



COMENTARIO A JURISPRUDENCIA

Levanto la copa por los que sobreviven a tanta sordidez,
por las collas que aquella libertad esclaviza y apuna,
por los que tienen coraje para escribir después del horror,
por los que no tocan la mano de cualquiera;
brindo por Celan después de Auschwitz,
por las concavidades femeninas
que mi perversión satanizó,
por el último beso que me dio,
por mis amigos decadentes,
torpes de palabra,
por la canción de los olvidados
y el sueño de los lúmpenes.
Para los desatinados como yo que alguna vez
gimieron por exceso de penumbra
pido un suspiro más emocionante que mórbido,
un homenaje que consista en escupir sin moral,
escupir con fe sobre esta tierra
que no deja hablar a los muertos,
festejar ensangrentados por lo que no pudimos soñar,
aspirar como un bandoneón
una melancolía que no sea contaminante,
y no abrazarse a la Biblia como a una botella de fernet.

Autor: *Norberto Antonio*

Arte de la portada: **Leonardo Gauna**

Obra: *Cansada y lejana*

Responsabilidad por daños en espectáculos públicos: Avance y retroceso. “Mosca” y “Arregui”¹

Liability for damages in public shows: progress and retrogression. “Mosca” and “Arregui”

Responsabilidade por danos em espetáculos públicos: Progresso e retrocesso. “Mosca” e “Arregui”

Responsabilité pour dommages en spectacles publics: progrès et régression. “Mosca” et “Arregui”

*Rosario María Echevesti*² | Universidad Nacional
*Lucas José Zudaire*³ | de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 385-402

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e228>.

ORCID: orcid.org/0000-0002-4960-2120 (Echevesti)

orcid.org/0000-0002-0796-8618 (Zudaire)

Recibido: 17/09/2018

Recibido con modificaciones: 29/09/2018

Aprobado: 01/11/2018

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo el análisis crítico de dos fallos jurisprudenciales que marcaron hitos en el análisis de la responsabilidad civil de los organizadores de espectáculos públicos. El

¹ “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios, en Fallos, 330:563, en adelante, “Mosca”. Recurso de hecho deducido por la Comunidad Homosexual Argentina en la causa “Arregui”, Diego Maximiliano c Estado Nacional - PFA - Y otros s/ daños y perjuicios” Fallos, 340:1940, en adelante “Arregui”.

² Abogada (UNLP). Docente de la Cátedra I de Derecho Civil II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad nacional de La Plata

³ Abogado (UNLP). Docente de la Cátedra I de Derecho Civil II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad nacional de La Plata

primero de ellos es el fallo “Mosca” en donde la Corte toma un criterio amplio desde el punto de vista del derecho de daños, pero sobre el cual luego retrocede en el fallo “Arregui”.

Palabras clave: Espectáculos públicos. Responsabilidad. Daños. Organizador. Poder de policía estatal.

Abstract: The objective of this paper is to make a critical analysis of two jurisprudential precedents that marked milestones in the analysis of civil liability of organizers of public shows. The first of these precedents is “Mosca”, in which the Court takes a broad criterion from the point of view of the law of damages, but from which it later steps back in the precedent “Arregui”.

Key words: Public shows. Liability. Damages. Organizer. State police power.

Resumo: Através deste trabalho, analisaremos as decisões do Supremo Tribunal de Justiça da Nação “Mosca” - de 6 de março de 2007 - e “Arregui” - de 26/12 / 2017-, que representam dois marcos importantes na análise de a responsabilidade dos organizadores de eventos ou shows públicos, pelos danos sofridos durante eles

Palavras-chave: Shows públicos Responsabilidade Organizador Poder da polícia estadual

Résumé: L’objectif de cet article est l’analyse critique de deux décisions jurisprudentielles qui ont marqué des jalons dans l’analyse de la responsabilité civile des organisateurs de spectacles publics. Le premier est le jugement “Mosca”, dans lequel la Cour adopte une vision vaste du point de vue du droit en matière de dommages et intérêts, mais sur laquelle il revient ensuite dans le jugement “Arregui”.

Mots-clé: Spectacles publics. Responsabilité. Dommages. Organisateur. Pouvoir de police de l’État.

I. Introducción. Los casos

Mediante el presente trabajo, analizaremos los fallos de la CJSN “Mosca” –del 6/3/2007- y “Arregui” –del 26/12/2017-, que representan dos sustanciales hitos en el análisis de la

responsabilidad de los organizadores de eventos o espectáculos públicos, por los daños sufridos durante los mismos.

Sin perjuicio de tratarse de pronunciamientos harto conocidos en el ámbito de la responsabilidad, hacemos una brevísima reseña de los hechos en cada caso.

En el caso “**Mosca**”, el actor sufrió daños en ocasión de un encuentro futbolístico disputado entre los clubes Lanús e Independiente. Mosca no asistió al encuentro como espectador, ni ingresó al predio, sino que permaneció en sus inmediaciones, dado que había transportado como chofer a un grupo de periodistas y fotógrafos.

Cuando el encuentro deportivo estaba casi finalizado, un grupo de simpatizantes de la parcialidad local –el Club Atlético Lanús– se introdujo en el sector de plateas bajas, donde destrozaron parte del piso, sillas y mampostería, arrojando esos elementos hacia el campo de juego y hacia la vía pública. Uno de ellos impactó en el cuerpo del actor, a la altura de su ojo izquierdo, en el momento en que estaba caminando por la vía pública adyacente hacia su automotor, que estaba estacionado a unos quince metros de la barrera de seguridad del club.

Cabe destacar que el hecho dañoso había sido previamente resarcido mediante el régimen laboral especial, por ello la acción de derecho común presentó un carácter complementario. Los autores materiales del hecho ilícito nunca fueron identificados.

Los hechos en “**Arregui**”, se sucedieron cuando la Comunidad Homosexual Argentina organizó un evento público y gratuito, en donde se difundían consignas vinculadas a la prevención del SIDA, en el marco de una campaña llamada “Stop Sida”.

En el marco de dicho espectáculo, que tuvo lugar en un predio público cuyo uso fue concedido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el actor fue agredido por un tercero. El hecho se produjo detrás del anfiteatro donde en concreto se realizó la actividad –sin perjuicio de que la autorización administrativa consignaba como espacio el de la “Costanera Norte”, abarcando un terreno más amplio–.

Ambos pronunciamientos contienen visiones de la cuestión desde diferentes perspectivas, que vamos a dividir en:

II. El vínculo entre asistente y organizador. Marco normativo

1. El caso “Mosca”

En “Mosca”, el actor demandó tanto a la Asociación de Fútbol Argentino como al Club Atlético Lanús en su carácter de organizadores.

En el estudio del caso los cortesanos se detuvieron principalmente en el análisis de los siguientes puntos: La existencia de una relación de consumo, el perseguido fin de lucro y el deber de seguridad del organizador, haciendo especial hincapié en el la titularidad del control de acceso.

a) *Relación de consumo*

El máximo tribunal enmarcó la cuestión dentro de las normas del derecho del consumidor, teniendo a la presente como una relación de consumo, en la que considera exigible el deber de seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional. Este deber abarca no sólo a los contratos, sino también a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados –tal como sucede en el caso–.

Así, sostiene que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales respecto de sujetos no contratantes, razón por la cual el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales.

b) *Control de acceso*

En el presente caso, la Corte consideró que no hay dudas respecto del incumplimiento de las medidas de seguridad que

cabe exigir al organizador de un espectáculo deportivo, toda vez que el accionar de un grupo de espectadores escapó a todo control y causó daños a terceros.

El club organizador del espectáculo deportivo, tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias para que el evento se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes.

Debe impedir el ingreso de inadaptados, y exigir a los concurrentes el cumplimiento de las leyes y reglamentos, extremando las medidas de seguridad a la entrada de los estadios (por ejemplo, revisando bolsos, paquetes, portación de armas, etc.).

c) *Marco normativo*

Respecto del **Marco normativo**, el tribunal se plantea si corresponde enmarcar la cuestión dentro de los supuestos de aplicación del débito de seguridad genérico (art. 1.198 del Código Civil) o específico (ley 23.184⁴).

En primer lugar, se advierte que los hechos dañosos tuvieron su causa en el accionar de espectadores que no son terceros por los cuales el organizador no deba responder y ocurrieron durante el espectáculo y en la secuencia temporal inmediatamente posterior.

En segundo término, se destaca como cuestión decisiva la circunstancia de que la víctima no era espectador ni estaba dentro del estadio, sino en las inmediaciones, debido a que la norma especial, en el plano de la responsabilidad civil, establece en su art. 51 que *las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo, son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se generen en los estadios*. El resaltado es propio.

Expresamente la ley diferencia el régimen penal del de la responsabilidad civil, estableciendo un campo de aplicación

⁴ Ley 23.184 "Régimen Penal y Contravencional para la violencia en los citados eventos. Responsabilidad Civil" Sancionada el día 30/5/1985 modificada por Ley 24.192 "Espectáculos deportivos" del 3/3/1993

más amplio para el primero de ellos cuando en su artículo 1° dispone que dicho régimen se aplicará a los hechos previstos en el capítulo, *cuando se cometan con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones, antes, durante o después de él, como así también durante los traslados de las parcialidades, tanto sea hacia o desde el estadio deportivo donde el mismo se desarrolle*. El resaltado es propio.

Sin perjuicio de ello, la Corte interpreta que el término “estadio” incluye sus inmediaciones, ya que se trata de un vocablo de textura abierta que debe ser interpretado mediante una analogía sustancial, y subraya que *los daños ocurridos han sido “con ocasión” del evento, toda vez que si este último no se hubiera celebrado, aquellos no habrían tenido lugar*.

Por todo ello, concluye que *todo organizador de un espectáculo deportivo tiene una obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento general en el art. 1198 del Código Civil y especial en la ley 23.184. Ese deber de seguridad es expresivo de la idea de que quienes asisten a un espectáculo lo hacen en la confianza de que el organizador ha dispuesto las medidas necesarias para cuidar de ellos*. Tal ha sido la finalidad del legislador, la tutela específica de los asistentes y un criterio de previsibilidad en cuanto a la extensión de las consecuencias.

2. El caso “Arregui”

Veremos ahora como han sido abordados algunos de los puntos antes referenciados, en la causa “Arregui”:

a) Relación de consumo

La Corte entiende que no existe relación de consumo en la situación dada en la causa “Arregui”, poniendo el énfasis en que la CHA no tiene carácter de ‘proveedor’. Corresponde

analizar entonces, a la luz de qué normas cabe examinar esta cuestión.

Para el análisis del **marco normativo** y la existencia o inexistencia de **una relación de consumo**, es necesario en este caso realizar una especial mención, dado que, si bien el decisorio es reciente (2018), los hechos ocurrieron más de trece años (2005).

En aquel momento, en el que no solo no regía el Código Civil y Comercial, y su art. 1092, sino que además no se encontraba en vigencia la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, instaurada mediante la Ley 26.361 (2008)⁵.

El entonces art. 2 de la Ley 24.240 establecía que se considera proveedor la *persona que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzca, importe, distribuya o comercialice cosas o presten servicios a consumidores o usuarios*.

Es este punto uno de los en los que encuentra el Tribunal el basamento para diferenciar su decisión en la adoptada en el caso “Mosca”. En esta oportunidad, la Corte Suprema entiende que no puede condenarse al pago de los daños y perjuicios en virtud de un factor objetivo de atribución de responsabilidad basada en la relación de consumo, ya que no existe relación de consumo.

Para así decidir, sostiene que el sujeto organizador no es un “proveedor”, ni se inserta en la categoría del art. 2º de la ley de defensa del consumidor, ni en el actual art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación⁶.

⁵ En el año 2005, el régimen consumeril se regía por la Ley 24.240, texto ordenado por Ley 24.999 del 1/7/1998.

⁶ Artículo este último que define a la relación de consumo como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor, y sigue con el concepto de consumidor como aquella persona que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, sin hacer referencia al proveedor, que encuentra actualmente descripto en el art. 2º de la ley de defensa del consumidor, en el que se establece que es proveedor aquella persona que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción,

b) *El fin de lucro, su intrascendencia frente al daño*

Una cuestión que se presenta disímil en los casos presentados es la presencia –en Mosca- o ausencia –en Arregui- de un fin de lucro en la actividad desarrollada por alguno de los organizadores.

La existencia o inexistencia de un lucro, sea un espectáculo deportivo o de otra índole, no puede ser –creemos- determinante para imponer o desligar la responsabilidad de resarcir un daño.

La Corte parece realizar considerable hincapié respecto del beneficio económico percibido en el caso Mosca. Así, se resalta en el considerando octavo que *“el club local, como entidad organizadora del espectáculo deportivo por el que obtiene un lucro económico, y que a la vez genera riesgos para los asistentes y terceros, tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias para que el evento se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes”*.

Hubiera bastado, para el análisis de la responsabilidad civil frente al daño, referir al club en cuanto organizador del espectáculo deportivo, sin hacer mención de la obtención del lucro económico.

Nuevamente la Corte al tratar la responsabilidad de la Asociación de Fútbol Argentino (AFA) demandada, la responsabiliza en cuanto a su calidad de beneficiaria, y dice expresamente que *“si bien se trata de una asociación civil sin fines de lucro, lo cierto es que obtiene un provecho económico del espectáculo al percibir un porcentaje sobre la recaudación bruta de los partidos oficiales de torneos organizados por la A.F.A., como así también sobre el producido de la televisación de esos encuentros”*.

Luego agrega que la A.F.A. tiene un alto grado de intervención en lo que hacen los clubes asociados, que alcanza a la fijación de fechas, horarios, contratos de transmisión televisiva y muchos otros aspectos, además de obtener una ganancia directa

transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

derivada de dichos eventos, todo lo cual permite calificarla como partícipe.

Finalmente, sostiene que la regla que establece la responsabilidad civil de la A.F.A. deriva del control que ella ejerce sobre la organización, la prestación y los beneficios del espectáculo.

En Arregui en cambio, el Tribunal sostiene, para apartarse del precedente Mosca, que *“Los hechos que dan lugar al reclamo de la actora en el presente, en cambio, sucedieron en el marco de un recital gratuito celebrado en un espacio abierto y público, con autorización del gobierno local y cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la prevención del VIH-SIDA.”*

Las referencias realizadas en el caso Mosca para responsabilizar a la A.F.A., y en sentido contrario, las reiteradas menciones del carácter de asociación sin fines de lucro del organizador del evento en el caso Arregui, no exhiben asidero normativo alguno. Como consecuencia, lo único que aportan es una inefable confusión en el análisis desde la óptica de la responsabilidad civil, o mejor dicho, del derecho de daños tal y como es concebido actualmente. Volveremos sobre ello en la conclusión del presente.

III. El factor de atribución

El factor de atribución de la responsabilidad a considerar en cada caso, se desprende necesariamente de la naturaleza que se otorga a la relación entre asistente y organizador, analizada en el punto anterior. Es por eso que en ambos casos, fue considerado de manera diferenciada. Veamos:

En el caso ‘**Mosca**’: objetivo -deber u obligación de seguridad-.

Al encuadrar los hechos en la relación de consumo, el Alto Tribunal consideró exigible la obligación de seguridad (conf. art. 42 CN), conforme de desarrolló más arriba. De allí que aplique el factor de atribución objetivo que corresponde a las obligaciones de fuente contractual.

En **Arregui**, por su parte, se consideró que la C.H.A. no se obligó a “*prestar seguridad*”.

Se sostuvo que “*la autoridad local no impuso a la Comunidad Homosexual Argentina un deber de seguridad sobre las personas que concurrieron al evento. Las obligaciones que pesaban sobre la asociación, según el acto administrativo de autorización, se vinculaban con el cuidado del espacio público en el cual se desarrolló la campaña...*” (Considerando 6°).

Ello así, como si el dictado del acto administrativo que otorga el permiso del uso del predio, pudiera desligar al organizador de la responsabilidad civil por los daños que se producen en el espectáculo.

La Corte estableció que el precedente “**Mosca**” –que había sido utilizado por la Cámara para atribuir responsabilidad objetiva a la C.H.A.-, no resultaba aplicable, dado que la base fáctica era diferente.

Los factores para realizar la distinción fueron: en primer lugar, en **Mosca** el evento se hallaba sometido a las reglas de una ley especial, a más de que la entidad organizadora tenía control de ingreso al evento. Aquí en cambio, sucedieron en el marco de un recital **gratuito**, celebrado en un espacio abierto y público, con autorización del gobierno local y cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la salud pública (prevención del SIDA). En fin, no se hallaba presente ni el fin de lucro, ni el control de acceso al evento –dos de los pilares de los fundamentos de **Mosca** según el entender de la Corte-.

Respecto del carácter gratuito del evento, y la consiguiente ausencia de fin de lucro por parte de la organizadora del evento, nos hemos referido en el punto anterior, donde destacamos que dichas cuestiones son irrelevantes para la determinación de responsabilidad frente al daño.

Otro curioso argumento para separarse del precedente, es el que hace hincapié en los derechos constitucionales de libertad de expresión y reunión. En esencia, la Corte advierte que la

atribución de responsabilidad objetiva tal y como fue diseñada en el precedente Mosca, podría comprometer el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión consagrados en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Creemos que no puede pasarse por alto esta cuestión tan livianamente. Es que aquí se sienta un criterio en el que se sostiene -palabras más palabras menos-, que el deber de seguridad que debe observar el organizador de un evento puede comprometer, -o de algún modo resultar incompatible- con el ejercicio de los derechos constitucionales de libertad de expresión y el derecho de reunión.

Desde la perspectiva del derecho de daños, la afirmación resulta desafortunada. El antecedente se presenta –creemos como un retroceso en el camino que nos guía hace ya muchos años hacia el procurar la reparación integral de la víctima en la mayor cantidad de circunstancias posibles. El repliegue viene disfrazado bajo el fundamento de un potencial perjuicio que podría darse en el derecho de reunión o de libre expresión; sugiriendo que a causa de tener que cumplir con el deber de seguridad de quienes participen, los organizadores no llevarán adelante eventos públicos.

Ahora bien, ¿en qué consiste el derecho a libertad de expresión? El Pacto San José de Costa Rica⁷, en su art. 13 que trata el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, establece que el mismo *comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, y que su ejercicio no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley.* El resaltado es propio.

Por su parte, en el art. 15 reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, disponiendo que *el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley,*

⁷ El Pacto San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, goza de jerarquía constitucional conforme lo establece el art. 75 inc. 22.-

que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

El “incentivo para la organización de eventos públicos y en espacios abiertos por parte de entidades sin fines de lucro”⁸, no puede de ninguna manera constituir una carta libre para la irresponsabilidad para el organizador de un espectáculo o evento público^{9/10}.

Deberá el ordenamiento jurídico encontrar entonces alguna otra solución a dichas contingencias. Pero de ninguna manera puede ser el camino el de dejar al sujeto dañado sin la posibilidad de reparación por las probables consecuencias que puede acarrear una sentencia, que afecta solo al caso concreto¹¹.

- La disidencia

Existe en este pronunciamiento un voto en disidencia del Ministro Lorenzetti, en donde explica que –según su punto de

⁸ La frase, por más que quisiéramos que se tratase de una exageración de quienes escriben, es una cita textual del fallo del Dr. Lorenzetti

⁹ “la libertad de prensa, libertad de expresión e información, no son un derecho absoluto, pero toda limitación debe ser interpretada restrictivamente; la censura previa que se ejerza padece de una presunción de inconstitucionalidad, inclinándose los precedentes del tribunal, en principio, por la aplicación de responsabilidades ulteriores” GALDÓS, Jorge M. en “La libertad de prensa, la intimidad y la tutela inhibitoria de expresión” Publicado en La Ley 30/11/2017, 1; La Ley 2017-F, 824; RCyS 2018-IV, 17.

¹⁰ “La libertad de expresión y el derecho de reunión, regularmente ejercidos, no son incompatibles con las responsabilidades (subjetivas u objetivas, según los casos) que puedan sobrevenir ulteriormente cuando, en el marco de eventos públicos realizados con tal finalidad, se causen daños a terceros. Repárese en que también ejercen su derecho constitucional de expresarse y de reunirse quienes participan de esos actos, no advirtiéndose razón alguna para que puedan ver minorado su derecho a la reparación en toda su plenitud cuando sufran daños en tales circunstancias” PIZARRO, Ramón D., en “El fallo “Arregui”. Un retroceso en materia de responsabilidad civil” Publicado en: RCyS2018-III, 57 - LA LEY 05/03/2018, 05/03/2018, 7 - LA LEY2018-A, 459

¹¹ “El análisis económico del Derecho no puede llevar a la justificación del daño injusto” (XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991)

vista- de la imprescindible exigencia de “buena fe contractual”, deriva deber de seguridad.

Sin perjuicio de ello, considera que el factor de atribución sería en este caso subjetivo, requiriendo “*adoptar las medidas razonables para que no se produzca un daño*”. En este sentido, considera que el actor no probó la culpa de la demandada.

Así, se configura una disidencia exclusivamente referida a los fundamentos, y que –creemos- nada aporta, sino que contribuye a desnaturalizar la cuestión -siempre a la luz de los principios que estudiamos en el derecho de daños-. Es que el voto arriba al mismo resultado que el de la mayoría, pero no podemos dejar de destacar que el deber o la obligación de seguridad como factor de atribución de responsabilidad, es de índole objetiva, tanto más si nos hallamos frente a una obligación de resultado¹².

Con ello, creemos que el fundamento propuesto por el Ministro disidente aparece, al menos, desvirtuado desde la perspectiva de las reglas o presupuestos que rigen la responsabilidad civil en nuestro sistema. Es que se exige que la víctima pruebe la culpa del demandado, haciendo funcionar un factor de atribución que se dice es objetivo, como si fuese de base subjetiva¹³.

IV. La responsabilidad estatal por el Poder de Policía

En ambos procesos, el Estado fue demandado en virtud de una imputación de omisión en el ejercicio del Poder de Policía.

¹² MOSSET ITURRASPE, JORGE (Dirección) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (Coordinadora), GHERSI, CARLOS A., STIGLITZ, GABRIEL A., PARELLADA, CARLOS (Coautores), ECHEVESTI, CARLOS A. (Colaborador) “Responsabilidad civil”, Ed Hammurabi, Buenos Aires, 1992 págs.483 y 484

¹³ En circunstancias distintas pero en idéntico sentido, esta desnaturalización ha sido criticada por Carlos A. Echevesti en “Exigencia de la culpa médica para responsabilizar al ente asistencial” publicado en La Ley LA LEY 12/04/2006, 12/04/2006, 1 - LA LEY2006-B, 1201 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2007, 743, al sostener que si se exige la culpa del médico para demostrar la violación de la obligación de seguridad se desnaturaliza el fundamento y se convierte dicha obligación en una regla de imputación subjetiva. Nos remitimos al vasto desarrollo de la cuestión realizado en dicho artículo.

En Mosca fue respecto del Estado Provincial, mientras que en Arregui lo fue respecto del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el Gobierno Nacional.

En **Mosca** se exime de responsabilidad al Estado provincial, comenzando por establecer que la responsabilidad directa basada en la falta de servicio entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Así, “*no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva*” (Considerando 6°).

La Corte recurre a su doctrina en pronunciamientos anteriores, según la cual la mera existencia de un poder de policía, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación¹⁴.

Continúa diferenciando la responsabilidad basada en acciones y en omisiones, destacando que “*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.*” (Considerando 6°).

Concluye que el servicio de seguridad a cargo del Estado no se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros, dado que “*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 haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger.*”

Para sustentar este razonamiento, tiene en consideración el Tribunal que la policía destinó una cantidad importante de

¹⁴ Fallos: 312:2138; 313:1636; 323: 3599; 325: 1265 y 3023; 326: 608, 1530 y 2706

efectivos y móviles para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio, lo cual torna razonables los medios utilizados para el fin de proveer seguridad.

En cuanto al lazo que une a la víctima con el servicio, se tiene en cuenta que no existió un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente, atento no se dio una relación con el Estado contratado para brindar el servicio en forma específica. Por último, respecto de la previsibilidad del daño, se considera que la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece.

En el pronunciamiento recaído en **Arregui**, también resulta eximido de responsabilidad el Estado demandado.

Pero aquí, se da una particularidad. La Corte no llega a tratar la cuestión, porque quedó firme la sentencia de Cámara que exime de responsabilidad al ente estatal -tanto local como nacional-, lo que impide examinar su grado de responsabilidad.

El a quo había entendió que si bien el Gobierno de la Ciudad no había anoticiado del evento a la Policía Federal Argentina -por ese entonces responsable principal de la prestación del servicio de seguridad en su ámbito territorial-, resultaba impropcedente la atribución de responsabilidad pues no se hallaba probada la relación de causalidad necesaria entre dicha omisión y el daño sufrido por el actor.

Con lo cual en este aspecto, mantiene vigente la doctrina de la CSJN en el fallo Mosca, en cuanto al deber de seguridad del Estado, referido a omisiones genéricas.

V. Conclusión

En los fallos analizados, las circunstancias fácticas fueron consideradas “sustancialmente distintas”¹⁵. Aunque, creemos, no lo han sido tanto, o ello depende cuanto menos del lugar desde donde se las mire.

¹⁵ Del dictamen de la Procuradora en “Arregui”

Existe un consagrado dogma, que sostiene que en su concepción actual, el derecho de daños tiene su mirada puesta en la víctima¹⁶.

Siendo así, tanto **Mosca** como **Arregui**, sufrieron daños en el ámbito de un espectáculo público. Da igual para ellos, que el mismo haya sido organizado con o sin fines de lucro, con o sin control de acceso, enmarcado o no en una relación de consumo. Como incluso se mencionó expresamente en los fallos, toda persona que concurre a un evento organizado por otro, lo hace en la legítima creencia de que no sufrirá daños en su persona o bienes, o lo que es lo mismo, convencido de que el organizador ha tomado las medidas necesarias para evitar su ocurrencia. Eso es el deber de seguridad, que nace del contrato –paritario, de adhesión o de consumo, gratuito u oneroso-. Reiteramos que en el presente, la obligación del organizador es, además, de resultado.

Por ello, si se considera –como sucedió en Mosca- que hubo contrato, en el mismo se halla implícito el deber de indemnidad, no existiendo diferencias entre los onerosos y los gratuitos, insistimos, desde la perspectiva de la víctima. El hecho de haber existido contrato se da más claro aún en Arregui, quien sí concurrió como espectador al evento. Aquí la existencia de una obligación de seguridad pareciera innegable.

Las propias normas citadas –art 1198 del Código entonces vigente y art 42 CN no hacen diferenciaciones. Si bien en **Mosca** el hecho de existir un fin lucrativo fue uno de los fundamentos, asumimos que no fue –o no debió haber sido- el principal o determinante.

La Corte al dictar el pronunciamiento en **Arregui**, desvió su mirada –que debió haber estado puesta en la víctima- hacia las características particulares de la demandada: como en su fallo consignan, una “*entidad compuesta por personas excluidas*”.

¹⁶ MOSSET ITURRASPE, JORGE (Dirección), ob cit, págs. 24 y siguientes en donde se realiza un amplio desarrollo acerca de la concepción actual del Derecho de daños.

Quiso reforzar este desvío en el hecho de que en el presente se hicieron jugar dos derechos constitucionales como lo son el de reunión y el de libre expresión. Esta circunstancia –que no se daba en **Mosca**- inclinó la balanza al momento de decidir. Aunque ello implicó apartarse del punto de vista de la víctima que requiere una reparación por un daño efectivamente sufrido¹⁷.

Es sabido que ante colisiones de derechos, que aparezcan incompatibles, no hay terceras opciones: necesariamente debe darse prioridad a uno de ellos. Pero entendemos que la colisión aquí planteada (derecho de reunión-expresión versus derecho a reparación), surge como meramente aparente. Creemos que ambos derechos no se excluyen entre sí.

Resulta innegable la trascendencia actual del derecho de la víctima a ser resarcida, como derecho de base constitucional. Así lo ha establecido la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sentenciar que *“los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”*¹⁸

No desconocemos las opiniones que sostienen el caso “Arregui” no constituye ningún parámetro o precedente que importe modificación alguna del criterio vigente a la fecha, sino

¹⁷ “Estamos asistiendo a una curiosa involución en la temática del derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional (...) Se invoca la Constitución para generar una categoría de dañadores privilegiados (y de víctimas libradas al infortunio de haber sido dañadas por éstos), lo que sucede con los medios de prensa y con la responsabilidad del Estado” PIZARRO, Ramón D., en “El fallo “Arregui”. Un retroceso en materia de responsabilidad civil” Publicado en: RCyS2018-III, 57 - LA LEY 05/03/2018, 05/03/2018, 7 - LA LEY2018-A, 459

¹⁸ “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina” (Fallos: 308:1118); “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688” (Fallos: 327:3753)

un pedido de precisión en el campo de los espectáculos públicos y gratuitos, que a la fecha no ha visto la luz.¹⁹

Sin embargo, entendemos que el pronunciamiento ha sentado criterios sumamente retrógrados y restrictivos, en tanto hace una diferenciación injustificada respecto de víctimas de daños en espectáculos públicos gratuitos u onerosos, con o sin control de acceso, etc., en fin, diferencias que -creemos- no conmueven el principio de reparación del daño y no ameritan un tratamiento diferenciado. Menos aún justifica semejante inconsistencia la supuesta y potencial amenaza o vulneración del derecho de reunión y/o expresión, interpretada de manera llamativamente equívoca por la Corte, tal como se desarrolló anteriormente.

En conclusión, estamos convencidos que lo arbitrario consiste en diferenciar víctimas bajo fundamentos que, en el derecho de daños contemporáneo, no pueden sensatamente sostenerse.

¹⁹ En este sentido ha sido sostenido por Federico M Álvarez Larrondo, en "Daños en espectáculos públicos. El caso "Arregui" no hay resuelto sobre el deber de seguridad" publicado en LA LEY 2018-C, 235, con fundamento en que la CSJN deja sin efecto la sentencia de Cámara, ordenando dictar un nuevo fallo, conforme los parámetros que allí determina. De allí el autor sostiene que este precedente no constituye una decisión sobre el deber de seguridad en espectáculos públicos, sino una ajustada derogación del fallo de Cámara, por considerar que sus argumentos resultan "arbitrarios".