



Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

estudiosconstitucionales@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de

Chile

Chile

Freitas, Juarez; Vichinkeski Teixeira, Anderson

Omisión inconstitucional: una ampliación conceptual en el ámbito de las políticas públicas

Estudios Constitucionales, vol. 11, núm. 1, 2013, pp. 143-165

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82059136004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

OMISIÓN INCONSTITUCIONAL: UNA AMPLIACIÓN CONCEPTUAL EN EL ÁMBITO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS*

UNCONSTITUTIONAL OMISSION: FOR ITS CONCEPTUAL EXTENSION
IN THE FIELD OF PUBLIC POLICIES

JUAREZ FREITAS**

Profesor de la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA***

Profesor de la Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS)

RESUMEN: Este artículo pretende discutir la viabilidad de una reinterpretación del concepto de omisión inconstitucional a la luz de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, sobre todo del principio de la sostenibilidad. Por eso, analizamos el tema de la responsabilidad objetiva del Estado por omisiones inconstitucionales, describiendo sus características principales, modalidades de aplicación y posibilidades a partir de las perspectivas propuestas en el presente estudio. En ese sentido, se propone la inversión de la carga de la prueba, en provecho del ciudadano, siempre que se deba discutir el daño injusto causado por una conducta omisa o activa de la Administración Pública. El principio

* El artículo es producto de investigaciones conducidas en el *Instituto de Altos Estudos de Direito Público* (Brasil). Los autores son gratos a los comentarios de los Profesores Raúl Cervini (Uruguay) e Darci Guimarães Ribeiro (Brasil). Trabajo recibido el 28 de marzo de 2012 y aprobado el 26 de noviembre de 2012.

** Doctor (1994) en Derecho por la *Universidade Federal de Santa Catarina* (BR). Período de investigación posdoctoral en la *Università degli Studi di Milano* (2010). *Visiting Researcher* en la *Oxford University* (2007). Profesor Titular e ex Director (1996-2007) del Programa de Postgrado en Derecho de la *Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul* (PUC/RS). Profesor de Derecho Administrativo de la *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS). Director de la *Revista Interesse Público*. Presidente del *Instituto de Altos Estudos de Direito Público* (www.altosestudos.com.br). Presidente do *Instituto Brasileiro de Direito Administrativo* (2005-2007). Consultor jurídico y abogado.

*** Doctor (2009) en Teoría y Historia del Derecho por la *Università degli Studi di Firenze* (IT), con periodo de investigación doctoral en la Facultad de Filosofía de la *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Período de investigación posdoctoral en la *Università degli Studi di Firenze* (2010). Maestría (2005) en Derecho del Estado (PUC/RS). Profesor del Programa de Postgrado en Derecho de la *Universidade do Vale dos Sinos* (UNISINOS). Consultor jurídico y abogado. Otros escritos del autor están disponibles en www.andersonteixeira.com.

de proporcionalidad y la reserva de lo económicamente posible (Vorbehalt des finanziell Möglichen) son dos conceptos estudiados con el objetivo de producir conclusiones argumentativamente sólidas en la defensa de la Constitución contra políticas públicas inicuas, insuficientes o desproporcionadas.

ABSTRACT: *The article attempts to discuss the possibility of a reinterpretation of the conception of unconstitutional omission in the light of the fundamental rights and of the constitutional principles, especially the principle of sustainability. For it, we analyze the issue of State's objective liability for unconstitutional omissions, describing its main characteristics, implementation modalities, and some possibilities from the perspectives presented in this study. In this sense, we propose the inversion of the burden of proof, in benefit of the citizen, always that we must discuss if the damage was caused for an unfair conduct of the Public Administration. The principle of proportionality and the reserve of possible (Vorbehalt des finanziell Möglichen) are concepts studied in order to produce conclusions argumentatively solid in the defense of the Constitution against iniquitous, insufficient or disproportionate public policies.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho constitucional. Omisión inconstitucional. Políticas públicas.*

KEYWORDS: *Constitutional law. Unconstitutional omission. Public policies.*

INTRODUCCIÓN

Una postura hermenéutica en condiciones de superar las inconstitucionalidades dolosas y culposas, en materia de políticas públicas, se muestra crucial para deshacer el presente cuadro patológico de irresponsabilidad que provoca cascadas de daños especiales, anómalos y jurídicamente inicuos. En ese momento, es indispensable acoger nuevas premisas reformadoras de la interpretación constitucional, especialmente a partir de la relectura simultánea de los derechos subjetivos, de la causalidad y de la responsabilidad del Estado, por acciones y omisiones desproporcionadas, en una relación directa con el deber de hacer el Poder Público asumir los desafíos de la sostenibilidad, los cuales no pueden ser confundidos con la vieja teoría de la obediencia ciega a la ley, sin considerar los efectos. Lo que se pretende con ese comentario inicial es defender que compete al Estado-Administración aplicar la Constitución en tiempo hábil y de oficio, cumpliendo celosamente los deberes indeclinables por ella establecidos y correlacionados al derecho fundamental a la buena administración pública.

Es necesario hacer esa reinterpretación con fines a una *protección ampliada, eficiente y eficaz de la constitucionalidad*,¹ sobre todo por parte de la propia Administración Pública, no solamente por los tribunales. Por cierto, en su época, representó un avance entender que administrar sería aplicar la ley de oficio, sin

¹ Para ampliar los argumentos en favor de la guarda ampliada de la Constitución, ver FREITAS, Juárez. (2010b), pp. 217-238. Ver, sobre todo, FREITAS, Juárez. (2009a).

rendición a subjetivismos excesivos.² Sin embargo, importa ahora dar un paso adelante y asimilar la idea que *administrar es aplicar la Constitución en tiempo hábil y de oficio*. Eso no excluye la preocupación por la legalidad, sino que realza el compromiso soberano de asegurar, en el ámbito de las políticas públicas, la eficacia de la red compleja de los principios fundamentales, entre ellos el principio multidimensional de la sostenibilidad.³

El Estado-Administración necesita compensar y, especialmente, *evitar* (con prevención y precaución) *los daños oriundos de toda y cualquier actuación administrativa desproporcionada por exceso o inoperancia* en la tutela de los derechos fundamentales de todas las dimensiones. Es tiempo, por lo tanto, de replantear la responsabilidad del Estado Constitucional, en sintonía con *la primacía directa e inmediata de los derechos fundamentales*⁴, punto que ya es explotado jurisprudencialmente, pero podría ser aún más.

Conviene elucidar: no se trata de preconizar el activismo judicial exacerbado, pues no se puede olvidar que, en el interior de tribunales eventualmente retrógrados (como puede bien ilustrar la experiencia estadounidense), los activistas de mala calidad suelen producir verdaderos desastres. Se trata, en primer lugar, de defender un activismo de la Constitución que no excluya otros protagonistas, además de los jueces. No se puede excluir el Parlamento, ni tampoco la Administración y, sobre todo, no se puede eclipsar la sociedad. Todo lo que pueda ser decidido por la sociedad es preferible como ideal regulador.⁵ Así, la propia Administración Pública es llamada a ser activista –de oficio– de los objetivos fundamentales, sin que el mérito administrativo sirva de pantalla para la falta de mérito republicano en la implementación de las políticas públicas. En segundo lugar, se intenta que los intérpretes no se omitan ante la inercia afrentosa a la Constitución, sin negar la alteridad substancial del sistema normativo. En otras palabras, no debemos ser negligentes con el hecho de que la autocontención,⁶

² Ver la contribución clásica de FAGUNDES, Miguel Seabra. (1957), p. 17.

³ Para ulteriores estudios, ver FREITAS, Juárez. (2011a). p. 344. Tal principio determina el cambio, por ejemplo, del propio objeto de las contrataciones administrativas, así como de los criterios para evaluación de la propuesta más ventajosa en las licitaciones públicas.

⁴ Ver SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo (org.). (2011).

⁵ Ver FREITAS, Juárez. (2011b).

⁶ No se ignoran las preocupaciones con la confianza en la legitimidad del Judiciario y con la relación cooperativa que éste debe mantener con otras instituciones, sin abdicar de su rol, como provoca, en el contexto estadounidense, BREYER, Stephen. (2010).

en determinadas circunstancias, puede simplemente encarnar el espíritu de conservación del *statu quo*.⁷ En tercer lugar, la mayor o menor intensidad del activismo judicial no será propiamente una cuestión de dogma invariable, sino de consideración eminentemente histórica, estratégica y contextual. En un determinado escenario, dominado por reaccionarios insensibles, lo mejor será defender la contención de los impulsos; en otro escenario, donde existan intérpretes dispuestos a combatir contra la inercia inconstitucional, la predicación del activismo de los controladores (en general, incluso del activismo judicial) se convierte en la conducta más adecuada.

Incuestionable es que el Estado existe para los derechos fundamentales, no al revés. En otras palabras, existe para salvar de la opresión, no para ofender o causar daños. Existe para prevenir, no para tardar. Existe para la impersonalidad, no para los caprichos de las dominaciones emotivistas. Existe para el desarrollo sostenible, no para rendir culto al crecimiento inflacionario e hiperconsumista a cualquier precio. Existe para promover la *conciencia ciudadana activa*, no para engañar a los consumidores vulnerables de las políticas públicas, en especial de las gubernamentales.

Las consideraciones subsecuentes en esa investigación solamente tendrán pleno significado si comprendidas en ese horizonte teleológico, donde se cortan las cadenas del patrimonialismo, incluso sus trampas y su fijación mórbida por el *statu quo*. No se trata, por cierto, de suponer cándidamente que la mera ampliación de la *judicial review* (con la judicialización de las políticas públicas) resolvería todo.⁸ Hay que pensar en una atmósfera ampliada de responsabilidad sostenible (pública y particular) para los derechos fundamentales, de modo que los daños causados por acción u omisión no ocurran o dejen de ocurrir por cuenta de la actuación diligente de la propia sociedad. En resumen, sin suscribir el paternalismo autoritario, el objetivo es encontrar postura hermenéutica (realista y moralmente idónea), democrática y activadora de la Constitución, capaz de enfrentar, con ponderación proporcional y racionalidad argumentativa,⁹ los inmensos sufrimientos causados por las acciones y omisiones antijurídicas.

⁷ Ver SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. (1988), pp. 7-59.

⁸ Ver, a propósito, TUSHNET, Mark. (2010), pp. 49-70.

⁹ No se acogen, mismo que no se deban ignorar, las conocidas objeciones a la ponderación, emprendidas por HABERMAS, Jürgen. (1998a). Ver, también, Íd. (1998b), pp. 13-25.

1. SUPERANDO EL MITO LEGALISTA ACERCA DEL CONCEPTO DE OMISIÓN INCONSTITUCIONAL

El derecho constitucional afirmó históricamente un concepto de omisión inconstitucional como una “violación al deber de legislar” por parte del legislador o de quién tenía competencia para tanto.¹⁰ Sin embargo, muchos son los casos en que las inconstitucionalidades son consecuencias de omisiones del poder público delante de deberes constitucionales de naturaleza administrativa, como el deber de reglamentar normas constitucionales o el deber de dar efectividad a dichas normas. Por eso, la definición de omisión inconstitucional no se limita exclusivamente a los casos de omisión legislativa, sino que también se extiende a las incontables conductas omisas de la Administración Pública que diariamente violan derechos fundamentales con conductas que *stricto sensu* materializan la noción de omisión inconstitucional en cuanto inacción estatal.

La comprensión legalista del concepto de omisión inconstitucional, limitando su utilización tan sólo a los casos de ausencia de legislación, es inadecuada por dos razones fundamentales:

I. la concretización de los derechos fundamentales no se hace solamente por medio de la producción de nuevas normas reglamentarias, sino también –y primordialmente– por medio de la aplicación –administrativa o judicial– de las normas ya existentes, aun cuando eso demanda una postura arrojada y efectiva del agente público;¹¹ resaltemos que la inexistencia de una regla específica (norma reglamentaria) no es causa para la inacción/omisión, pero motivo suficiente para una mayor aproximación cognitiva entre el intérprete/aplicador y el caso concreto;¹²

II. el carácter integral y omnicomprensivo de la doctrina de los derechos humanos y, fundamentalmente, el modo como ha sido recibida en el derecho brasileño en la gran parte de los Estados occidentales, posibilita afirmar que la insuficiencia normativa frente a los clamores del caso concreto es más un problema hermenéutico que un problema legislativo, pues la autoaplicabilidad de los derechos fundamentales pone en manos del intérprete/aplicador del derecho el

¹⁰ Sobre el tema, ver ilustrativamente VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. (1997).

¹¹ Sobre la competencia de la justicia constitucional para hacer la defensa de los derechos fundamentales y, sobre todo, de la Constitución, recomendamos el estudio de ALCALÁ, Humberto Nogueira. (1993).

¹² Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. (1998), pp. 47-49.

poder de crear, de realizar, de encontrar la mejor –no la única– respuesta correcta para el caso concreto.

Son propiamente en casos de omisión administrativa que se puede ver aflorar todas las deficiencias hermenéuticas de un modelo de sistema de derecho basado más en la interpretación literal que en la interpretación sistemática, más en la postergación de la solución del problema que en su enfrentamiento inmediato, más en la salvaguardia máxima de las Cortes Constitucionales que en la satisfactoria respuesta judicial de alguien que localmente podría haber atendido de modo más eficiente las necesidades de los ciudadanos. La omisión hodierna, sobre todo administrativa, del poder público constituye una inconstitucionalidad silenciosa y perenne que debe ser enfrentada con la misma, o mayor, gravedad de la omisión inconstitucional de naturaleza legislativa.¹³

Según Gustavo Zagrebelsky, interpretar es buscar la “norma adecuada tanto al caso quanto al ordinamento”.¹⁴ En otras palabras, “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além da sua dimensão textual”.¹⁵ La omisión del intérprete/aplicador frente a la norma constitucional definidora de derechos fundamentales se constituye inmediatamente, en un fallo hermenéutico, de modo que, mediatamente, produce el resultado más gravoso: una conducta lesiva a la norma constitucional, a saber, una omisión inconstitucional.

Si consideramos que, en el control de constitucionalidad por omisión de actos normativos o con fuerza de ley, el parámetro constitucional para la determinación de la legitimidad constitucional debe ser, necesariamente, una norma que no goce de autoaplicabilidad inmediata e eficacia plena, so pena de pérdida del objeto de la acción¹⁶, en el caso de omisión inconstitucional por parte de la

¹³ En este sentido, la siguiente afirmación del Ministro Celso de Mello debe aplicarse no sólo al Estado mientras sujeto dotado de poder legislativo, pero sobre todo al Estado en cuanto sujeto encargado de asegurar los derechos fundamentales, pues: “As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado –além de gerar a erosão da própria consciência constitucional– qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário”. (STF – Pleno – ADI 1442/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 03/11/2004 – DJ: 29/04/2005).

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. (1992), p. 182.

¹⁵ FREITAS, Juarez. (2010a), p. 78.

¹⁶ ADI-MC 297/DF – Relator Ministro Octavio Gallotti – Julgamento: 25/04/1996 – DJ: 08/11/1996. Para ulteriores informaciones sobre los parámetros en el control de constitucionalidad, ver CICONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson V. (2010), pp. 82-83.

Administración Pública el parámetro deberá ser autoaplicable y de eficacia plena o estar reglamentado, una vez que la inconstitucionalidad por omisión estará en la conducta *stricto sensu* e *inter partes* del agente público que violó, por ejemplo, derechos fundamentales a los cuales debería haber sido dada autoaplicabilidad inmediata y eficacia plena. Estamos ante un *deber constitucional* que ningún intérprete/aplicador puede intentar desobedecer.

Como forma de eximirse del deber constitucional el Estado busca el argumento de la imposibilidad de atender de modo adecuado a todas las personas en sus demandas individuales de protección y garantía de sus derechos fundamentales. Tal argumentación se basa en la tesis de la reserva de lo económicamente posible (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*).¹⁷ Pero eso no se aplica en situaciones que pueden resultar en la negación del derecho fundamental del individuo, especialmente como podemos ver en casos que envuelvan la salud pública.¹⁸ Esa posición puede ser sentida, ilustrativamente, en decisión del Superior Tribunal de Justicia brasileño al reafirmar que: “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros”¹⁹. Cuando se trata de derecho a la salud, ocurrirá, indubitadamente, la responsabilidad solidaria entre los entes federados, desde que se verifique la incapacidad del ente específico en prestar la debida asistencia médica.²⁰

¹⁷ En virtud de los objetivos de nuestro estudio en la presente investigación, no es posible entrar en el debate sobre el tema en cuestión. Recomendamos, como literatura favorable al principio de la reserva de lo económicamente posible, la obra de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. (2000).

¹⁸ Sobre el tema, ver SARLERT, Ingo; TIMM, Luciano. (2008).

¹⁹ STJ – Segunda Turma – Resp 771.537/RJ – Relatora Ministra Eliana Calmon – DJ 03/10/2005.

²⁰ “Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento”. STF – Pleno – SF 47 AgR/PE – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 17/03/2010 – DJ: 30/04/2010. Aún en ese mismo sentido, véase STJ – Primeira Turma – Resp 1051023/RJ – Relator Ministro Falcão – Relator para acórdão Ministro Teori Zavascki – Julgamento: 11/11/2008 – DJ: 01/12/2008.

Ante posibles argumentos como ese de la reserva de lo económicamente posible, gana mayor importancia la comprensión de la omisión administrativa como un caso de omisión inconstitucional.

Procesalmente, no hay diferencias significativas que la omisión sea administrativa o legislativa. En efecto, el gran cambio ocurriría en el ámbito de la eficacia de la equiparación entre omisión administrativa y omisión inconstitucional:

(1) establecería como parámetro inmediato una norma constitucional definidora de derecho fundamental, lo que permite *a priori* atribuir al ofendido primacía frente a otros derechos en conflicto, mayor viabilidad de tutela ya en carácter liminar, preferencia en el recibimiento de sus eventuales créditos contra el Estado, entre otras muchas posibilidades más favorables al ofendido;

(2) sería una forma de alejar la incidencia de la tesis de la reserva de lo económicamente posible, una vez que esta no se muestra compatible con el principio de la supremacía material de la Constitución que estaría nulificando la conducta activa y la conducta omisa del poder público al no garantizar determinado derecho fundamental.

Al final, por cierto, no ocurriría la descaracterización de un concepto como el de omisión constitucional. Ocurriría sí su ampliación y adecuación a las necesidades del ámbito administrativista, trascendiendo los límites iniciales de su posición claramente constitucionalista/legalista.

2. RESERVA DE LO ECONÓMICAMENTE POSIBLE, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Debemos considerar, con gran reserva, la reserva de lo económicamente posible, una vez que cuando presente el nexo de causalidad resulta irrazonable e inadecuada cualquier invocación de imposibilidad económica. En ese sentido, es provechoso reinterpretar la responsabilidad extracontractual del Estado, acogiendo la relación entre proporcionalidad, prevención y responsabilidad en el examen seguro y juicioso de la imputación del nexo causal.

Ejemplificando la perspectiva aquí preconizada, cabe apuntar algunos indicios confiables del avance en la jurisprudencia constitucional brasileña en esa dirección. Tales indicios pueden ser vistos en las siguientes decisiones del Supremo Tribunal Federal: (1) la omisión inconstitucional –causadora de daño jurídicamente inicu– por el incumplimiento del deber de matrícula de niños en guardería, teniendo en cuenta la aplicabilidad directa e inmediata del derecho

fundamental a la educación,²¹ vinculado intrínsecamente al derecho fundamental a la buena administración;²² (2) el deber del Poder Público de atribuir *absoluta prioridad* (en los términos del art. 227, de la Constitución brasileña) a lo que el texto normativo designa como tal, motivo por lo cual no se admite invocar la discrecionalidad administrativa o la imposibilidad económica para dejar de implementar, por ejemplo, programas de protección a niños víctimas de abusos sexuales;²³ (3) resulta configurado el nexo de causalidad entre la inercia inconstitucional y el evento dañino en la circunstancia explícita de negligencia estatal en el deber de vigilancia del preso que, después de reiteradas fugas, perjudica de modo criminoso a terceros;²⁴ (4) no se admite la omisión del incumplimiento del principio constitucional de la sostenibilidad, aun cuando no existe una ley formal que reglamente el tema.²⁵

Para sostener aserciones como esas, de manera consistente y sin endosar comportamiento temerario o fiscalmente irresponsable, la responsabilidad extracontractual del Estado necesita ser redimensionada a la luz fuerte de la primacía del derecho fundamental a la buena administración y²⁶ del correspondiente adelantamiento de las políticas públicas, las cuales suelen ser poco o nada propensas a acoger los imperativos de la proba impersonalidad, de la equidad intergeneracional, de la eficacia (Constitución brasileña, art. 74) y de la eficiencia (Constitución brasileña, art. 37) en la gestión pública.

Así, la responsabilidad civil o extracontractual del Estado merece ser repensada como el deber de las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado prestadoras de servicio público *lato sensu* de indemnizar o compensar, independientemente de consideraciones sobre culpa o dolo, los daños materiales

²¹ Ver RE-AgR 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, en el sentido de reputar esa una “inaceitável omissão governamental”.

²² Ver RE 603575 AgR/SC, sobre todo donde afirman que: “A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição”.

²³ Sobre el alejamiento de la invocación de la reserva del posible, ver RE 482.611/SC, Rel. Min. Celso de Mello. Sobre el tema, ver WOTTRICH, Lisandro. (2012).

²⁴ Ver, sobre la responsabilidad objetiva del Estado por omisión, RE 573595, AgR/RS, Rel. Min. Eros Grau. Sobre el tema, ver USTÁRROZ, Elisa. (2012).

²⁵ Ver FREITAS, Juarez. (2011a).

²⁶ Ver el capítulo sobre responsabilidad en FREITAS, Juarez. (2009b).

o inmateriales, individuales o transindividuales, causados de modo desproporcionado a terceros por sus agentes, en esa calidad, por acción u omisión.²⁷

Por consiguiente, la primacía del derecho fundamental a la buena administración pública necesita comprender el principio de proporcionalidad como prohibición de exceso y como simultánea prohibición de inercia o inoperancia, no sólo de insuficiencia. En ese sentido, el Estado afrontará las responsabilidades de modo objetivo no solamente por la conducta activa, sino por la omisión causadora de daños desproporcionados. Obviamente, son admitidas las siguientes circunstancias excluyentes del nexo causal:

- (a) culpa exclusiva de la víctima (excluyente total);
- (b) culpa concurrente (excluyente parcial);
- (c) acto o hecho de tercero (excluyente, en general, porque hay casos de responsabilidad civil del Estado resultantes de imposición legal);²⁸
- (d) la fuerza mayor (irresistible) o el caso fortuito;
- (e) imposibilidad motivada de cumplimiento del deber (no la mera alegación de la reserva de lo económicamente posible).²⁹

²⁷ Ver RE 495.740-AgR, Rel. Min. Celso de Mello: “A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do poder público nas hipóteses em que o *eventus damni* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). Filho recém-nascido acometido da ‘Síndrome de West’, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do poder público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido”. Sobre el tema, ver TEIXEIRA, Anderson V. (2012).

²⁸ Ver la Ley Nº 10.744/2003 (“assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo”).

²⁹ Ver, a respecto, Resp 1.051.023, Rel. Min. Teori Zavascki: “art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição”.

Pero si la responsabilidad extracontractual del Estado puede ser traducida como obligación de reparar o compensar, independientemente de culpa o dolo del agente, los daños materiales e inmateriales, individuales o colectivos, causados a terceros (no necesariamente usuarios de servicios públicos),³⁰ por acción u omisión desproporcionada, no hay que concebir regímenes distintos para conductas omisas y activas.

Reinterpretada, en ese caso, la *responsabilidad del Estado, por acción y por omisión, es una*. Conviene esclarecer que, al afirmarse tal unidad, no se pretende significar, diferentemente de otros enfoques, una presunción de culpabilidad de las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado prestadoras de servicios públicos. Lo que se afirma es la presunción del nexo de causalidad, una vez que son viables las mencionadas excluyentes, tanto en relación a las acciones como a las omisiones.

Tal presunción de causalidad nace directamente de la Constitución y del reconocimiento de la vulnerabilidad presumida de las posibles víctimas, es decir, de la teoría del riesgo administrativo, ahora reinterpretada con la presunción del nexo causal. Así, el particular, la supuesta víctima, es quien se presume veraz en la afirmación del nexo. La presunción de legitimidad, en esa situación, debe venir en defensa de las víctimas potenciales de las conductas desproporcionadas del Poder Público o de sus delegados, no militando a favor del Estado, como suele ocurrir en otras áreas del Derecho Administrativo.

Siguiendo tal raciocinio, las conductas activas y las omisas, una vez presente el enlace causal, serán *siempre antijurídicas en sentido sistémico*, incluso cuando “lícitas” en sentido estricto, es decir, consideradas tan sólo las conductas de los agentes. Y lo serán, justamente por violar derechos fundamentales, aun en los casos de ejecución equivocada de ley o aplicación de una regla declarada inconstitucional posteriormente.

Por todo eso, no existe nada de substancial en el sistema jurídico brasileño para diferenciar de modo radicalmente distinto acciones y omisiones. Ambas conductas pueden afectar derechos fundamentales, pues la responsabilidad demanda el proporcional cumplimiento de los deberes relacionados a la tutela de la totalidad de los derechos fundamentales. Entendido el nexo causal en esos

³⁰ Ver RE 591.874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski: “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários, e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da CF. A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado”.

términos, no se constata motivo plausible para que la víctima soporte las cargas de la prueba por la culpa o dolo de los agentes públicos que incurrieron en omisión prestacional. A la víctima incumbe simplemente alegar la antijuridicidad, sea por la ocurrencia de excesos, sea por la no menos nociva inactividad. Tanto en una hipótesis como en la otra, desde que haya ocurrido la violación, se cristaliza el daño compensable o indemnizable.³¹ En contrapartida, el agente³² solamente podrá ser responsabilizado subjetivamente³³ (en los casos de culpa o dolo) por medio de acción de repetición.

Puesto en otros términos: según la directriz constitucional de la proporcionalidad, la teoría del riesgo administrativo³⁴ se revela sobria, efectiva y eficaz, siendo contraria a atajos heurísticos peligrosos³⁵ y superadora de la concepción tradicional de causalidad.

Tal visión de la responsabilidad no ignora más los efectos cumulativos, ni los riesgos complejos. Reconoce que, en el presente momento, *el riesgo mayor es el de la omisión que poco o nada hace, fingiendo hacer el máximo posible*. Está destinada a activar los principios substanciales de la Constitución hacia un *activismo de la propia Constitución y de sus objetivos fundamentales*.

Constatación muy importante: el sentido de proporcionalidad determina que el Estado no actúe con demasía, tampoco de modo inoperante, en la consecución de los objetivos fundamentales de la República (Constitución brasileña, art. 3º). Desproporciones –para más o para menos– caracterizan violaciones al referido principio y, así, producen inconstitucionalidades. Ilustrando el argumento, si la Administración Pública no respeta la duración razonable del proceso administrativo o tarda en exceso para marcar consulta médica u ofrecer lecho hospitalario, aunque fuera de institución perteneciente al sistema de salud pública, resultaría inefectiva en el cumplimiento nuclear de los deberes constitucionalmente establecidos.

³¹ Sobre las características del daño pasible de indemnización, ver RIVERO, Jean. (1981), pp. 314-315. Sobre la naturaleza pecuniaria del resarcimiento, ver ALESSI, Renato. (1960).

³² Sobre las personas susceptibles de ser considerados agentes, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (2010), p. 1008.

³³ Ver RE 32.904, Rel. Min. Carlos Britto, al defender garantía “em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular”.

³⁴ Existen significativas distinciones entre responsabilidad extracontractual y contractual, en el campo del Derecho Administrativo. El presente comentario versa apenas sobre la responsabilidad extracontractual.

³⁵ Ver KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (orgs.). (1982).

La antijuridicidad es consecuencia de la inobservancia, por inercia, de los deberes directamente estatuidos en la Ley Fundamental. Se trata de *arbitrariedad por omisión*. De manera que, desde la conjugación del nexo causal directo (primer requisito) entre acción u omisión de agente público (segundo requisito) y el daño jurídicamente inicu (tercer requisito), dimana el deber de reparar o compensar, incumbiendo la carga de la prueba por la no-formación del nexo causal al Poder Público o a sus delegados.

El principio de proporcionalidad no establece mera adecuación medio-fin. Para ser exacto, esa ofensa a la proporcionalidad ocurre, con frecuencia, cuando el agente público atribuye prioridad (o deja de dar prioridad) a uno en detrimento abusivo de los otros.³⁶ Conviene resaltar que, al erradicarse de modo nuclear un derecho fundamental, se consubstancia una conducta dañina. Vale decir que el *agente público está obligado (1) a sacrificar el mínimo para defender el máximo de los derechos fundamentales y (2) a realizar el máximo de los derechos fundamentales con el mínimo de cargas para la sociedad*.³⁷

3. PROPORCIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DEL ESTADO POR OMISIONES INCONSTITUCIONALES

Pese a eso, las evoluciones doctrinarias y el trabajo jurisprudencial contribuirán para perfeccionar y, fundamentalmente, para difundir los instrumentos conceptuales favorables a la idea de que el Poder Público está obligado a sacrificar el mínimo para alcanzar el máximo en términos de eficacia de los derechos fundamentales. Pero es imprescindible subrayar que el *Poder Público debe abstenerse adecuadamente y tan sólo en la medida necesaria, sin practicar la omisión causadora de daños inicu*. Es decir, existen omisiones lícitas y positivas, pero existen también omisiones que son antijurídicas e interdictadas: las omisiones desproporcionadas. Tal distinción debe ser hecha con mayor atención especialmente en el control de los actos, contratos y procedimientos administrativos.

En ese aspecto, no es demasiado decir que la evolución del sentido de proporcionalidad se encuentra sólo esbozada. En materia de responsabilidad del Estado por omisión existe un largo periplo a recorrer. Hace falta, seguramente, extraer consecuencias, en términos de causalidad, de la prohibición de la inercia o de la inoperancia. Por cierto, bajo la presión y la inseguridad derivadas del flagrante

³⁶ Para un estudio más profundizado del tema, ver FREITAS, Juárez. (2010a).

³⁷ Sobre tal noción de proporcionalidad, ver FREITAS, Juárez. (2009a). Cap. 1.

y continuado déficit prestacional, en áreas esenciales, la aplicación del principio, en esa perspectiva, demanda el rediseño del foco de atención, especialmente para concretizar los emergentes principios de la prevención, de la precaución y de la sostenibilidad.

En passant, debemos recordar los criterios clásicos que permiten, de modo más o menos seguro, determinar la responsabilidad extracontractual por exceso. En ese sentido, existen, al menos, tres subprincipios consagrados que dependen de la aprobación en el test de la proporcionalidad:³⁸ el subprincipio de la adecuación entre medios y fines, el subprincipio de la necesidad y el subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto. Importa, de modo enfático, optimizar la aplicación del test en el control proporcional de las acciones y omisiones de las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado prestadoras de servicio público.

Sin embargo, al tratarse específicamente del tema de la omisión, tenemos que mirar más adelante. Es necesario agregar las debidas adaptaciones para que el test de la proporcionalidad funcione mejor. Tres son las cuestiones pertinentes, en el examen de cada caso, para constatar si ocurrió, o no, la omisión dañina y desproporcionada:

I. ¿La abstención estatal fue adecuada o fue una omisión negligente con los medios eficientes y equitativos para la obtención eficaz de los fines y objetivos constitucionales?

II. ¿La abstención estatal fue necesaria o se trató de omisión generadora de sacrificios inicuos e inaceptables para las partes?

III. ¿En el *trade-off* entre eficiencia y equidad, el costo-beneficio de la abstención fue justificable o se trató de omisión de consecuencias racionalmente inaceptables?

A partir de ese test, adaptado a las peculiaridades de la omisión, es viable caminar hasta el enunciado de *cuatro máximas* que relacionan expresamente responsabilidad y proporcionalidad:

I. Será jurídicamente inicuo y pasible de indemnización el daño causado por el Estado cuando su causa pueda ser, parcial o totalmente, imputable a agentes suyos, en esa cualidad, en función de conductas desproporcionadas (para más o para menos).

³⁸ La reprobación en el test tríptico de la proporcionalidad resulta en el deber de indemnizar. Sobre otro test (NESS test), recomendable conferir CANE, Peter; GARDNER, John (orgs.). (2001).

II. La indemnización será proporcional a la configuración del nexo de causalidad, total o parcialmente.

III. El principio de la responsabilidad extracontractual objetiva y proporcional del Estado cohibe la arbitrariedad estatal omisa o activa, sin perjudicar las excluyentes:³⁹ la presunción no es de culpabilidad, sino de nexo de causalidad.

IV. La conducta omisa es causa del daño jurídicamente inicuo, pues el principio constitucional de proporcionalidad prohíbe tanto el exceso como la inoperancia cuando se trata de deber prestacional, es decir, en la implementación de las políticas de Estado⁴⁰ y en la concretización del derecho fundamental a la buena administración pública. En ese sentido, los controles (interno, externo, social y judicial) de constitucionalidad prohíben no sólo excesos, sino inercias en materia de políticas públicas, prescritas por la Constitución, sin que eso configure el temido gobierno de los controladores. En otras palabras, según esa perspectiva, los posibles puntos de veto⁴¹ pasan a incorporar, en creciente medida, los puntos de veto a la omisión inconstitucional.

Asimiladas tales máximas, concernientes a la responsabilidad por omisión, se observa que las razones de Estado no pueden suplantar las razones serias de la Carta Constitucional.⁴² Es verdad que el nexo causal deberá ser directo: no se consuma el daño jurídicamente anómalo si la víctima haya dado causa, ni en la hipótesis de fuerza mayor (irresistible por definición, diversamente del caso fortuito, que puede resultar de causa interna), tampoco por hecho de tercero externo a la prestación del servicio público.⁴³ Y no se establece el nexo cuando imposible el cumplimiento del deber.

³⁹ Ver las diversas posiciones sobre el tema en FREITAS, Juarez. (2006).

⁴⁰ No se trata de comprender por completo constitucionalizadas las políticas de gobierno, pero sí las del Estado Sostenible, justamente las que deben ser implementadas cuando los gobiernos pasan. Para una visión crítica de la constitucionalización de las políticas de gobierno, considerando la hipótesis de que eso forzaría la producción de reformas constitucionales, ver ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. (2010).

⁴¹ Sobre puntos de veto y el potencial de cambio de políticas en distintos contextos institucionales, ver la teoría de TSEBELIS, George. (1997). pp. 89-117. Del mismo autor, ver TSEBELIS, George. (2000), pp. 441-474.

⁴² En el punto, tiene razón ACKERMAN, Bruce. (2009), p. 75: “Uma Constituição séria para o Estado moderno deve tomar medidas contundentes para assegurar que as pretensões burocráticas atinentes à técnica não sejam simples mitos legitimadores (...)”.

⁴³ Aparente excepción se encuentra en la citada Ley N° 10.744/2003. Bien observadas las cosas, se trata más de asunción que propiamente de daño injusto causado por el Estado.

De ese modo, el daño jurídicamente injusto, que vulnera derecho o interés legítimo (individual o transindividual), se caracteriza por ser: (I) cierto, (II) especial (no-eventual), aunque reflejo, y (III) discrepante de los parámetros normalmente aceptables. En una palabra: desproporcionado. En esa asociación entre proporcionalidad y responsabilidad, se trasciende, en profundidad, el vetusto y rígido corte dicotómico entre actos lícitos e ilícitos. En el propio Código Civil brasileño no es correcto afirmar que exista solamente responsabilidad por actos ilícitos. Se trata allí de regla que comporta excepción.⁴⁴

De cualquier suerte, para fines de responsabilidad estatal, regida por el Derecho Constitucional Administrativo, importa sobrepasar la dicotomía, por una razón superlativa: es innegable que la ocurrencia de las conductas públicas (activas u omisas), aun según la lógica subjetivista, no se justifica en contraste con la ampliación de las funciones contemporáneas del Estado Sostenible y también en virtud de la *inmediata y directa vinculación constitucional de la discrecionalidad del administrador, que representa un auténtico cambio de paradigmas del Derecho Administrativo*. De la noción de responsabilidad proporcional, contemplada de ese modo, se puede extraer las siguientes observaciones principales:

I. El deber de proporción permite que la víctima, en razón de su presumida vulnerabilidad (en Brasil, por fuerza de la Constitución, art. 37, párrafo 6º), no tenga la carga de probar la culpa o el dolo del agente. Suficiente que nada excluya, en el curso del proceso, la formación del nexo causal directo entre la acción o la inactividad y el evento dañino. Sin embargo, la responsabilidad extracontractual objetiva no es entendida como imputación ciega del deber indemnizatorio. Tal desentendimiento se mostraría conducente al peligro del riesgo absoluto. En contrapartida, se acoge la presunción *juris tantum* de la existencia del nexo de causalidad multidimensional, resguardadas las excluyentes.

II. En la sistemática brasileña, no se va al extremo de preconizar la indemnización por daños ajenos a la Administración. Lo que se reconoce es que la omisión puede causar, no sólo favorecer, el evento dañino.

III. Es fundamental efectuar el contraste del comando constitucional (art. 37, párrafo 6º, de la Constitución brasileña) con los arts. 43, 186 y 927, del Código Civil, en virtud de la necesaria relectura de la teoría del riesgo administrativo y del principio de la proporcionalidad. Siempre que se forme, sin interrupción, el nexo causal entre la conducta (acción u omisión) de los agentes públicos, en esa calidad, y el daño injusto causado a terceros (daño desproporcionado), existirá

⁴⁴ Ver, por ejemplo, la hipótesis prevista en el art. 188 del Código Civil brasileño.

el deber de indemnizar, teniendo el Estado que soportar la carga de la prueba respecto a la excluyente (parcial o total).⁴⁵

IV. Sin necesidad de abandonar el concepto de “culpa anónima” (no-individualizable) en términos de responsabilidad por conductas omisas del Poder Público, el incumplimiento de los deberes (o el desidioso cumplimiento) genera el deber de indemnizar o de compensar. Definitivamente, la omisión puede ser causa del daño anómalo e injusto. *Omisión incluso por la implementación intempestiva de políticas públicas*. No es aconsejable caracterizarla como simple condición para el evento dañino, tampoco hay que entenderla como mera situación favorable a la ocurrencia de perjuicio. La omisión lleva al frustrado principio activo del deber estatal incumplido.⁴⁶ Exactamente por eso es que se debe alejar la indagación adscrita a la noción de omisión “voluntaria”, negligencia o imprudencia, en los términos del Código Civil brasileño, art. 927. Todo eso porque, semejante a lo que ocurre con las conductas activas, *la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión deberá ser proporcional*, con la mencionada inversión de la carga de la prueba, que no se confunde con la simple presunción de culpa del Poder Público.⁴⁷

Asentados en esos puntos, debemos reforzar los argumentos que corroboran las asertivas favorables a la responsabilidad proporcional del Estado, tanto por acciones como por omisiones. En primer lugar, el art. 37, párrafo 6º, de la Constitución brasileña, no establece ninguna rigidez dicotómica en el régimen de la responsabilidad del Estado, en lo que se refiere a las conductas omisas o activas de los agentes públicos *lato sensu* al acogerse, conforme preconizamos, la noción de causalidad que no trata la omisión como mera *conditio*, una vez que

⁴⁵ Observa CHAPUS, René. (1999). p. 1193: “La responsabilité de la personne à qui réparation est demandée ne peut être engagée que si le fait qu'on lui impute a été cause ('directe', insistent les arrêts) du préjudice”. En el sistema brasileño, se adopta la teoría del daño directo e “inmediato”, sin endosar la teoría de la equivalencia de causas. El “inmediato”, todavía no significa reciente, pues lo que importa apurar es la producción, aún que concatenada a lo largo del tiempo o cumulativa, del daño jurídicamente inicuio.

⁴⁶ Plausible pensar que sea conducta comisiva por omisión. Sin embargo, solamente con reserva sería viable la distinción entre inactividad formal y material. Sobre el tema, ver PUENTE, Marcos Gómez. (2002).

⁴⁷ Marçal Justen Filho sustenta la presunción de culpabilidad derivada de la existencia de un deber de diligencia especial. En esa perspectiva, se defiende más propiamente la presunción de la existencia del nexo causal, tanto en las acciones como en las omisiones, subordinada a las excluyentes, con inversión de la carga de la prueba. El resultado es semejante, con la diferencia que se mantiene, en intelección tópico-sistemática, el carácter subjetivo de la responsabilidad del agente, es decir, sin objetivación de la culpa. Ver JUSTEN FILHO, Marçal. (2010). p. 1212.

la inercia es entendida como posible elemento integrante de la serie causal de eventos dañinos.

En seguida, no se propone defender la culpa presumida, sino la inversión de la carga de la prueba del nexo de causalidad, toda vez que se discuta el daño injusto causado por una conducta omisa o activa, sin perjuicio de las excluyentes. Al Poder Público, dada la vulnerabilidad (presumida constitucionalmente) de la víctima, compete la tarea de mostrar la falta de secuencia en la cadena causal.

Es necesario reiterar el carácter imprescindible de la jurisprudencia al marchar hasta una responsabilidad extracontractual del Estado ajustada a la ampliación de la dimensión de eficacia de los derechos fundamentales y del control de las políticas públicas pendientes de implementación. En esos términos, la sugerida técnica de responsabilidad proporcional despusa como la recomendable posición aristotélica de equilibrio dinámico entre extremos (*mesotes*), notadamente al observarse que el Poder Público oscila impunemente entre dos vicios recurrentes: la negación de la eficacia de los derechos fundamentales y su afirmación claudicante o insuficiente. Algo desproporcionado e insostenible, en ambos casos.

De hecho y de derecho, el Estado no puede tardar. Lo cierto es que el Poder Público tiene la obligación de alcanzar razonables alternativas contra la opresión de todo tipo, en especial contra los niños, los jóvenes, los adolescentes y los ancianos (Constitución brasileña, art. 227). En efecto, el principio constitucional de la prevención,⁴⁸ en Derecho Administrativo, mucho más que el de la precaución, determina, sin moras o sofismas, el cumplimiento diligente, eficiente y eficaz, de los deberes de impedir el nexo causal de daños perfectamente previsibles, so pena de producir la responsabilidad objetiva del Estado.

No se trata de clamar por una interpretación jurídica marcada por el populismo onírico, sino de combatir racionalmente contra la inercia desproporcionada presente en precomprensiones distorsionadas⁴⁹. Inercia ultrajante que hace terribles las dificultades que, si fuesen atacadas desde el principio, serían por cierto de simple resolución administrativa. Lamentablemente, la tradición

⁴⁸ Sobre los principios constitucionales de la prevención y de la precaución en el Derecho Administrativo, ver FREITAS, Juárez. (2009a). Cap. 1.

⁴⁹ Hans-Georg Gadamer observó que: “Aquele que quer compreender não pode entregar-se ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias (...)”. GADAMER, Hans-Georg. (2007), p. 358.

retrógrada y pasiva padece de síndrome de Lucien,⁵⁰ que soporta lo insoportable para obtener los favores y la fortuna del *statu quo*. ¿Qué decir, para ilustrar, de la falta de exigibilidad efectiva de políticas públicas de protección a los ancianos? ¿Y de la falta de exigibilidad de los deberes de seguridad pública, con falta evidente e inexcusable de protección policial ostensiva en áreas críticas?

Recordar el paradigmático caso de la tutela integral de los niños y de los adolescentes. Una ciudad, como reconoció el Supremo Tribunal Federal, en la decisión citada en el inicio del presente trabajo, no puede invocar la discrecionalidad administrativa o dificultades económicas para no instituir y mantener programa de protección de niños víctimas de abusos sexuales. Invocar discrecionalidad administrativa para no hacer lo que determina la Constitución es adoptar una postura reveladora de la deplorable cultura de omisión. No es por casualidad que se trata de la misma cultura que en Brasil postergó la imposterable abolición de la esclavitud, a pesar de la barbarie que representaba.⁵¹

En un país como Brasil, que tiene más de un tercio del PIB retenido en tributos, no se muestra plausible el argumento de falta de recursos para el cumplimiento de los derechos fundamentales, normalmente confundidos con el mínimo para la supervivencia. No existen excusas para el pasivismo complaciente, sumiso, servil, obscurantista y reductor del valor intrínseco de los seres vivos. Es imperioso desarrollar el derecho fundamental a la buena administración, redimensionando la gestión pública para hacerla menos burocrática y más próxima de la sociedad. Menos evasiva, más asertiva. Menos campeona de las inconstitucionalidades (por acción y por inercia), más co-responsable por la guarda efectiva de los derechos fundamentales.

Poco a poco avanza la conciencia –activista de la Constitución– de que, ante la omisión del Poder Público, lo cierto es reputar irrelevante la consideración sobre culpa o dolo (excepto en relación al agente), es pues imposterable conferir seriedad a los deberes negativos (defensivos) y positivos (prestacionales) del Estado, sin que los controles abduquen de sus roles. En la perspectiva propuesta, el Estado Sostenible ostenta, ante todo, el deber de asegurar la aplicabilidad directa e inmediata de los derechos fundamentales, siendo pasible de indemnización

⁵⁰ Síndrome de Lucien consiste en, por ambición y falta de ética, defender tesis contradictorias entre sí. La inspiración es el personaje central del romance de BALZAC, Honoré de. (2002).

⁵¹ En el Derecho Comparado, es notable el cambio de paradigma interpretativo que representó el caso *Brown versus Board of Education* (1954), en cotejo con las posiciones previas infames que marcaran el juzgamiento del caso *Plessy versus Ferguson* (1896).

toda y cualquier omisión inconstitucional que venga a afectar inmotivadamente el meollo de esos derechos. *La Constitución, rigurosamente comprendida, no admite la inercia injustificable, so pena de responsabilidad*, incluso por la falta de las impostergables medidas preventivas.⁵²

En suma, el *Estado que no previene es el Estado de la omisión inconstitucional*. En vez de ser adversario hostil a la afirmación de los derechos individuales, sociales y de solidaridad, se exige que el Estado actúe como responsable garantizador de los objetivos fundamentales de la República.

CONCLUSIONES

Considerando la propuesta interpretativa preconizada, podemos concluir que:

I. El Estado debe ser responsabilizado por toda y cualquier ruptura nuclear de la proporcionalidad, vía acción u omisión. Así, las insostenibles conductas activas u omisas, una vez presente el nexo causal con evento dañino y cierto, serán vistas como antijurídicas y contrarias a la Constitución.

II. Es posible considerar vedada la invocación de la discrecionalidad administrativa o de la reserva de lo económicamente posible en el manejo de situaciones que traten de lesiones o amenazas a derechos fundamentales. Por ejemplo, dejar de implementar (omisión arbitraria) programas de protección a niños víctimas de abusos sexuales o dejar de tomar medidas preventivas, en tiempo hábil, contra epidemias. En otras palabras, debemos, de modo sensato, pensar sobre la responsabilidad proporcional del Estado, a quien compete la carga de la prueba por eventuales excluyentes.

III. En relación a la responsabilidad extracontractual del Estado, es necesario apagar el pasivismo regalista, produciendo una evolución de la eficiencia del Estado-Administración que aplica el derecho fundamental a la buena administración pública, en tiempo hábil y de oficio.

⁵² De modo resumido, esos son los elementos centrales del principio de la prevención: (a) alta e intensa probabilidad (certeza) de daño especial e anómalo; (b) atribución y posibilidad del Poder Público evitar tal daño, y (c) el Estado con la carga de producir la prueba de la excluyente del nexo de causalidad. Presentes los presupuestos, se puede antever, con seguridad, el resultado maléfico y, correspondientemente, resta nítida la obligación del Estado tomar las medidas necesarias e adecuadas, capaces de interrumpir la cadena causal, de modo a impedir el daño antevisto. Decididamente, cuando no-configuradas las excluyentes, se forma el nexo causal en función de la antijuridicidad provocada por la quiebra desproporcionada del deber de prevención.

IV. Una vez reconocida la antijuridicidad que es consecuencia de acción u omisión desproporcionada, más allá de consideraciones sobre la licitud estricta de otrora, se recomienda la tempestiva prevención y la precaución justificada. Compete a la sociedad exigir la eliminación definitiva de la inercia inconstitucional causante de daños jurídicamente inicuos, individuales y transindividuales, característicos del inadmisibile patrimonialismo pasivista. De eso resulta la urgencia del rediseño doctrinario y jurisprudencial de la responsabilidad. He aquí, sobre todo, el desafío que es consecuencia del cada vez más actual principio de la sostenibilidad, que determina, en relación a las generaciones presentes y futuras, el completo resguardo del *derecho al futuro*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce (2009): *A Nova Separação dos Poderes*. (Rio de Janeiro, Lumen Juris).
- ALESSI, Renato (1960): *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo*. Milano, Giuffrè.
- ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. (2010): “Construção democrática e modelos de Constituição”, *Dados*, Vol. 53, n. 3.
- BALZAC, Honoré de (2002): *Ilusões Perdidas*. (São Paulo, Cia. das Letras).
- BREYER, Stephen (2010): *Making our democracy work*. (New York, Knopf).
- BULNES ALDUNATE, Luz (2006): “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, n. 1, pp. 251-264.
- CANE, Peter; GARDNER, John (orgs.). (2001): *Relating to Responsibility*. (Oxford, Hart Publishing).
- CHAPUS, René (1999): *Droit Administratif Général*. Tome I. 13^a ed. (Paris, Monthchrestien).
- CICCONETTI, Stefano M.; TEIXEIRA, Anderson V. (2010): *Jurisdição constitucional comparada*. (Florianópolis, Conceito Editorial).
- FAGUNDES, Miguel Seabra (1957): *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. (Rio de Janeiro, Forense).
- FREITAS, Juarez (2010a): *Interpretação Sistemática do Direito*. 5^a edição. São Paulo, Malheiros.
- _____. (2010b) “O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração”. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Ano 10, n. 40, abr/junho, pp. 217-238.

- _____. (2009a): *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4ª ed., (São Paulo, Malheiros).
- _____. (2009b): *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2ª ed., (São Paulo, Malheiros).
- _____. (2011a) *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*. (Belo Horizonte, Fórum).
- _____; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs) (2011b): *Direito à Democracia: ensaios transdisciplinares*. (São Paulo, Conceito Editorial).
- _____; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs) (2012): *Comentários à Jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. (São Paulo, Manole).
- GADAMER, Hans-Georg (2007): *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. (Petrópolis, Vozes).
- HABERMAS, Jürgen (1998a): *Between Facts and Norms*. (Cambridge, MIT Press).
- _____. (1998b): “Paradigms of Law”, in ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (eds.) (1998): *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. (Berkeley, University of California Press), pp 13-25.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de (1987): *Raízes do Brasil*. (Rio de Janeiro, José Olympio).
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. (2000): *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. (New York, Norton).
- JUSTEN FILHO, Marçal (2010): *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. (Belo Horizonte, Fórum).
- KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; Tversky, Amos (orgs.) (1982): *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. (Cambridge, Cambridge University Press).
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin (2007). *Introdução à Economia*. (Rio de Janeiro, Campus).
- LEVY, Wilson; SENA, Jacqueline (2012). “Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso à medicamentos”, in FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs) (2012): *Comentários à Jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. (São Paulo, Manole).
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de (2010): *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. (São Paulo, Malheiros).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1993): “La Justicia Constitucional como defensa de la Constitución”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 20, n. 2-3, pp. 417-439.

- PUENTE, Marcos Gómez (2002): *La inactividad de la Administración*. (Madrid, Aranzadi Editorial).
- RIVERO, Jean (1981): *Direito Administrativo*. (Coimbra, Almedina).
- SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard (1988): “Status quo bias in decision making”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1, pp. 7-59.
- SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Org) (2008): *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. (Porto Alegre, Livraria do Advogado).
- SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo (Org.) (2011): *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. (São Paulo, Max Limonad).
- TEIXEIRA, Anderson V. (2012): “Responsabilidade civil objetiva por omissão que culminou em infecção hospitalar”, in FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs) (2012): *Comentários à Jurisprudencia do STF: direitos fundamentais e omissão constitucional*. (São Paulo, Manole).
- TSEBELIS, George (1997): “Processo Decisório em Sistemas Políticos: Veto Players no Presidencialismo, Parlamentarismo, Multicameralismo e Pluripartidarismo”, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol.12, n. 34, pp. 89-117.
- _____. (2000): “Veto Players and Institutional Analysis”, in *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, Vol. 13, n. 4, October, pp. 441-474.
- TUSHNET, Mark (2010): “How Different are Waldron’s and Fallon’s Core Cases For and Against Judicial Review?”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, n. 1, pp. 49-70.
- USTÁRROZ, Elisa (2012): “Omissão estatal e responsabilidade objetiva pela fuga de presos”, in FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs) (2012): *Comentários à Jurisprudencia do STF: direitos fundamentais e omissão constitucional*. (São Paulo, Manole).
- VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio (1997): *La inconstitucionalidad por omission*. (Madrid, McGraw-Hill).
- ZAGREBLESKY, Gustavo (1988): *La Giustizia Costituzionale*. (Bologna, Il Mulino).
- _____. (1992): *Il diritto mite*. (Torino, Einaudi).
- WOTTRICH, Lisandro (2012): “Impossibilidade de invocação por parte do Município do princípio da reserva do possível frente ao dever de proteção integral do menor”, in FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs) (2012): *Comentários à Jurisprudencia do STF: direitos fundamentais e omissão constitucional*. (São Paulo, Manole).