del Dr. Defeó, advierte que el problema más difícil de establecer en el caso, es si nos encontramos o no frente a un caso de responsabilidad indirecta del Estado, por el hecho cometido por el agente conforme a los términos del art. 1112 del CC, si bien acepta que el agente no se encontraba en servicio al momento de realizar el hecho que se le endilga establece que la función guardó conexidad con el servicio, sumado a su irreflexiva actitud, puesto que la obligación del funcionario es portar su arma reglamentaria aun cuando está en francos de servicio. Como vemos, el fundamento estuvo aquí centrado en el riesgo o vicio de la cosa por la cual el Estado debe responder. Pareciera ser que frente al riesgo de la cosa, el hecho del hombre se diluye y pierde virtualidad, perdiéndose con ello el contexto social en el cual se desarrolla el hecho.

ta de servicio”, inclusive en algunos casos los tribunales suelen citar a mayor abundamiento jurisprudencia de la Corte, que involucra supuestos como el caso “Vadell”, pero en lugar de incursionar a la atribución de responsabilidad por vía del art. 1112 del Código Civil —lo que a nuestro criterio sería un razonamiento coherente—, apelan a los términos del art. 1113 del Código mencionado.

Entendemos que la responsabilidad del Estado funciona en un doble aspecto, como garantía y como control. “La responsabilidad es desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo los franceses) creo que la responsabilidad es un instrumento más de control del poder”.

Desde este punto de vista, la responsabilidad como garantía funcionaría reparando los perjuicios injustamente ocasionados y como control, serviría para evitar daños futuros.<sup>23</sup>

En la problemática analizada, sostenemos que será la “razonabilidad” de los operadores judiciales, quienes interpretarán el correcto encuadre normativo a la cuestión; sin perjuicio de ello consideramos que con los lineamientos propuestos quedan delimitadas variables que, de unificarse, contribuirían a dar un novedoso giro a la cuestión, de hecho más acotado, más justo y más realista.

---

<sup>23</sup> Rebollo, L. Martín, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, págs. 15 a 27.