

La seguridad ciudadana como derecho humano. Algunas consideraciones desde el derecho administrativo

Por Agustín R. Moscariello y Mauro Raúl Bonato ¹

Publicado en El Derecho Serie Administrativo 22/12/2015, pág. 1.

Sumario 1. Introducción 2. La seguridad: valor adjetivado 3. Tipos de seguridad 4. La seguridad ciudadana ¿derecho humano? 5. Las políticas públicas de seguridad 6. Seguridad ciudadana y municipios 7. Seguridad y ejecutoriedad del acto administrativo 8. Dominio público y su autotutela 9. La videovigilancia 10. Legitimación y caso para exigir seguridad 11. La responsabilidad del Estado por omisión en el deber de seguridad pública 12. A modo de colofón.

1. Introducción

Motiva el presente estudio la realización de un análisis de un tema candente de la realidad actual argentina y latinoamericana, como es el llamado tema de la "seguridad".

Al respecto, vale recordar que la inseguridad se ha convertido en un tema fundamental de la agenda política latinoamericana, región que ha sido considerada por el Banco Mundial como "la más violenta del mundo"². De tal modo, dentro de un paradigma de Universidad que está de cara a la comunidad, las Casas de Altos Estudios no pueden dar la espalda a esta temática.

Intentaremos desentrañar el tema desde una mirada del derecho público (no penal)³, y en particular, desde el derecho administrativo. Tratando de identificar qué herramientas o técnicas puede aportar este ámbito del conocimiento para localizar el problema y brindar -en el mejor de los casos- algunas soluciones (siempre provisorias y mejorables), o al menos, algunas herramientas que coadyuven a la misma.

Primeramente, debemos definir el ámbito de análisis; vale decir, a qué nos referimos cuando hablamos de "seguridad" o "inseguridad".

En segundo lugar, debemos tener presente que el Estado moderno se sustenta en el aseguramiento y mantenimiento de la paz gracias al monopolio de la fuerza y la coacción⁴.

2. La seguridad: valor adjetivado

De tal modo, corresponde definir desde el ángulo jurídico aquello que vulgarmente se llama "seguridad".

¹ Profesores de Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Parte Especial, Pontificia Universidad Católica Argentina, sede Rosario.

² MORICONI BEZERRA, Marcelo, "Ser violento. Los orígenes de la inseguridad y la víctima-cómplice", pág. 69, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2013.

³ En tal sentido, se ha expresado que la legislación sobre seguridad ciudadana tiene un contenido más amplio que la legislación penal, pues la primera comprende no sólo la política represiva, sino también la prevención social y urbana del delito y la violencia. BUENADER, Eduardo, "Elementos para un concepto legal de seguridad ciudadana", El Derecho, diario del 10.11.2014.

⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, "Seguridad pública y policía administrativa de seguridad", pág. 14, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2008.

Así la seguridad se nos presenta como un valor jurídico al que aspiramos. La ausencia del mismo, es lo que llamamos "inseguridad".

En segundo lugar, encontramos que la "seguridad" es un valor adjetivado. Vale decir, generalmente se habla de distintos tipos de seguridad, a saber: seguridad ciudadana; pública, o personal; seguridad jurídica; ambiental; nacional; internacional; alimentaria; vial; informática.

Desde ya adelantamos que el objeto del presente será principalmente la llamada seguridad ciudadana.

¿Cómo ha definido la doctrina jurídica y sociológica a la seguridad pública o ciudadana?

Encontramos, en primer lugar, que el diccionario de la Real Academia Española define a la seguridad (Del lat. *securitas*, *-ātis*), en su primera acepción, como "cualidad de seguro".

El diccionario jurídico de Capitant, por su parte, define a la "seguridad pública" como "elemento del orden público material, caracterizado por la ausencia de peligros para la vida, la libertad o el derecho de propiedad de las personas"⁵.

Y el orden público ha sido caracterizado como una noción que está íntimamente unida a los conceptos de bienestar general y de interés público, siendo un elemento cambiante y mutable por definición (será distinto el orden público en un estado abstencionista, que en un estado interventor). Implica "la existencia de un orden material y exterior efectivo, del cual el bienestar general es una adecuada manifestación y resultado; es una situación de hecho, de la cual el desorden es la noción antitética"; y Escola manifiesta que más jurídicamente, el orden público es entendido como armonización de las libertades y los derechos de los individuos con los de los demás y los de la comunidad⁶.

En derecho comparado anglosajón, vemos que el Black's Law Dictionary americano define al término "Security" como el estado de estar seguro, especialmente de peligros o ataques ("the state of being secure, esp. from danger or attack")⁷.

Desde la ciencia política y sociología, por su lado, se ha dicho que la seguridad ciudadana parte de un enfoque preventivo que busca generar las condiciones personales, objetivas y subjetivas, de "encontrarse libre de violencia o amenaza de violencia"⁸. Vemos así, como el concepto político se asemeja a la idea que se maneja en el derecho anglosajón.

Finalmente, desde una perspectiva de los derechos humanos, se ha definido a la seguridad ciudadana como "la garantía al total y pleno goce de los derechos y libertades de los que le corresponden a todo ciudadano", o el "conjunto de garantías que debe brindar el Estado a los ciudadanos para el libre ejercicio de todos sus derechos"⁹. De igual modo, desde la misma perspectiva, se ha entendido de modo más amplio, por seguridad a "... la certeza de ser respetado en tanto individuo, en la integridad física, psicológica y social"¹⁰. Tales son los conceptos más amplios y comprensivos de la llamada "seguridad ciudadana".

3. Tipos de seguridad

Como dijimos antes, la seguridad se nos presenta como un valor adjetivado. Así, tenemos a

⁵ CAPITANT, Henri, "Vocabulario jurídico", pág. 505, reimposición inalterada, traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone, Depalma, Buenos Aires, 1972.

⁶ ESCOLA, Héctor Jorge, "El interés público. Como fundamento del derecho administrativo", pág. 190, Depalma, Buenos Aires, 1989.

⁷ GARNER, Bryan A., "Black's law dictionary", pág. 640, Third pocket edition, Thomson West, St. Paul, 2006.

⁸ MORICONI BEZERRA, Marcelo, "Ser violento...", op. cit., pág. 71, con cita del PNUD 2006:35.

⁹ PRAVIA, Alberto, "El derecho humano a la seguridad ciudadana o humana", La Ley Suplemento Actualidad 19.02.2013, On line: AR/DOC/576/2013.

¹⁰ Guía para la prevención local. Hacia políticas de cohesión social y seguridad ciudadana. Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT) y Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2009, pág. 12.

distintos tipos de seguridad: ciudadana, pública, personal, jurídica, vial, nacional, alimentaria¹¹, interior¹², internacional¹³, seguridad en la salud, seguridad relacionada al medio ambiente y al desarrollo sostenible, informática, etc. Muchos de estos términos se encuentran cargados de ideología o, en otros casos, de lenguaje burocrático.

En cuanto al acuciante problema de la seguridad vial, encontramos una definición de la misma en el art. 5 de la ley 13.133 -de creación de la Agencia Provincial de Seguridad Vial de Santa Fe- que caracteriza a la misma como el "... conjunto de condiciones y normas jurídicas y técnicas, garantizadas por ordenamiento jurídico en su totalidad, para minimizar o neutralizar los riesgos de la circulación peatonal y vehicular en el espacio público. Comprende a todos los componentes del sistema del transporte y su manifestación dinámica, el tránsito, definidos como factor humano, factor medioambiental y de infraestructura vial, y factor vehicular".

La seguridad jurídica, por otro lado, ha sido considerada -por algunos autores- como un derecho, y por otros, como un valor, siendo definida como el ambiente sin cuya existencia resulta imposible la manifestación y el cabal desarrollo de la persona, y en su aspecto formal, importa la presencia de un ordenamiento jurídico positivo, cuya normativa debe caracterizarse por su certeza, claridad, precisión y congruencia, evitando contradicciones constitucionales y legislativas¹⁴.

Federico Lisa, por su parte, al comparar la seguridad jurídica con la seguridad pública manifiesta que "sin seguridad jurídica no se puede vivir civilizadamente; sin seguridad pública sencillamente no se puede vivir; en otros términos, mientras sin seguridad jurídica se dificultan las inversiones, los depósitos y las contrataciones, sin seguridad pública los padres no pueden ir a trabajar ni los hijos a estudiar, ni es posible estar tranquilo en el domicilio propio y mucho menos en un espacio público"¹⁵.

4. La seguridad ciudadana, como derecho humano

Parte la doctrina considera que la seguridad como derecho (genéricamente considerada o en su vertiente de "seguridad jurídica"), tiene como antecedente a la Declaración de Virginia de 1776, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1776, y nuestra Constitución Histórica en los artículos 18 y 19¹⁶.

De tal modo, tanto en la Constitución Nacional histórica (de 1853/60) como en las dos primeras generaciones de derechos humanos se protegían "indirectamente" la seguridad, al proteger la propiedad, la intimidad, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso de ley. Vale decir, en la primera y segunda generación de derechos humanos, la seguridad (jurídica, principalmente) era

¹¹ Así, la Cumbre Mundial de Alimentación, organizada en Roma en 1996 por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura -FAO- definió que la "seguridad alimentaria existe cuando todas las personas tienen, en todo momento, acceso físico, social y económico a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos que satisfacen sus necesidades energéticas diarias y preferencias alimentarias para llevar una vida activa y sana" (CAPARROS, Martín, "El hambre", pág. 30, Planeta, Buenos Aires, 2014).

¹² La ley 24.059, define -en su art. 2º- a la seguridad interior como "la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional".

¹³ Así, la Organización de las Naciones Unidas tiene como principal objetivo el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Confr. BARBOZA, Julio, "Derecho internacional público", pág. 34, Zavalía, Buenos Aires, 1999. Artículo 1 Capítulo I de la Carta de ONU.

¹⁴ COVIELLO, Pedro J.J., "Los principios y valores como fuente del derecho administrativo", en AAVV "Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo", pág. 756, RAP, Buenos Aires, 2009.

¹⁵ LISA, Federico J., "Alcance del poder de policía de seguridad. Su ejercicio por organismos públicos especializados", en AAVV "Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento", pág. 287, RAP, Buenos Aires, 2011.

¹⁶ LISA, Federico J., "Alcance del poder de policía de seguridad. Su ejercicio por organismos públicos especializados", en AAVV Cuestiones de intervención estatal..., op. cit., pág. 287.

entendida como límite al ejercicio del poder.

Sin embargo, la seguridad ciudadana que aquí estudiamos, refiere a peligros y amenazas que sufre el ciudadano a manos de otros pares, y no como valladar ante los abusos del poder estatal¹⁷. Peligros y amenazas que impiden el entero desarrollo del resto de los derechos humanos para una convivencia plena. Es por ello que podríamos ubicar a la seguridad ciudadana como derecho humano de tercera generación.

En la reforma constitucional de 1994 se agregó el art. 42 CN -en el marco de la relación de consumo-, donde se menciona expresamente a la seguridad.

Ahora bien, dicho concepto ¿puede ser extendido a otros ámbitos? Según el profesor Ismael Mata, sí; ya que el art. 42 fija un nuevo paradigma de Administración post burocrática, donde pasamos de una Administración centrada en sí misma, a una "administración servicial", puesta al servicio concreto y efectivo de la gente¹⁸. Al respecto, no podemos dejar de mencionar la "Carta compromiso ciudadano" (decreto 229/2000 PEN), como técnica de soft-law o auto limitación, que extiende los derechos del consumidor y usuario al administrado, o más amplio, al ciudadano.

Retornando al art. 42 CN, allí se prevé como prerrogativa del usuario y consumidor el derecho a la protección de su *seguridad* (personal, en cuanto se halla en juego por la naturaleza y calidad de bienes y servicios)¹⁹. El mismo artículo también contempla que las "autoridades proveerán a la protección de esos derechos".

La seguridad ciudadana, por otro lado, se relaciona asimismo con la "paz interior" garantizada por el preámbulo de la CN, también presente en el preámbulo de la constituciones provinciales, como por ejemplo, en la de la Provincia de Santa Fe.

Yendo al derecho de los tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, vemos que varios de ellos tratan de manera explícita al derecho a la seguridad, conforme ha entendido la doctrina.

Así encontramos referencias en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; en el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales"; y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales".

El valor seguridad, afirma Sagüés, opera en el plexo de los derechos constitucionales como "derecho fundante", en el sentido que sin él, es prácticamente imposible la realización de los demás derechos constitucionales. Funciona, entonces, como presupuesto de la práctica de los otros derechos²⁰.

Así, el autor, define al "derecho a la seguridad pública" como la otra cara visible del derecho a la tranquilidad, vale decir, a poder disfrutar sin riesgos, sobresaltos ni temores de los demás derechos constitucionales (libre circulación, propiedad, vida, salud e integridad física), sin sufrir daños o perturbaciones en las personas o los bienes.

De ello derivan dos consecuencias: a) el derecho a exigir la acción preventiva por parte del Estado (aquí tenemos que el brazo ejecutor de estas acciones preventivas será, muchas veces, el derecho administrativo a través de la función administrativa y el poder de policía); y b) el derecho a exigir una acción represiva, para castigar a los infractores y hacer efectivas las indemnizaciones

¹⁷ Confr. LISA, Federico J., "Alcance del poder de policía de seguridad. Su ejercicio por organismos públicos especializados", en AAVV Cuestiones de intervención estatal..., Pág. 288.

¹⁸ MATA, Ismael, "Las nuevas tecnologías en la organización administrativa", en AAVV "Cuestiones de Organización Estatal, función pública y dominio público", pág. 331 y ss, RAP, Buenos Aires, 2012.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Tomo IV. La reforma constitucional de 1994", pág. 307, Ediar, Buenos Aires, 1995.

²⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Elementos de derecho constitucional. tomo 2", pág. 370, 3º edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

pertinentes²¹ (materia que estará regida principalmente por el derecho penal -en la primera parte- y por el derecho civil -en el segundo concepto-, y sólo eventualmente, por el derecho administrativo ante omisiones culpables del Estado, además mediante la sanción de las infracciones administrativas).

Para la doctrina española esta distinción entre la función preventiva, propia de la función administrativa de la policía administrativa de seguridad y orden público -por un lado- y la persecución penal del ilícito penal²² -por el otro- resulta de suma importancia para un correcto abordaje de la problemática.

De todos modos, como manifestábamos más arriba, consideramos al concepto de seguridad ciudadana como superador del de seguridad pública.

Desde la filosofía del derecho, el autor jusnaturalista contemporáneo John Finnis sostiene que dentro de las formas básicas del bien humano encontramos, entre otras, en primer lugar, a la vida, como impulso hacia la propia preservación²³, y en quinto lugar -entre dichos bienes humanos básicos- coloca a la "sociabilidad" (o "amistad") dentro de estos bienes humanos básicos. Este último se realiza en su forma más débil por un mínimo de paz y armonía entre los hombres, y que atraviesa las formas de comunidad humana hasta su forma más fuerte en el florecimiento de la amistad plena²⁴.

"La paz sólo podrá construirse con el respeto de los derechos de cada uno" "Todo ser humano tiene derecho a lo necesario para vivir. Ignorar esos derechos supone en la práctica una discriminación radical: condenar a nuestros hermanos y a nuestras hermanas a la extinción o a una existencia inhumana"²⁵.

5. Las políticas públicas de seguridad ciudadana

a) Sin lugar a dudas, las políticas públicas en esta materia resultan de vital importancia para la solución de la problemática actual. Ello por cuanto, la seguridad debe ser concebida como cuestión de Estado y resulta de significativa importancia para el bienestar de la población²⁶.

La doctrina de las ciencias políticas ha definido a las "políticas de seguridad" como políticas públicas tendientes a gestionar determinadas formas de conflictividad que connotan modalidades de violencia social y/o problemáticas delictivas que, en un momento histórico determinado, constituyen asuntos de interés -de atención, preocupación- y de abordaje gubernamental, incorporándose de algún modo a la agenda oficial²⁷.

Y en tal sentido, consideramos que dichas políticas en esta materia deben contemplar un abordaje complejo, multidisciplinario, y no únicamente acotado al análisis legal-penal-represivo de los conflictos sociales; ya que las posibles soluciones deben apuntar a la calidad de vida integral de

²¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Elementos de derecho constitucional. tomo 2", pág. 374, 3º edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

²² PAREJO ALFONSO, Luciano, "Seguridad pública y policía administrativa de seguridad", op. cit., pág. 21.

²³ Expresa Finnis que el reconocimiento, la búsqueda y realización de este objetivo humano básico son tan variados como la ingeniosa lucha y plegaria de un hombre que ha caído por la borda e intenta mantenerse a flote hasta que su barco regrese a rescatarlo, hasta los programas y leyes para la seguridad en carretera, la reanimación de los suicidas, etc. FINNIS, John, "Ley natural y derechos naturales", pág. 118, traducción a cargo de Cristóbal Orrego Sánchez, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

²⁴ FINNIS, John, op. cit., pág. 117/9.

²⁵ "Lo que el Papa nos ha dicho Sobre los derechos humanos", pág. 99, traducción de Claudio Gancho, Editorial Salvat, 1999.

²⁶ RODINÓ, Fabián, "Aspectos jurídicos y lineamientos generales de gestión en materia de políticas de seguridad ciudadana", La Ley Suplemento Actualidad 28.04.2011, pág. 1.

²⁷ SAIN, Marcelo Fabián, "Políticas de seguridad pública. 'Surfeando' la ola de inseguridad en la poscrisis del 2001", en AAVV "El Estado en acción. Fortalezas y debilidades de las políticas sociales en la Argentina", pág. 155/6, Carlos H. Acuña (compilador), Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2014.

los ciudadanos y su plena realización.

Por ello, la labor de la Administración, quien tiene dentro de su competencia (y como parte integrante de la función administrativa) el ejercicio de las funciones de policía, y como principal responsable de gestionar de manera objetiva el interés general en aras al bien común y la satisfacción permanente de las necesidades de la población, resulta esencial en la materia en estudio.

De tal modo, consideramos que un correcto abordaje del problema tiene como última ratio acudir a la jurisdicción en búsqueda de una solución judicial penal a este tipo de conflictos. Siendo, por otro lado, la función judicial, el primer lugar al que acude el ciudadano común a exigir respuestas ex post facto.

Asimismo, resulta que "en el concepto de seguridad ciudadana, la interacción entre actores públicos y estatales ocupa un lugar central para el éxito en el combate de la inseguridad"²⁸. Por tanto, los mismos ciudadanos, como los cuerpos intermedios deben involucrarse para contribuir a la seguridad ciudadana, siempre con el norte del bien común y el valor solidaridad social.

De ahí, la importancia de la participación ciudadana en este tema; debemos lograr que el ciudadano se involucre y comprometa con su destino social e individual.

En cuanto a los antecedentes de la CSJN sobre políticas de seguridad, podemos mencionar el fallo "Cooperativa de Trabajo de Fast" (de 2003, Fallos 326:3180); donde la Corte declaró la inconstitucionalidad de parte de un DNU (el nro 1002/99) que establecía que las empresas de seguridad privada, para poder prestar ese servicio, tenían que constituirse como sociedades comerciales, excluyendo otros tipos o formas asociativas²⁹.

Este tema, nos remite, al complejo problema de los organismos de seguridad privada. Tal tipo de actividad, implica un modo de "colaboración" de particulares "en el ejercicio de la función pública de seguridad", y cuyo principal inconveniente radica en la posible vulneración del principio de monopolio estatal de seguridad, que corresponde a los poderes públicos³⁰.

La regulación de este tipo de organizaciones privadas (regulación que debe ser estricta), carece a nivel nacional de una ley formal del Congreso, pese a sucesivos intentos³¹; existiendo, por otro lado, una regulación federal mediante el mencionado decreto 1002/99 y regulaciones en distintas jurisdicciones como provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El citado decreto respeta las autonomías locales, ya que les reconoce (en su art. 3 inc.) la competencia para la habilitación, fiscalización y control de las personas físicas o jurídicas que soliciten autorización para efectuar la prestación de servicios privados de seguridad y custodia.

Respecto de la competencia federal para regular estas actividades, surge el interrogante de si estamos ante una materia propia del poder de policía (siendo por tanto, de competencia local conforme al art. 121 CN), o si estamos frente a una materia que habilite la competencia federal en virtud de la cláusula del comercio (art. 75 inc. 13 CN).

b) Seguridad ciudadana y gobernanza

La doctrina ha vinculado la idea de la "gobernanza" con la llamada "buena

²⁸ BUENADER, Eduardo, "Elementos para un concepto legal de seguridad ciudadana", El Derecho diario del 10.11.2014.

²⁹ Conf. CANDA, Fabián O., "Decretos legislativos: el control judicial de los decretos delegados y de necesidad y urgencia", en AAVV "Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo", pág. 185/6, RAP, Buenos Aires, 2009.

³⁰ Confr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, "Tratado de derecho administrativo. Tomo IV. Derecho administrativo económico", pág. 112/115, 2da edición, Civitas - Thomson Reuters, 2012, Navarra.

³¹ Ver sobre el particular, LOZADA, Martín y TRÓCCOLI, Martín, "Agencias privadas de seguridad y policías privadas: su régimen legal en la República Argentina", en "Derecho Constitucional y Administrativo N° 2", pág. 127 y ss., Luis Armando Carello (Director), Cristián Rússovich (Secretario de Redacción), Juris, Rosario, 2000.

administración"³². Para Barnes Vázquez, por su parte, dicho término se ve anclado en una *cooperación* (público-privada e interadministrativa) que se extiende tanto a la formulación de las políticas públicas como a su desarrollo y aplicación³³. De tal modo, la gobernanza sería una versión "más política" de la buena Administración.

De uno u otro modo, estas figuras tienden a poner a la persona existencial (con sus problemas, sus angustias, sus necesidades reales) en el centro del sistema jurídico y político. Sobre esto, el profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ha manifestado que "la buena administración y el buen gobierno aspiran a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales"³⁴. Vale decir, corresponde darle una respuesta satisfactoria a las necesidades reales de los ciudadanos.

Por ello, y frente a situaciones más angustiantes que la realidad criolla, investigadores de organizaciones criminales complejas, como Roberto Saviano, han manifestado que "las instituciones internacionales de investigaciones económicas están constantemente sirviendo datos, que nutren cada día los periódicos, las revistas y los partidos políticos; como, por ejemplo, el célebre índice "Big Mac", que considera más próspero un país cuanto más caro cuesta un bocadillo en los McDonald's. En cambio, para evaluar la situación de derechos humanos, los analistas observan el precio al que se vende el kaláshnikov"³⁵ (en referencia al rifle de origen soviético AK-47, creado por Mijaíl Kaláshnikov).

Igualmente, respecto de las organizaciones criminales italianas, se ha dicho que las mafias tienen una "política" en el sentido literal de la palabra; y "como enfatizan actualmente los jueces de instrucción, la Cosa Nostra nunca será vencida a menos que se entienda que son un Estado en las sombras, un cuerpo político que a veces se opone, a veces subvierte, y otras mora dentro del cuerpo legal del Estado"³⁶. Quizás estos difíciles enunciados sirvan para entender estas complejas realidades a las que nos enfrentamos, en particular, en la provincia de Santa Fe.

6. Seguridad ciudadana y los Municipios

Si bien la policía, en su especie de seguridad, históricamente, ha sido considerada una

³² Conf. IVANEGA, Miriam M., "La Administración pública del Siglo XXI: entre la utopía y la realidad", Revista jurídica argentina La Ley, diario del 2 de marzo de 2011, pág. 1; y CARNOTA, Walter, "El derecho a una buena administración pública", La Ley 23.10.2009, pág. 3.

³³ BARNES VÁZQUEZ, Javier, "Reforma e innovación del procedimiento administrativo" en AAVV (Director J. Barnes), "La transformación del procedimiento administrativo", pág. 48, Global Law Press – Editorial de Derecho Global, Sevilla, 2008.

³⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas", pág. 34, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006. En tal sentido, es válido recordar que la CSJN ha dicho en numerosos antecedentes que "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, su persona es inviolable" ("Bahamondez", La Ley 1993-D, pág. 130; "Alvarez c. Cencosud" La Ley 2011-A, pág.177; "Portal de Belén" de fecha 05/03/02, La Ley 2002-B, 502; "Campodónico de Beviacqua" de fecha 24.10.2000, La Ley 2001-C, 32; entre otros). La buena administración ha sido entendida tanto como un principio (sea general del derecho o del derecho administrativo), como un derecho humano, como un principio de las ciencias de la Administración, como un principio general de aplicación a la Administración pública o como una obligación de toda la Administración (Ver PERRINO, Pablo E., "La reforma del procedimiento administrativo", en AAVV "Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional", pág. 625, Astrea RAP, Buenos Aires, 2015. De igual modo, ver LISA, Federico J., "Una revisión de los límites de la actividad discrecional de la Administración", en AAVV "El derecho administrativo hoy. 16 años después", pág. 153, RAP, Buenos Aires, 2013. Por otro lado, la buena Administración ha sido vinculada con la tutela administrativa efectiva, ya que ambas tienden a la eficacia en el actuar de la Administración. Confr. CANOSA, Armando, "El impacto de la reforma constitucional en el procedimiento administrativo (a 20 años de la reforma)", en AAVV "Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional", pág. 458, Astrea RAP, Buenos Aires, 2015.

³⁵ SAVIANO, Roberto, "Gomorra. Un viaje al imperio económico y al sueño de poder de la Camorra", pág. 195, 4ta. edición, Traducción de Teresa Clavel y Francisco J. Ramos, Debate, Buenos Aires, 2008.

³⁶ DICKIE, John, "Cosa Nostra. A history of the Sicilian Mafia", pág. 291, Hodder, Croydon, 2007.

competencia reservada que corresponde a la jurisdicción provincial³⁷, ello principalmente (en lo relativo al poder de policía, como emanación del principio contenido en el art. 121 CN), pudiendo ser concurrente entre Nación y provincia, en algunos casos cuando un interés federal así lo exija³⁸; resulta fundamental el aporte que las Comunas y Municipios pueden hacer al tema, máxime en el abordaje más amplio de la problemática que estamos proponiendo.

Y en tal sentido, la etimología de la palabra sirve para desentrañar la temática, por cuanto "policía" significa, "arreglo" u "orden de la ciudad"³⁹.

Así, como hemos dicho más arriba, el derecho a la seguridad configura un derecho humano de tercera generación, que se encuentra fuertemente vinculado con la dignidad del hombre (reconocida por la Constitución Provincial en su art. 7), dignidad que constituye la fuente y fundamento de los derechos humanos.

Por ello, y teniendo en cuenta que la seguridad es el fundamento para el despliegue de las capacidades humanas, la libertad, la solidaridad, la multiculturalidad y la creatividad, el derecho a la seguridad ciudadana configura la posibilidad de vivir en un ambiente donde los derechos humanos son respetados, tanto por parte de los individuos como del Estado. En igual inteligencia, la ausencia de seguridad ciudadana atenta contra el fundamental valor de la solidaridad social (Confr. Preámbulo y art. 1 de la Constitución de Santa Fe).

En tal sentido, vemos por ejemplo que el art. 45 inc. 1º de la ley 2.439, Orgánica de Comunas de Santa Fe, establece como competencia comunal atender la "comodidad; moralidad; recreos y espectáculos públicos; estética; y en general, todas las de fomento o interés local no prohibidas por esta ley y compatibles con las prescripciones de la Constitución ". Que por otro lado, la Constitución Provincial de Santa Fe prevé como pauta de atribución de competencias locales a los "intereses locales" (art. 106)⁴⁰, siendo -igualmente- este tema un asunto de interés comunal o municipal también.

Por ello, la provincia de Santa Fe ha dictado la ley nº 13.371 por la cual se creó el "Consejo Provincial, Departamental y Local por la Seguridad", invitando a las Comunas y Municipios a formar los propios.

Ello así, teniendo en cuenta que las soluciones a la temática de la seguridad ciudadana requieren de la intervención y colaboración de los vecinos y los cuerpos intermedios, generando nuevos modos y medios de conexión entre el ciudadano y la Administración.

Así, ha expresado la doctrina que técnicas de intervención tales como el urbanismo y la planificación urbana pueden ser empleadas en la lucha contra la inseguridad, fomentando que las Municipalidades asuman y ejecuten sus facultades, para actuar en forma concurrente con el accionar de los Estados provinciales, "generando mecanismos capaces de brindar mejores y mayores condiciones de seguridad a los vecinos"⁴¹.

Luego, la participación de los ciudadanos en la formulación de políticas públicas hace involucrar al vecino en la gestión objetiva de los intereses generales o el Bien Común⁴², generando

³⁷ LISA, Federico J., "Alcance del poder de policía de seguridad. Su ejercicio por organismos públicos especializados", en AAVV "Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento", pág. 289, RAP, Buenos Aires. De igual modo, Dromi manifiesta que el poder de policía está a cargo de los gobiernos locales, pero de manera concurrente o compartida con el Estado Nacional (DROMI, Roberto, "Derecho administrativo", pág. 565, 5ta edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996).

³⁸ COMADIRA, Julio R., "Derecho administrativo", pág. 319/320, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996. De igual modo, DIEZ, Manuel María, "Derecho administrativo. Tomo IV", pág. 56, Omeba, Buenos Aires, 1969.

³⁹ CANASI, José, "Derecho administrativo. Vol. III. Parte Especial", pág. 86, Depalma, Buenos Aires, 1976.

⁴⁰ DE LA VEGA DE DÍAZ RICCI, Ana M., "La autonomía municipal y el bloque constitucional local", pág. 244, Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2006.

⁴¹ PULVIRENTI, Orlando D., "Derecho municipal, urbanismo y seguridad", La Ley Suplemento Actualidad, 26.08.2003, pág. 3.

⁴² Al respecto, Pedro J.J. Coviello ha manifestado que la idea del bien común surge durante la Edad Media, fruto del tomismo, hasta prácticamente comienzos de la Revolución Francesa, donde dio paso a la idea del interés general. Siendo el primero un concepto con un contenido más moral (como conjunto de condiciones que permiten el

un empoderamiento del ciudadano y buscando una mejor convivencia, más inclusiva, en el marco de la buena administración a la que nos referíamos antes.

Otro modo de fundamentar la competencia local sobre el tema se puede encontrar en las competencias locales implícitas. Asimismo, como ha dicho cierta doctrina, tal acción se puede fundar en el ejercicio coordinado de competencias estatales⁴³, o legitimando constitucionalmente dicha situación mediante la celebración de convenios interjurisdiccionales, en el marco de la colaboración interadministrativa.

7. Seguridad y ejecutoriedad del acto administrativo

En primer lugar, y aun cuando por hipótesis pueda resultar una cuestión sabida para el lector especializado, no nos parece ocioso recordar que desde el prisma del derecho administrativo el Estado se nutre de un privilegio que en mucho podría contribuir a la seguridad ciudadana: ejerciendo función administrativa⁴⁴ la Administración puede dictar actos administrativos⁴⁵ que se presumen legítimos⁴⁶, y, en ciertos casos, puede y debe ejecutarlos por sí y ante sí.

Lo que más interesa ahora es, nos parece, este último aspecto. Dictado un acto en las condiciones establecidas la administración, en excepcionales circunstancias, puede y debe ejecutar el mismo.

Ejecutoriedad implica la ejecución del acto administrativo, en forma coercitiva y directa, por parte de la Administración. En doctrina se ha interpretado que existen dos clases de ejecutoriedad: propia o impropia dependiendo la clase de derechos involucrados y el grado de afectación. La ejecutoriedad es propia cuando el organismo que ejerce administración es competente para hacer cumplir el acto mediante el uso de medios coercitivos directos; *ex propria autoritate*. Y es impropia cuando para alcanzar ese objetivo debe ocurrir ante los jueces⁴⁷.

El obligatorio auxilio de la justicia se realizará cuando se afecten sustancialmente la libertad

desarrollo integral de la persona humana y sus instituciones) y el segundo engloba una idea simple y práctica, como intereses de la mayoría, o la suma de los intereses individuales coincidentes. Confr. COVIELLO, Pedro J.J., "El principio de juridicidad y el interés público en el procedimiento administrativo", en AAVV "Procedimiento administrativo. 20 años de la reforma constitucional", pág. 305 y ss, Astrea RAP, Buenos Aires, 2015.

⁴³ MARCHIARO, Enrique José, "El derecho municipal como derecho posmoderno. Casos, método y principios jurídicos", pág. 60 y ss, Ediar, Buenos Aires, 2006.

⁴⁴ Por función administrativa adoptaremos a los fines de estas líneas un concepto objetivo, a resultas del cual se desprende la conclusión de que los tres poderes del Estado pueden y deben, entonces, ejercer función administrativa, aunque claro está será el Poder Ejecutivo el principal obligado a ello por su rol por antonomasia. Como corolario de ello, compartimos con Cassagne ello de que "Lo esencial de nuestra tesis sobre la ejecutoriedad radica en sostener que se trata de una atribución 'inherente' a la función administrativa y no a la zona de reserva", por lo que los actos de los tres poderes dictados en función administrativa devienen ejecutorios (Cfr: CASSAGNE, Juan Carlos, "La ejecutoriedad del acto administrativo", pág. 68, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970).

⁴⁵ Siguiendo una acepción amplia más pertinente para este trabajo, puede entenderse que "El acto administrativo es una declaración de voluntad, de conocimiento, de juicio, que emana de la administración en el ejercicio de la función administrativa y que produce efectos jurídicos directos e inmediatos" (ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, "Acto Administrativo", pág. 15, Primera Edición, Editorial Advocatus, Córdoba, 2008).

⁴⁶ Explica Hutchinson que "En general, las normas de procedimiento en una forma sumamente expresiva afirman que el acto administrativo goza de presunción de legitimidad...Ello significa que simplemente se presume que ha sido emitido conforme al ordenamiento jurídico, suposición que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente, sea administrativo o judicial" (HUTCHINSON, Tomás, "Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo", en Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, pág. 151, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002).

⁴⁷ LINARES, Juan Francisco, "Fundamentos de Derecho Administrativo", pág. 325, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975. Cassagne, por su parte, critica esta diferenciación pues "...la llamada 'ejecutoriedad impropia' es precisamente la negación de la ejecutoriedad, ya que, en tales casos, el acto carece en sede administrativa de fuerza ejecutoria, debiendo acudir al órgano judicial para obtener su cumplimiento" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Tomo II, pág. 330, Octava Edición, Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006).

o propiedad de los ciudadanos, pues “...la administración “no goza de ningún privilegio especial que le permita invadir la esfera de libertad o de propiedad de los administrados. El ordenamiento le ha reservado este privilegio al Poder Judicial”⁴⁸. Como dice Gordillo, “sólo el juez, en los sistemas civilizados, puede aplicar violencia sobre las personas y las cosas”⁴⁹.

El artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos regula este principio al disponer que “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta” (artículo 12, ley 19.549).

Ahora bien, siendo un principio que procede a modo de excepción, en el Derecho Francés -fuente de la cual se importó la idea- se ha considerado que la ejecución forzosa procede: 1) cuando la ley la autoriza expresamente; 2) cuando hay urgencia en la conservación del interés público; 3) ante la inexistencia de ninguna otra sanción legal, particularmente la sanción penal; 4) cuando el acto administrativo a ejecutar sea adoptado en ejecución de un texto legislativo preciso; 5) cuando exista una resistencia al cumplimiento del acto; 6) cuando las medidas de ejecución forzosa tiendan únicamente, en su fin inmediato, a la realización de la operación prescrita por la ley⁵⁰.

Entre nosotros, se ha dicho que entre los casos que excepcionalmente se acepta que la Administración pueda realizar la ejecución coactiva del acto administrativo corresponde destacar los que se hallan relacionados con: 1) la protección del dominio público; 2) demolición de un edificio que amenaza ruina; 3) incautación de bienes muebles que impliquen un peligro inmediato para la salubridad y moralidad de los habitantes; 4) la decisión ejecutoria en la ejecución temporaria anormal⁵¹.

A su vez, para estas excepcionales circunstancias, la Administración dispone de medios para llevar a cabo la ejecución. Los medios por los cuales procede la ejecutoriedad pueden ser: 1) La coerción directa, cuando se puede forzar al individuo a cumplir con el acto, p.ej., retirarse de un lugar cuyo acceso está prohibido; 2) La coerción indirecta, cuando la administración aplica otro tipo de sanciones (multas, clausura, inhabilitación, etc.), a fin de forzar al individuo a cumplir el acto; 3) La ejecución directa, por la misma administración o por terceros, con cargo al obligado a cumplir el acto (p.ej. en la construcción de cercos y veredas: si el propietario no lo efectúa, lo hace la administración por sí o por terceros y le cobra el gasto al propietario).

Y en lo que se refiere a la ejecución por sus propios medios como expresamente autoriza el art. 12, se trata de los casos en que: a) sea factible ejecutar el acto por la administración en lugar de hacerlo el interesado (el retiro de una instalación ubicada en un bien del dominio público; el retiro por la grúa policial de un automóvil mal estacionado), o b) en que sea admisible forzar materialmente por la coerción al individuo (El agente de policía que toma a una persona y la detiene por la fuerza.).

Siendo ello así, en cuestión de seguridad ciudadana y ante excepcionales circunstancias, esta noción que para el normal desarrollo de la actividad administrativa quiso ser desterrada, renace como un uso normal de potestad propias de la Administración.

⁴⁸ BARRA, Rodolfo, “La ejecutoriedad del acto administrativo”, RDA, pág. 65, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989.

⁴⁹ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 3, V-31, Novena Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007.

⁵⁰ BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés, “El acto administrativo”, pág. 335/336, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; y, en similar sentido, véase RICCI, Jean Claude, “Droit Administratif, Lex Fundamentaux”, pág. 68 Tercera Edición, Hachette Supérieur, París, 2002.

⁵¹ CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 331/332.

Coincidimos con Gordillo que “Si un profesor ordena a un alumno: 'Retírese del aula' y éste dice: 'No me retiro' ¿se entenderá acaso que el profesor puede llamar a cuatro ordenanzas y entre todos levantarlo en vilo y sacarlo del aula? En esta hipótesis, al no haber norma que autorice la coerción directa, sólo se podrá aplicar alguna de las sanciones disciplinarias que prevé la reglamentación; y si dichas normas establecen que las sanciones las aplica el Decano, entonces no podrá aplicarlas directamente el profesor, por una supuesta 'ejecutoriedad' del acto administrativo”. “Si con similares ejemplos se consideran los actos que puedan dictar los diversos funcionarios de la administración, se encontrará que nunca, salvo en el caso de las fuerzas de seguridad, puede aplicarse la coerción física directa”⁵².

Justamente, y a contrario sensu, en el caso de las fuerzas de seguridad, principales custodios directos e inmediatos de la seguridad pública, puede proceder la coerción directa, pues, lamentablemente, a veces tal recurso, como última ratio, se convierte en el único curso de acción lógicamente posible y factible.

En estos casos, y siempre dentro de un marco de ejercicio razonable de potestades públicas, y como limitaciones temporales de derechos, nos parece que el concurso del Poder Judicial puede devenir innecesario. Al menos en una primera etapa procedimental.

Por ello, como modo de contribuir a garantizar el derecho a gozar de seguridad ciudadana, nos parece que la excepcionalidad de la ejecutoriedad del acto administrativo no debería permitirnos olvidar que en ciertos casos puede jugar la excepción de la excepción; es decir, la ejecutoriedad del acto. Y en materia de seguridad ciudadana ese olvido nos puede costar caro.

8. Dominio público y su autotutela

El dominio público del Estado y, más concretamente, la autotutela o protección de los bienes que lo integran tiene también mucho que aportar, nos parece, a la seguridad ciudadana. Quizás no como un antídoto mágico que resuelva los problemas más sustanciales que la aquejan, pero sí a modo de paliativo que nos permita superarnos como sociedad.

Compartimos con Lisa⁵³ eso de que existe una crisis en la noción de dominio público y, más especialmente, una crisis del espacio público. Desde lo jurídico, reflejada en la poca atención de los juristas; y más preocupante aun, desde lo social, campo donde la crisis se evidencia en pintadas de paredes, arrojado constante de basura en la vía pública, corte casi antojadizo de calles, notorio descuido por parte de los agentes públicos de los propios bienes con los que trabajan, grafitis con las expresiones más variopintas -desde una declaración de amor, a la pasión por un club de fútbol, pasando por alguna alusión política-, fumadores ocultos que buscan a hurtadillas satisfacer su vicio en lugares públicos prohibidos, vendedores ambulantes que procuran un uso privativo o diferencial del dominio público según su sola y caprichosa voluntad, o daños en edificios públicos donde el desafío parece ser dañar el bien por el mero daño, por nombrar algunos supuestos. La idea del espacio público sufre, en Argentina, un profundo ataque a su sistema nervioso central.

Ahora bien, esa noción de lo público y de espacios públicos, tan necesaria como elemental, debe ser protegida. Y es en este bullicioso y convulsionado contexto donde -nos parece- viejas nociones de dominio público deberían reflotar.

Para proteger el dominio público el Estado se vale de la llamada autotutela. La protección de las dependencias dominicales puede hacerla la administración por sí misma como titular del

⁵² GORDILLO, Agustín, op. cit., V-42.

⁵³ “Es así como los ricos emigran a sus clubes de campos; el resto se encierra en sus casas hechas fortalezas rodeadas de alarmas; mientras los más pobres pasan los días y sus noches en los espacios públicos. Y es así como la ciudad se transforma en una especie de 'constelación de espacios inconexos' constituidos especialmente por barrios privados y grandes centros comerciales” (LISA, Federico J., “Deberes en el uso y ocupación de los espacios públicos”, pág. 59, en V y VI Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXIV-405, Buenos Aires, Junio, 2012).

dominio o recurriendo al órgano judicial para interponer acciones petitorias o posesorias. En el primer supuesto, la administración ejerce directamente la policía administrativa que le corresponde, procediendo unilateralmente por autotutela, a través de sus propias decisiones ejecutorias⁵⁴.

Se trata de la potestad que tiene la Administración Pública para adoptar por sí, a través de sus propias resoluciones ejecutorias y en forma independiente de la actuación judicial, las medidas tendientes a evitar o a hacer cesar cualquier acto de los particulares sobre los bienes sujetos al dominio público para el cual fueron creados o reconocidos como tales⁵⁵.

Suele coincidirse en que para que se habilite la potestad de autotutela deben darse dos requisitos primarios: por un lado, el carácter público del bien debe ser “indubitable” y, por otro, ese bien debe hallarse efectivamente incorporado al dominio público del Estado, entendido como aquél conjunto de bienes librados al uso directo o indirecto de los habitantes.

En los términos del Código Civil nadie podría dudar, en tal sentido, que calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común (Art. 2340 inc. 7, texto Ley 340; artículo 235, inc. “f”, texto Ley 26.994) son bienes que pueden integrar el dominio público. Luego, estando la mayoría destinados al uso directo o indirecto de los habitantes, y afectación mediante, la posibilidad de recurrir a la autotutela administrativa para su protección surge, en principio, cristalina.

La cuestión se comienza a complicar, como casi siempre sucede cuando de derecho se trata, cuando existen contradicciones de normas o, peor aún, contradicciones de principios.

Así, por un lado la Administración, como se dijo, pudiendo y debiendo a veces acudir a la protección de los bienes del Estado; y en la otra vereda, pretensos portadores de un derecho que entienden superior y que con su sola invocación lograrían esterilizar cualquier pretensión de coacción sin intervención judicial.

En esta situación seguimos a Federico Lisa⁵⁶ cuando propone diferenciar el derecho o principio invocado para resistir la autotutela.

Si se trata de personas en clara situación de marginalidad que peticionan su derecho a obtener una vivienda digna, o casos donde el bien ocupado constituye -más allá del título invocado- “la” vivienda de quienes menos suerte tuvieron por carecer de un espacio físico con el que buscarse abrigo, entendemos que la solución pasa por las riendas del Poder Judicial o, mejor todavía, del poder político. Por un lado, por la sustancia del derecho humano fundamental conculcado y, por el otro, si se repara en que la utilización en tal caso requeriría por necesidad de la coacción sobre la fuerza o la persona del afectado, circunstancia que impediría la ejecutoriedad directa o propia del acto.

Distinto enfoque merecen los derechos de reunión y libertad de expresión por los cuales se pretende muchas veces una ocupación ilegítima del dominio público. En ambos casos, se adelanta, se impone la autotutela dominial como principio.

En punto al derecho de reunión, caballito de batalla de quienes pretenden justificar así piquetes y cortes de calles o rutas, se ha explicado que el ejercicio del derecho de reunión está también sometido a límites genéricos (deben respetarse los derechos de los demás) y específicos (la reunión debe ser pacífica, sin armas, y transitoria, esto es, no puede constituir una “ocupación” -la ocupación es permanente-), y no puede implicar la obstrucción o el entorpecimiento del uso del espacio público por el resto de la comunidad⁵⁷. Ningún derecho de reunión o asociación es válido, entonces, para ocupar ilegítimamente un bien del dominio público del Estado.

En relación al derecho a la libertad de expresión como una especie del más genérico derecho de petionar ante las autoridades, defensa por la que se ha querido justificar también cortes de

⁵⁴ DIEZ, Manuel María, “Derecho Administrativo”, Tomo IV, pág. 441, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1969.

⁵⁵ DIAZ, Juan A., “Protección del dominio público”, en Sup. Act. 20/05/03, 4, publicado en La Ley Online AR/DOC/10461/2003.

⁵⁶ LISA, Federico J., “La protección del dominio público frente a la ocupación privada”, en AAVV Cuestiones de Organización estatal, función pública y dominio público, pág. 32, Editorial RAP, Buenos Aires, 2012.

⁵⁷ LISA, Federico J., “Deberes en el uso y ocupación de los espacios públicos”, cit., pág. 57/58.

calles y rutas así como pintadas en bienes privados y públicos, los límites del debido respeto a los derechos de los demás y la protección de la seguridad nacional y el orden público se imponen como una valla casi infranqueable.

En este aspecto, se pregunta Alberto Sanchez “¿es legítima la ocupación del espacio público como medio de ejercer el derecho de petición a través de la protesta social?”, y a renglón seguido se contesta: “Mi respuesta negativa es rotunda. Como primera reflexión, me apresuro a señalar que no es un caso más de la típica problemática de la colisión de los derechos. Lo que tenemos acá son derechos afectados por la comisión de diversos delitos, según el caso: interrupción de la vía pública -Artículo 194, CP-; amenazas -Artículo 149 bis, párrafo primero, CP-; privación ilegal de la libertad -Artículo 141, CP-; desobediencia judicial -Artículo 239, CP-; asociación ilícita -Artículo 210, CP-. Hay derecho a peticionar a las autoridades, incluso bajo la forma de protesta, pero no a cortar calles y rutas”⁵⁸.

Y respecto de quienes atentan contra bienes del Estado mediante inscripciones gráficas y encuentran -sin dudas con error- un correcto uso de su libertad de expresarse, con acierto se ha destacado que “...expresar alguna queja, opinión o algún frustrado talento artístico mediante pintadas en los bienes públicos -modo bárbaro de ocupar el dominio público-, no es libertad de expresión; puede ser un delito además de fuente de otro tipo de responsabilidades”⁵⁹.

Por ello, escudarse en estos excelsos derechos constitucionales para atentar así contra el dominio público estadual no sólo es ilegal, sino que habilita de inmediato la autotutela dominial para hacer cesar la conducta sin necesidad de recurrir al auxilio de la justicia.

Por último, idéntica suerte ha de correr aquellas ocupaciones con intereses meramente privados, sean estos de lucro -como los puestos de venta en la vía pública sin cumplimentar los requisitos reglamentarios- como especulativos -ocupaciones de tierras del Estado para intentar usucapir- que habilitan sin dudas supuestos de autotutela.

En definitiva, mucho tiene que aportar a la seguridad ciudadana la autotutela del dominio público del Estado. Sin adecuada protección de bienes del Estado puede pensarse que empieza el estado de “cambalache”, donde todo es igual, nada es mejor. Proteger lo público es, nos parece, una adecuada forma de empezar a contribuir en aras de lograr una mayor y mejor seguridad ciudadana.

9. La videovigilancia

El punto de la utilización de cámaras de video que registran la vida humana puede considerarse, en términos históricos, un fenómeno naturalmente novedoso. Por ello, los estudios jurídicos que se aproximan al tema corren a la par de la innovación tecnológica, de manera tal que en una década algunos apuntes técnicos relativos a la videovigilancia pueden parecer anacrónicos.

No obstante, algo parece asomarse como una constante: que en la colisión entre el derecho a la seguridad ciudadana y el derecho a la intimidad se jugará la legitimidad, validez, alcances, y en definitiva supervivencia del sistema de monitoreo de cámaras.

Referir a videovigilancia en un breve espacio resulta por necesidad una dificultad. Con claridad explica Massimino que “La videovigilancia no es una técnica o dispositivo concreto, sino un término genérico que alude a una amplísima gama de sistemas de vigilancia mediante cámaras, con soluciones técnicas muy diversas y que están en constante desarrollo. Existe en el mercado una amplia oferta de cámaras o sistemas, con mayor o menor resolución, con zoom o sin él, con visión nocturna o no, de emplazamiento fijo o móvil, que graban en forma continua o sólo en ciertas circunstancias. El análisis de la conformidad constitucional de la videovigilancia no puede hacerse

⁵⁸ SANCHEZ, Alberto M. “Los límites de la regulación del derecho de petición. La protesta social con ocupación del espacio público y su compatibilidad con otros derechos constitucionales”, en Cuestiones de intervención estatal -Jornadas 2010-, Universidad Austral, pág. 579/580, Editorial RAP, Buenos Aires, 2010.

⁵⁹ LISA, Federico J., “La protección del dominio público frente a la ocupación privada”, op. cit., pág. 35.

en abstracto, sino que tiene que atender a la concreta modalidad o sistema que se pretenda utilizar”⁶⁰.

Y a esa variedad técnica le agregamos nosotros la diversidad de modos de usos posibles: espacios públicos, espacios privados con acceso al público, dependencias públicas, espacios privados dentro de espacios públicos -por caso, baños en oficinas públicas-, clubes de campo, countries, domicilios privados con orden judicial, domicilios privados sin orden judicial. Tal dispersión de enfoques imposibilita bregar, así sin más, por la utilización o no de cámaras como si fuera un simple plebiscito al que alguno pueda dar su apoyo positivo u oponerse con su rotunda negativa.

Aclarado ello, conviene precisar más aun el concepto. Siguiendo a Bauzá Martorell⁶¹, puede decirse que cuatro elementos caracterizan a una situación como de videovigilancia:

- 1) Elemento Objetivo: presencia de videocámaras, que con un concepto amplio incluye cualquier instrumento, fijo o móvil, de grabación de imágenes y sonidos.
- 2) Elemento subjetivo: presencia de fuerzas o cuerpos de seguridad. Es decir, la situación tiene que corresponderse con una instalación de cámaras por parte del Estado. Si quien capta la imagen es un ciudadano común, aun cuando fuera para coadyuvar en un fin tendente a proteger la seguridad pública, no se daría el encuadre que proponemos.
- 3) Elemento espacial: la situación debe referirse a lugares públicos. No se nos escapa que no es tampoco fácil precisar o definir qué se entiende por ello. Pero, al menos, se descarta claramente las situaciones de filmaciones obtenidas en los domicilios de las personas, entendido éste último en sentido amplio. Con todo, y como aproximación, podría emparentarse al “lugar público” como un espacio de uso común o general, que no necesariamente debe ser gratuito, y que hasta podría ser abierto o cerrado según la reglamentación vigente.
- 4) Elemento teleológico: las cámaras o dispositivos deben ser puestas en funcionamiento para garantizar seguridad ciudadana. Ese ha de ser el fin principal, lo que no quita que no existan otros fines secundarios, como proteger los bienes del Estado, prevenir infracciones y delitos, fomentar comportamientos debidos, o erradicar la violencia, entre otros tantos.

Así, configurada la situación y como un desprendimiento válido del ejercicio de poder de policía primero y de policía administrativa luego, la cuestión radica en no alterar sustancialmente derechos del ciudadano. Massimino opina que la videovigilancia “Probablemente, sea la medida restrictiva de derechos que es capaz de afectar a una gama más extensa de derechos fundamentales”⁶², y, entre ellos, el paladín es el derecho a la intimidad, en el entendimiento que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶³ de que no se es un derecho que se limite intra

⁶⁰ MASSIMINO, Leandro, “La protección de los bienes del Estado y los derechos individuales. El caso de las cámaras de seguridad en los establecimientos públicos”, en *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, pág. 475, Primera Edición, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013.

⁶¹ BAUZA MARTORELL, Felio José, “Régimen jurídico de la videovigilancia”, pág. 90, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

⁶² MASSIMINO, Leandro, “La protección de los bienes...”, op. cit., pág. 478.

⁶³ “Es que el ámbito de la privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional no comprende exclusivamente las conductas que los individuos desarrollan en sus domicilios privados, sino que también alcanza a las que, de modo reservado, con intención de no exhibirse, y sin que tengan trascendencia pública ni provoquen escándalo, aquellos llevan a cabo fuera del recinto de aquél. Sostener lo contrario significaría tanto como aceptar que la más fundamental de las libertades personales sólo está constitucionalmente protegida en la medida en que se la ejerza en el reducido espacio del ámbito domiciliario y debido a la circunstancia incidental que los individuos no pueden ser vigilados mientras permanezcan en él” (C.S.J.N., “SPINOSA MELO, Oscar F. c/ Ministerio de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto”, del 05.09.06, en Fallos 329:3617, publicado online por La Ley en AR/JUR/4221/2006).

muros, es decir, a los confines de una residencia o domicilio, sino que trasciende a espacios o lugares públicos, criterio que supimos compartir⁶⁴.

Por otro lado, la captura por parte de la Administración de imágenes mediante videovigilancia se vincula con el acceso a la información pública y su anclaje en la vida privada⁶⁵.

Entendido de tal forma el derecho a la intimidad, parece una verdad incontrastable que la filmación en lugares públicos afectaría ese derecho. El punto, como tantas veces en derecho administrativo sucede, es si la afectación resulta tolerable, y para ello, habrá de recurrirse al principio de razonabilidad.

En similar orden de ideas, se ha interpretado⁶⁶ que existe legitimidad en la videovigilancia si hay proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y el fin perseguido, lo cual se da si se verifican ciertas reglas de utilización de videocámaras, como: 1) La ley no puede autorizar una videovigilancia general e indiscriminada; 2) la videovigilancia está sujeta a un régimen de autorización previa, salvo casos de urgencia acreditada; 3) los ciudadanos serán informados en forma clara y permanente de que están siendo filmados, así como de la autoridad responsable de la filmación⁶⁷; 4) toda persona interesada podrá ejercer los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en las que razonablemente considere que figure; 5) la conservación de las grabaciones debería estar limitada temporalmente; el juicio de proporcionalidad del sacrificio de los derechos fundamentales se traslada al momento de la aplicación de la ley o norma autorizante.

En suma, la videovigilancia en sí no se asoma como ilegítima por definición. Serán sus formas de uso las que, a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, nos indiquen si el derecho a la intimidad en el caso se encuentra legítimamente limitado o inconstitucionalmente vulnerado. Con todo, compartimos las limitaciones propuestas en el párrafo precedente, en especial en un marco jurídico todavía huérfano de normas, y que la jurisprudencia empieza a modelar en una situación que recién se inicia y que promete larga duración.

10. La legitimación y el caso para exigir seguridad

Una cuestión también controvertida es la calidad y el rol que le pueden caber al ciudadano en determinados procedimientos y procesos para exigir seguridad.

Nadie duda en afirmar que si un sujeto es lesionado en forma personal, distinta, en una situación de exclusividad, o aun en un estado de concurrencia con otros afectados, su derecho subjetivo o su interés legítimo serán las llaves que permitan el ingreso a un procedimiento -que quizás luego se transforme en proceso- apto para el reclamo relativo a la falta de seguridad.

El problema es más arduo cuando con un interés simple se presenta un ciudadano que no tiene ni tuvo arte ni parte en el hecho en sí y al amparo de su derecho de peticionar ante las autoridades solicita legitimación para el reclamo. El ordenamiento está preparado, en estos casos, para permitirle y recibirle la respectiva denuncia, pero formar parte del procedimiento puede significar mucho más.

En una cuestión que hace al tema que nos ocupa, el Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tuvo oportunidad de analizar el caso donde un sujeto en calidad de

⁶⁴ BONATO, Mauro Raúl, "Aproximaciones al Deber de Decoro en el Agente Público", en Revista Argentina de la Administración Pública" (RAP), año XXXVI, N° 425, Editorial RAP, Febrero 2.014, pág. 15.

⁶⁵ EIDEM, Matías, "La publicidad de la vigilancia con cámaras de seguridad", La Ley 2014-E, pág., 9.

⁶⁶ MASSIMINO, Leandro, "La protección de los bienes...", op. cit., pág. 487/488.

⁶⁷ Al respecto, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró parcialmente procedente una demanda fundada en la ilegitimidad de las cámaras por falta de publicación en la página web del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, como estipulaba la norma ("PEREZ ESQUIVEL, Andrés c/ GCBA s/ Amparo -Art. 14 CCABA-", del 09.06.14). No podemos menos que coincidir con Eidem que "...un modelo que estratégicamente coloque las cámaras de seguridad pero que las oculte, conserva la tendencia a eliminar el factor preventivo que suele justificar el uso de estos artefactos" Cfr: EIDEM, Matías, "La publicidad de la vigilancia con cámaras de seguridad", en Sup. Adm. La Ley, 2014 (agosto), La Ley 2014-E-9.

simple ciudadano se presentó para solicitar la suspensión de la licitación llevada a cabo por el gobierno local para permitir la compra de -entre otras- las armas denominadas “Taser X26”, que pretendían ser luego utilizadas por la Policía Metropolitana. En primera instancia y en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires se había hecho lugar al amparo interpuesto. Sin embargo, el Superior Tribunal, entre otras cuestiones, sostuvo que “Ninguno de los derechos en que ha fundado su acción: derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, y a la seguridad pública, le acuerda el derecho a cualquier ciudadano (carácter invocado por la parte actora) para impugnar actos administrativos mediante los cuales se aprobó un Pliego de Bases y Condiciones Particulares para la adquisición de determinados bienes, en el sub lite las armas Taser X26”⁶⁸.

Por otra parte, también debe tenerse presente que, al menos a la hora de judicializar el reclamo por seguridad, se necesita de un “caso” o “controversia”. La existencia de una “causa” o “caso judicial” se verifica cuando se persigue en concreto la determinación de un derecho debatido entre partes (Fallos, 243:176, 306:1125; 333:1023, entre otros), y esto les exige a éstas últimas -como presupuestos- la acreditación de una afectación “suficientemente directa”, “inmediata”. “especial”, “sustancial”, de “suficiente concreción e inmediatez”, o bien de un “perjuicio concreto” respecto de los derechos que se invocan como vulnerados⁶⁹.

Siguiendo esta línea de razonamiento, en la Provincia de Santa Fe también se presentó un actor invocando “que como ciudadano que paga sus impuestos se siente altamente preocupado, afectado y atemorizado por su seguridad e integridad personal y patrimonial”, pretendiendo “se ordenara a la Provincia de Santa Fe que brinde mayor seguridad a la población de la ciudad de Rosario, incrementando la presencia de patrullaje del personal policial en la vía pública para una mejor y efectiva prevención y combate del delito”, demanda que fuera calificada por el más alto Tribunal local como “huera de contenido técnico jurídico” y que resultara, en consecuencia, rechazada⁷⁰.

Frente a todo ello, surge el interrogante de ¿si estas políticas públicas son revisables judicialmente?. Al respecto, la Dra. Ivanega se interroga, en primer lugar, respecto de si las políticas públicas configuran o son una especie de las "cuestiones políticas" o el acto institucional acuñado por Marienhoff, inclinándose por la negativa, sin perjuicio de la interacción entre ambos conceptos⁷¹.

La misma autora reconoce que el juez debe respetar el campo discrecional de los poderes políticos, aunque puede, y debe, establecer los lineamientos básicos de las políticas públicas objetivamente -reconociendo y respetando los derechos-, pero no su contenido. Ello sin perjuicio del control judicial sobre la ejecución de dichas políticas. Al tiempo que admite la existencia de "zonas grises" en lo relativo al reconocimiento de derechos sociales y nuevos derechos, ámbito donde la justicia no sólo debe anular las conductas estatales, sino también exigir prestaciones positivas del Estado⁷².

En tal sentido, la doctrina moderna entiende que los derechos humanos se caracterizan por su exigibilidad, al no estar condicionada su existencia a normas internas de los Estados partes, ello en torno a la obligación del Estado de adoptar medidas inmediatas. Por otro lado, el Estado tiene la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos, de donde surge la obligación de

⁶⁸ El subrayado no es original del texto y nos pertenece. Cfr: S.T.J. CABA, “PISONI, Carlos c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 06.03.15.

⁶⁹ C.S.J.N., “CAMARA DE COMERCIO, IND. Y PROD. DE RCIA. c/ A.F.I.P. s/ amparo”, del 26.08.03, en Fallos 326:3007.

⁷⁰ C.S.J.S.F., “PERALTA, Hugo D. c/ Gobierno de la Provincia de Santa Fe”, del 14.09.08, en LLLitoral 2008 (diciembre), 1206, DJ, 11.09.09, 300; del voto de la Dra. Gastaldi y del Dr. Erbetta.

⁷¹ IVANEGA, Miriam M., "Diseño y determinación de las políticas públicas: su control judicial", en AAVV "Cuestiones de control de la Administración pública. Administrativo, legislativo y judicial", pág. 749, RAP, Buenos Aires, 2010.

⁷² IVANEGA, Miriam M., "Diseño y determinación de las políticas públicas..", op. cit., pág. 750.

respetar, de proteger y de cumplir (ésta última requiere que el Estado realice todas las acciones necesarias para lograr su plena efectividad)⁷³.

En cualquier caso, no parece ocioso recordar que aun poseyendo legitimación y en el marco de una controversia relativa al derecho que se trate, debe el interesado ser prudente a la hora de peticionar al Poder Judicial, considerando que según inveterada jurisprudencia de la Corte nacional “...no incumbe a los jueces evaluar el acierto o desacierto de la política fijada, ...por cuando lo contrario implicaría sustituir el juicio de la autoridad instituida por el Congreso para decidir sobre dicha materia, por el de los magistrados...Cuando la ley delega en las autoridades del Poder Ejecutivo la determinación de las políticas y el dictado de las regulaciones que a su juicio resulten más adecuadas para cumplir los cometidos preestablecidos por aquél, los jueces no pueden ex post facto sustituir el criterio adoptado por las autoridades administrativas, al considerarlas inconvenientes y juzgarlas según su propia discreción sustituyendo indebidamente la que es propia del Poder Ejecutivo”⁷⁴.

11. La responsabilidad del Estado por omisión en el deber de seguridad pública

Como vimos, existen distintos tipos de seguridad. Esa diversidad implica que haya que discriminar por necesidad la responsabilidad del Estado por omisión del deber de prestar seguridad según la clase o modalidad de seguridad requerida.

Cuestiones de espacio y, principalmente, de pertinencia con el propósito de este trabajo, nos obligan a limitarnos ahora a la responsabilidad del Estado por la omisión de la obligación de prestar seguridad policial pública.

Para ser más claros, el supuesto en abstracto es el del ciudadano que es víctima de un delito y pretende demandar al Estado por no haberle prestado la adecuada seguridad del caso. Si el Estado hubiera actuado como era debido -razonan algunos-, el corolario lógico hubiera sido la evitación del evento y, por ende, del daño.

Así las cosas.

Ante todo, conviene recordar que es doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados⁷⁵.

Esa obligación, como bien se ha resaltado, es de carácter permanente, pues “...es obligación del personal policial dedicarse de modo exclusivo y permanente al servicio; ellos están obligados a actuar en cualquier momento a fin de prevenir la comisión de delitos que pongan en peligro la seguridad de la población...es el único agente estatal que se encuentra veinticuatro horas al servicio de la función, de modo efectivo o potencial⁷⁶.

Ahora bien, aun dentro de este marco, la jurisprudencia se ha mostrado reacia, como principio, a encontrar responsabilidad del Estado fundada en el deber genérico de seguridad policial.

En primer lugar, se ha sostenido el principio general en el punto que nos ocupa: “Que, como

⁷³ MUÑOZ (h), Ricardo A., "Procedimiento administrativo de 'tercera generación' a la luz del sistema protectorio internacional de derechos humanos", en AAVV "Procedimiento administrativo. 20 años de la reforma constitucional", pág. 424/426 y ss, Astrea RAP, Buenos Aires, 2015.

⁷⁴ C.S.J.N., “FRIAR S.A. C/ Estado Nacional -Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos- Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y S.E.N.A.S.A. S/ Daños y Perjuicios”, del 26.09.06, en Fallos 329:3966, con cita de precedentes en el mismo sentido.

⁷⁵ C.S.J.N., “MARIA C. ECHEGARAY E HIJOS c/ Nación Argentina”, del 03.09.41, en Fallos 190:132; “BALBUENA, B.G. c/ Provincia de Misiones”, del 05.07.94, en Fallos 317:728; “SCAMARCIA, Mabel y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ Daños y Perjuicios”, del 12.09.95, en Fallos 318:1725; “COSSIO, Susana I. c/ Policía General y otro”, del 24.11.04, en Fallos 327:5295; entre otros.

⁷⁶ SALVATELLI, Ana, “La responsabilidad del Estado por el uso de armas de fuego reglamentarias, bajo situación de estado policial”, pág. 58, Primera Edición, Ediciones RAP, Colecciones Thesis, Buenos Aires, 2012.

regla, no es razonable asignar el deber genérico de 'defender contra las vías de hecho la vida, la libertad y la propiedad de las personas' -a que alude el art. 8° de la ley 21.965- un alcance de tal amplitud en orden a la responsabilidad del Estado por la prevención de los delitos que lleve a la absurda consecuencia de convertir al Estado Nacional en responsable de las consecuencias dañosas de cualquier delito, extraño a su intervención directa y competencia”⁷⁷.

Y con particular referencia al deber de seguridad así entendido, se dijo que “...el Tribunal ha sostenido que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que 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 involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”⁷⁸.

Luego, el Alto Tribunal ha aclarado que “...quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular, vale decir, tanto la falta de legitimidad de la conducta estatal como la idoneidad de ésta para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama”⁷⁹.

La obligación del servicio de policía y seguridad, en palabras de la Corte, “...se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar”⁸⁰.

Con mayor precisión aun, en autos “Mosca”⁸¹ la Corte dejó sentado que “...resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. En este sentido, el servicio de seguridad 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. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que

⁷⁷ C.S.J.N., “RUIZ, Mirtha Edit c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 07.11.89, en Fallos 312:2138; “SARRO, Antonio y otros c/ OCA S.R.L. y otros (Buenos Aires, Provincia de) s/ daños y perjuicios”, del 27.12.90, en Fallos 313:1636; reiterado más recientemente en “LÓPEZ CASANEGRA, Antonio y otra c/ Santiago del Estero, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, del 15.08.06, en Fallos 329:3168. En este último supuesto, al rechazarse los daños reclamados derivados de la presunta falta de servicio en que habrían incurrido la Provincia y la Nación por no brindar la debida seguridad en oportunidad de la irrupción en el domicilio del afectado de un grupo de personas -una turba- que, en el marco de una violenta manifestación, destruyeron y saquearon su propiedad.

⁷⁸ C.S.J.N., “EXPRESO HADA S.R.L. c/ San Luis, Provincia de y otro s/ cobro de pesos”, del 28.05.02, en Fallos 325:1265; FERREYRA, Osvaldo A. c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, del 11.03.03, en Fallos 326:608; “MONTEROS, Guillermina y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, del 06.05.03, en Fallos 326: 1530; “POHLMANN, Jens Diatrach c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, del 12.08.03, en Fallos 326:2706; entre otros.

⁷⁹ C.S.J.N., “ROMAN SAC c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ Cobro de Pesos”, del 13.10.94, en Fallos 317:1233.

⁸⁰ C.S.J.N., “ZACARIAS, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otro s/ sumario”, del 28.04.98, en Fallos 321:1124.

⁸¹ C.S.J.N., “MOSCA, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (policía bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, del 06.03.07, en Fallos 330:563, donde se pretendía responsabilizar al Estado bonaerense por los perjuicios que causaron elementos arrojados en ocasión de un partido de fútbol desde adentro del estadio, que impactaron en quien se encontraba en las inmediaciones, provocándole severos daños.

haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende el actor, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables”.

Sostener la responsabilidad del Estado por omisión cuando de cada delito se tratara “...significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder”⁸².

En este contexto, se confirmó el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo que, a su turno, había rechazado la demanda promovida por la viuda de la víctima de un homicidio perpetrado contra un agente público dentro de las dependencias de la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES). La pretensión se fundaba en que supuestas amenazas que habría recibido el funcionario víctima del homicidio, así como conductas previas del agresor, darían lugar a un deber de custodia más concreto por parte del Estado. Entre otras razones, la Corte apuntó que “...la víctima no había solicitado una custodia policial adicional que hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado basado en una obligación preexistente”⁸³. No habiendo deber específico⁸⁴ de custodia, se desvanecen los fundamentos por los cuales el Estado podría responder.

Por su parte, la nueva ley 26.944⁸⁵ a nivel de derecho federal rige “la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas” (art. 1), y en lo que ahora es de interés explica los presupuestos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima, entre los cuales se encuentra la “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” (art. 3, inc. “d”).

En suma, pareciera que la responsabilidad del Estado no prosperaría cuando se trate del genérico y difuso deber de prestar seguridad al ciudadano. La regla general es, entonces, que el Estado no responde por omisión de prestar seguridad ciudadana o policial ante la comisión de delitos. Ello no implica, claro está, que las puertas se cierren herméticamente. Cuando ese deber se transforma en un deber concreto y específico, que se singulariza e individualiza en una persona o grupo de personas, podría encontrarse responsabilidad en la omisión del Estado de haber prestado la obligación particularmente asumida.

12. A modo de colofón

⁸² C.S.J.N., “COLAVITA, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, del 07.03.00, en Fallos 323: 318; “RODRIGUEZ, Eduardo J. c/ Buenos Aires, Provincia de; Concesionario Vial del Sur S.A. y otro s/ sumario – daños y perjuicios”, del 09.11.00, en Fallos 323:3599; reiterado luego en “COHEN, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, del 30.50.06, en Fallos 329:2088.

⁸³ C.S.J.N., “CARBALLO DE POCHAT, Violeta Sandra L. c/ ANSES s/ daños y perjuicios”, del 08.10.13.

⁸⁴ En un distinto pero afín orden de ideas, cuando de accidentes con animales sueltos en rutas o calles se trata, sin dejar de lado la regla en la materia establecida en “Bianchi” (Fallos 329:4944) y “Ferreyra” (Fallos 329:646), algún miembro de la Corte ha encontrado responsabilidad del Estado por omitir, justamente, una disposición municipal que exigía una concreta y específica participación y vigilancia activa por parte de la comuna sobre las vías públicas para evitar el ingreso de animales, “lo cual implicó la asunción de un deber determinado, el compromiso de prestar un servicio y no una mera declaración de principios generales referentes a la necesidad de velar por la seguridad del tránsito vehicular” (del voto del Dr. Lorenzetti en “CLELAND, Guillermo Federico c/ Costilla, Raúl Orlando y otra”, del 05.06.07, en Fallos 330:2570).

⁸⁵ Cabe destacar que en la Provincia de Santa Fe no existe aun una ley que regule la responsabilidad del Estado. Para ver las posiciones que podría adoptar el legislador ante el vacío legal considerando las discordancias existentes sobre el punto entre el nuevo Código Civil, la Ley 26.944, y la propia Constitución provincial, véase DOMINGO, Hugo R. - MOSCARIELLO, Ricardo V., “La provincia de Santa Fe no puede adherir sin cortapisa a la ley nacional de responsabilidad del Estado”, en La Ley Litoral, 2015 (mayo), 358.

Dijimos al principio que el Estado moderno se sustenta, en última instancia, en el aseguramiento y mantenimiento de la paz mediante el monopolio de la fuerza y la coacción. Ahora bien, vemos la paradoja de un Estado que interviene cada vez más en distintos ámbitos de la vida moderna y del mercado, pero al mismo tiempo no puede garantizar una de las funciones mínimas y más esenciales de todo Estado moderno, como es garantizar la seguridad ciudadana.

Así, nos encontramos con que en la realidad cotidiana, el Estado se está acercando a un "default moral" al estar perdiendo el monopolio de la fuerza, y con ello, no poder garantizar a sus ciudadanos uno de sus derechos fundantes y fundamentales más básicos e importantes.

Resulta necesario, por tanto, que el ciudadano se involucre en la gestión y control de las políticas públicas de seguridad ciudadana, para exigirle a la Administración la formulación de políticas inclusivas en la materia (otras veces construyendo dichas políticas junto con la Administración). Involucrándose y comprometiéndose, de tal modo, con su destino social, en el marco del respeto de los derechos humanos, coadyuvando a la gestión objetiva de los intereses generales o bien común.

Necesitamos para ello, ciudadanos valerosos; al igual que profesionales en la Administración involucrados, probos, idóneos, que aporten soluciones imaginativas (pero no mágicas), con coraje, funcionarios que sean verdaderos "servidores públicos"⁸⁶.

Y, en tal sentido, requerimos de una Administración eficiente, eficaz en la promoción de políticas inclusivas, y de seguridad ciudadana, que sean formuladas con participación ciudadana, que tengan debidos controles de gestión, de objetivos y de calidad, todo ello en el marco de las políticas de gobernanza y de buena Administración. Recordando siempre, por otro lado, lo que nos enseña el profesor Coviello, en cuanto que "el Estado es el principal servidor y custodio del bien común o interés público". Y en igual inteligencia, "el poder es vicarial, está al servicio de los gobernados"⁸⁷.

Por otra parte, auguramos un cambio también en el paradigma del ciudadano en su relación con sus pares y, más precisamente, con el Estado. Mucho podrá contribuir a la seguridad ciudadana superar el superficial punto de miras que encierra ver al Estado como lo otro, lo ajeno, o hasta lo antagónico a los intereses del ciudadano. Solamente en la inteligencia de que la cosa pública nos pertenece a todos, y que tanto en las cosechas prósperas como en las sequías internas siempre se forma parte del todo, podrá iniciarse el camino que -cuidando de lo público- nos conduzca a una mayor y mejor seguridad ciudadana.

Finalmente, y quizás como un desprendimiento indirecto de este modo incorrecto de entender la vida en sociedad, resta concluir que la inseguridad produce un efecto disgregador, perdiéndose -ante el temor de ser víctima de violencia- un elemento aglutinador fundamental de la sociedad, como es el valor de la solidaridad.

⁸⁶ En tal sentido, en derecho mexicano se habla del agente que se desempeña en la función pública como "servidor público", confundiendo tal expresión con la figura del "servicio público" (de cuño francés). BÉJAR RIVERA, Luis José, "Curso de derecho administrativo", pág. 53, 63 y ss., Oxford University Press, México D.F., 2007.

⁸⁷ COVIELLO, Pedro J.J., "El principio de juridicidad y el interés público en el procedimiento administrativo", en AAVV "Procedimiento administrativo. 20 años de la reforma constitucional", pág. 315 y ss, Astrea RAP, Buenos Aires, 2015.