

APORTES JURISPRUDENCIALES A LA NUEVA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ
Juez de la Cámara Nacional en lo
Contencioso Administrativo Federal;
Titular de Cátedra de Derecho Procesal Administrativo,
Universidad de Lomas de Zamora.

SUMARIO: I. Introducción. II. La LRE como receptora de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. II.1. La obligación de indemnizar, y el carácter objetivo y directo de la responsabilidad estatal. II.2. La falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad por actividad ilícita. II.3. Daño cierto. II.4. La responsabilidad del Estado como instituto de Derecho Administrativo y aplicación del Código Civil. II.5. Relación de causalidad directa, exclusiva y excluyente en materia de responsabilidad por actividad lícita. II.6. El sacrificio especial como factor de atribución de la responsabilidad por actividad lícita. La ausencia de un deber de soportar el daño. III. La LRE como reformadora de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. III.1. Carácter excepcional de la responsabilidad por actividad lícita. III.2. Indemnización limitada en la responsabilidad por actividad lícita. III.3. Responsabilidad por omisión. III.4. Responsabilidad por actividad judicial. III.5. Cuestiones controversiales. IV. Reflexiones finales*.

“Pues el derecho es el Saturno que devora a sus propios hijos; el derecho sólo puede rejuvenecerse en tanto que rompe con su propio pasado”

(IHERING, RUDOLF VON, *La lucha por el derecho*,
2ª ed., Araujo, Buenos Aires, cap. I).

I. INTRODUCCIÓN

La sanción de la nueva Ley de Responsabilidad Estatal 26.944 (LRE), que en líneas generales receptó con diversos matices los estándares de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha generado profusas críticas por parte de los sectores académicos.

* Agradezco especialmente al Dr. ANDRÉS ASCÁRATE por su colaboración en este trabajo, también publicado en AA. VV., *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*, INFOJUS, Buenos Aires, 2015.

El fenómeno resulta ciertamente interesante. Por un lado, se han desenvuelto las tres principales fuentes de nuestro Derecho: la jurisprudencia, sentando durante décadas diversos criterios concretos que se convirtieron en reglas prácticamente consuetudinarias; la legislación, receptando esas directrices de forma sistemática y dándole imperio general; y la doctrina, primero esquematizando los precedentes relevantes y luego con duras críticas a la nueva ley.

Por otro lado, no puede perderse de vista que la resistencia de los académicos a esta asimilación legislativa se dio en el marco de un proceso de codificación general¹, lo cual reedita en nuestro ordenamiento una histórica dialéctica ante fenómenos similares. Desde el lejano Código Hammurabi o la Ley de las Doce Tablas a los recientes códigos sancionados por el Congreso de la Nación, en todo proceso codificador se sintetizan dos tendencias antagónicas. Por un lado, a modo de fuerza centrípeta, la recepción de ciertas reglas enraizadas en la comunidad jurídica, para darle un nuevo origen o validez formal a través del Poder Legislativo. Por el otro, la natural resistencia a esta modificación que actúa como fuerza centrífuga, rescatando el valor y la vigencia de los viejos estándares consuetudinarios o jurisprudenciales.

Resulta ejemplificativo el debate que ocasionó hace dos siglos el Código Napoleón en los territorios que actualmente conforman la República Federal Alemana. En pleno auge de las ideas codificadoras que se exportaban desde Francia, los juristas alemanes debatían sobre la asimilación y el rechazo de estas corrientes. En ese marco, la naciente escuela historicista de SAVIGNY renegaba de la ley como fuente del Derecho y realizaba a la costumbre, es decir, la sana tradición popular de los pueblos germánicos frente al Derecho romano que, a fin de cuentas, era un conjunto de normas importadas².

En la concepción filosófica de SAVIGNY, cada pueblo es el sujeto de su propio Derecho, el cual nace, progresa y perece con él. “Lo que forma un único todo es la universal creencia del pueblo, el sentimiento uniforme de necesidades íntimas, que excluye toda idea de un origen meramente accidental y arbitrario (...) semejantes actividades características hacen de cada pueblo un individuo”³. El Derecho

1 Código Civil y Comercial (Ley 26.994); Código Procesal Penal, sancionado (Ley 27.063); y Digesto Jurídico Argentino (Ley 26.939).

2 Bobbio, NORBERTO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979 trad. CAST. DE R. DE ASÍS y GREPPI, A., *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Debate, Madrid, 1993, ps. 133-134.

3 SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, “*De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*”, Atalaya, 1946, citado por BOBBIO, op. cit., p. 68-69.

sería, entonces, un producto que emerge de forma natural de la evolución de las costumbres de cada pueblo.

Años después, IHERING, inicialmente seguidor de estas ideas, vendría a romper con esta concepción cargada de ingenuidad y romanticismo. El Derecho ya no sería el fruto de la pacífica evolución histórica de un pueblo, sino la variable resultante de una puja, una lucha entre los individuos que lo integran. Así, las concepciones de SAVIGNY y de IHERING colisionan en dos frases programáticas. Mientras que para SAVIGNY el Derecho no podía ser nunca fruto “del azar, ni de la voluntad, la reflexión o la sabiduría de los hombres”, lo que para IHERING se halla en el origen mismo del Derecho es “la lucha y el trabajo del entendimiento humano: intuición, reflexión, conciencia y cálculo”⁴.

Con una actualidad asombrosa, decía IHERING: “... una alteración que la ley impone al derecho existente, puede limitar su influencia posiblemente a lo último, a la esfera de lo abstracto, sin extender sus efectos al dominio de las relaciones concretas que se han formado en base al derecho hasta aquí —una mera alteración del mecanismo del derecho, en el que un tornillo inservible o un rodillo es suplantado por otro más perfecto—. Pero muy a menudo están las cosas de tal modo que la alteración se puede alcanzar sólo al precio de una intervención extremadamente viva en los derechos e intereses privados existentes. *Se han ligado en el curso del tiempo con el derecho existente los intereses de millares de individuos y de estamentos enteros de tal modo que no se puede suprimir sin lesionar a los últimos de la manera más sensible*; poner en discusión la prescripción jurídica o la institución, equivale a declarar la guerra a todos esos intereses, a arrancar un pólipo que se ha aferrado con mil brazos. Todo intento de esa clase suscita por tanto, en la actuación natural del instinto de conservación, la más violenta resistencia de los intereses amenazados y con ello una lucha en la que, como en toda lucha, no da la pauta el peso de las razones, sino la proporción de poder de las fuerzas en pugna y así no raramente provoca el mismo resultado que en el paralelogramo de las fuerzas, una desviación de la línea original en la diagonal. Sólo así es explicable que instituciones sobre las cuales ha sido pronunciado el juicio público hace tiempo, pueden a menudo continuar largo tiempo su vida; no es la fuerza de inercia de la capacidad histórica de afirmación la que les sostiene, sino la fuerza de resistencia de los intereses que sostienen su posesión”⁵.

Las palabras del ilustre jurista alemán se aplican perfectamente a lo que ha sucedido con la nueva normativa sobre la responsabilidad del Estado. Mucho más aún: todo este debate entre los defensores del nacimiento pacífico y causal del Derecho y aquellos que lo ven como producto de un conflicto se reedita cada vez que

4 González Vicen, FELIPE, *Jhering y el problema del método jurídico*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Gobierno de España, Madrid, 1987, p. 238.

5 Ihering, op. cit., cap. I.

una ley pretende recoger estándares arraigados en la doctrina y la jurisprudencia. Y si se encara la LRE desde esta óptica, queda en evidencia la cuestión central que subyace a la discusión generada: ¿se trata del fruto pacífico de una evolución histórica, como sugería SAVIGNY?; ¿o, en la línea de IHERING, es un nuevo golpe en la antigua lucha por el derecho a obtener del Estado el pago de una indemnización?

II. LA LRE COMO RECEPTORA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Debemos señalar que en buena medida la ley ha reconocido los estándares generales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los cuales se advierten claramente en algunos institutos que veremos a continuación.

II.1. La obligación de indemnizar, y el carácter objetivo y directo de la responsabilidad estatal

La primera recepción de la jurisprudencia, que se encuentra implícita, es la obligación estatal de indemnizar a los ciudadanos. Este principio de raigambre constitucional ha sido consagrado por diversos tratados con jerarquía constitucional⁶ y su reconocimiento se remonta al origen mismo del Derecho Administrativo⁷.

Lo cierto es que la responsabilidad estatal es reconocida desde mucho tiempo atrás, y se coincide en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación recurría inicialmente a un método de imputación indirecto y subjetivo, fundado en los artículos 1109 y 1113⁸. Luego, se evolucionó a un criterio objetivo e indirecto⁹, para pasar, con el precedente “Vadell”, a un tipo de imputación independiente, de carácter objetivo. Se resolvió allí que quien se compromete a prestar un servicio lo debe realizar adecuadamente¹⁰.

II.2. La falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad por actividad ilícita

Esta objetivación implicó un salto evolutivo desde la falta personal del agente del Estado que producía el daño hasta la falta objetiva del servicio. La posibilidad de extender esta falta personal al Estado fue el punto de partida del Derecho

6 Artículos 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional; artículos II y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 1, 7 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

7 Como es sabido, el Arrêt “Blanco” del 8 de febrero de 1873 fue el primer hito en el que no sólo se instituyó la responsabilidad administrativa del Estado, distinta de la civil, sino que se sostiene que en virtud de ese caso se fundó el Derecho Administrativo.

8 Fallos: 169:111.

9 Fallos: 182:5.

10 Fallos: 306:2030.

Administrativo, que al erigir a la falta de servicio como antagónica a la falta personal, permitió independizar la imputación de la actitud subjetiva del funcionario.

En Francia fue determinante la diferencia entre la falta personal y la falta de servicio pues, a partir de ella, se extraería el régimen jurídico que le sería aplicable. Suele citarse en este punto a LAFERRIÈRE, quien definía sostenía que existía una “falta de servicio si el acto que genera perjuicio es impersonal y revela a la administración más o menos que da motivo al error. La falta personal, por el contrario, es la que revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, su imprudencia”¹¹.

Este clásico instituto que cimenta la responsabilidad del Estado fue recogido en el artículo 3, inciso d) de la LRE, que define a la falta de servicio como toda “actuación u omisión irregular”. Entre la multiplicidad de formulaciones que ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Mosca” consideró que se trata de una “violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular”¹².

Sin embargo, la norma no contiene ninguna disposición que permita imputar al Estado un daño a través de otro tipo de factores de atribución objetivos como el riesgo o vicio de las cosas, previsto en el antiguo artículo 1113 del Código Civil y en los actuales artículos 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial. Algunos autores criticaron tal omisión, al entender que implicaría la ausencia de responsabilidad del Estado ante estos supuestos¹³, mientras que otros han procurado llenar ese vacío recurriendo a las normas de Derecho común¹⁴. La Corte Suprema, en ciertos casos, ha admitido la responsabilidad por el riesgo de las cosas¹⁵, por lo cual se trata de un debate abierto.

II.3. *Daño cierto*

El artículo 3, inciso a) recibe el criterio unánime sobre la certeza del daño. El Máximo Tribunal sentenció históricamente que solo resulta indemnizable el daño cierto y susceptible de comprobación judicial, excluyendo de las consecuencias

11 Aberastury, PEDRO, *La nueva ley de responsabilidad del Estado*, ADLA 2014-25, 18.

12 Fallos: 330:563; entre otras, ver Fallos: 306:2030; 312:1656; 315:1892,1902; 316:2136; 317:1233; 318:77; 319:2824; 320:266; 321:1776; 323:3973; 325:1277; 328:4175; 329:3065; 329:3168; 330:3447; 330:2748; 331:1690; 331:173 y en el mismo sentido, CNACAF, Sala III, 23/10/07, “Albornoz, Claudio Marino c/ EN-M° Justicia s/ daños y perjuicios”; 08/03/12, “Abeiro Claudio Alejandro c/EN - M° Justicia s/daños y perjuicios”, N° 31.510/2005; Sala IV, 07/10/99, “Amiano, M. E. y otro c. E.N. M° de Justicia”; 29/08/00, “Stalker, A. R. c. INSSJP y otros. Proceso de Ejecución”; Sala V, 12/08/02, “Oppizzi, R. L. c. YPF SE s. Juicio de Conocimiento”, Causa 5676/91.

13 Perrino, PABLO, “La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, *EDA*, N° 13.698, 31/03/2015.

14 Galdos, JORGE MARIO, *La responsabilidad del Estado en la ley 26.944 por el daño causado por las cosas de su propiedad*, RCyS 2014-XII, 20.

15 Fallos: 310:2804; 330:563; 315:2834.

resarcibles a los daños meramente eventuales o conjeturales en la medida en que la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado¹⁶.

II.4. *La responsabilidad del Estado como instituto de Derecho Administrativo y aplicación del Código Civil*

El artículo 1 de la LRE declara que no son aplicables a la materia las disposiciones del Código Civil de manera directa ni subsidiaria. Con ello reconoce el criterio que asumió la Corte en la causa “Barreto”, donde reconoció de forma contundente que la responsabilidad del Estado no es una cuestión de Derecho común, en los términos del artículo 75, inciso 12, sino que se trata de una materia propia de Derecho Público local. Citando a MARIENHOFF, FIORINI Y FORSTHOFF, sostuvo: “... en el *sub lite* los actores persiguen –con apoyo en disposiciones contenidas en el Código Civil– la reparación de los perjuicios derivados del accionar irregular de personal de la policía provincial en la realización de tareas de prevención de delitos. La pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por la presunta ‘falta de servicio’ en que habría incurrido un órgano de la Provincia de Buenos Aires derivada del cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias (Fallos: 306:2030 y sus citas; 320:1999, dictamen de la señora Procuradora Fiscal a la que adhiere este Tribunal) (...) se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del ‘poder de policía de seguridad’ entendido como una ‘potestad pública’ propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; *materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado*”¹⁷.

Si he recurrido a esta extensa transcripción, es porque entiendo que la claridad de la sentencia de la Corte y de la recepción normativa efectuada en la LRE debiera dar por superado el estéril debate sobre este punto. Por un lado, el Máximo Tribunal asumió la posibilidad de que exista una multiplicidad de ordenamientos jurídicos locales sobre responsabilidad del Estado como una consecuencia lógica de la forma de Estado federal; y por el otro, la ley ha sido cautelosa al precisar que el Código Civil no es aplicable de forma “directa ni subsidiaria”, sin vedar la analogía, lo cual resulta evidente ya que ésta es la herramienta básica de todo tipo

16 Fallos: 307:169; 311:2683; 312:1599; 312:316; 315:2865; 318:531; 320:266; 330:2748; 332:1367.

17 Fallos: 329:759, considerandos 9 y 10 (énfasis agregado).

de razonamiento jurídico¹⁸. Sin embargo, la doctrina continúa discutiendo sobre el asunto¹⁹.

II.5. *Relación de causalidad directa, exclusiva y excluyente en materia de responsabilidad por actividad lícita*

A diferencia de lo que sucedió en materia de responsabilidad por actividad ilícita, la Corte Suprema delineó un estándar más exigente en la relación de causalidad de los daños ocasionados por actividad estatal lícita. Sorteando la problemática sobre causalidad adecuada, en el caso “Tejedurías Magallanes” exigió la acreditación de una “relación de causalidad *directa e inmediata* entre el accionar del Estado y el perjuicio”²⁰; y luego a partir del precedente “Ledesma” agregó la nota de exclusividad a este vínculo causal²¹. Criterio que luego repitió en diversas oportunidades²².

El inciso d) del artículo 4 de la LRE, en tanto exige una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño, es, entonces, la consagración de estos precedentes.

II.6. *El sacrificio especial como factor de atribución de la responsabilidad por actividad lícita. La ausencia de un deber de soportar el daño*

El principio general de que todos los ciudadanos deben soportar las cargas públicas supone, como es sabido, la igualdad con que estas deben distribuirse²³. Ello

18 Artículos 16 del Código Civil y 2 del Código Civil y Comercial. El propio mensaje de elevación del proyecto de ley, en ese sentido, expresó: “Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del ‘derecho administrativo’ (Fallos: 190:142, 310:1578 y 321:174, entre otros). Por cierto, la analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso (Fallos: 321:174)”.

19 Perrino, op. cit.; Gelly, MARÍA ANGÉLICA, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, LL, 2014-E, 659; Coviello, PEDRO, “Los jueces frente a la ley de responsabilidad del Estado”, ED, 259-903; Galdos, op. cit.

20 Fallos: 312:1656; en materia de causalidad adecuada, pueden verse los precedentes de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 10/09/96, in re “Kohan, Julio c/ E.N. (M° de Defensa) y Otros s/contrato administrativo”; 13/05/08, “Blanco Gálvez, Miguel Ángel y otros c/ Spolski, Alberto y otro s/ daños y perjuicios”; 10/04/2012, “Marciano Raúl Alberto y otro c/ Banco Central de la República Argentina s/ proceso de conocimiento”; 12/06/2012, “Moro, Eduardo Fabián y otro c/ B.C.R.A. s/ proceso de conocimiento”; Sala II, 08/11/05, “Guerra Rosendo Osvaldo c/ Banco Central de la República Argentina s/ Daños y Perjuicios”, Causa 24.785/00; 29/03/07, “González, Jorge c/ PFA -M° Interior s/ Daños y Perjuicios” y 12/06/01, “Rodríguez de Matías, Rosa Nélida c/ Nación Argentina (M° del Interior) Policía Fed. y Sr. Vera Julio s/juicios de conocimiento”, Causa 2.174/92.

21 Fallos: 312:2020.

22 Fallos: 318:1531; 328:2654.

23 Resulta interesante el voto del Dr. FAYT en la causa “Revestek”, en el cual precisó que la vida en sociedad no solo impone la obligación de soportar las cargas públicas, sino también el

ha llevado al Tribunal Supremo a admitir, progresivamente, la existencia de una obligación estatal de indemnizar ciertos perjuicios “especiales”, “diferenciados”, “particulares” o “calificados” que son consecuencia de su actividad regular²⁴. El momento cumbre de esta evolución se dio con en el caso “Columbia”, donde resolvió que la indemnización de este tipo de perjuicios requiere acreditar un “sacrificio especial” y “la ausencia de deber de soportar el daño”²⁵. Los incisos d) y e) del artículo 4 contienen estos recaudos aceptados pacíficamente.

En particular, el inciso e) aclara que el sacrificio especial, diferenciado del resto de la comunidad, se configura “por la afectación de un derecho adquirido”, con lo cual –con cierta deficiencia legislativa– parece hacer referencia al precedente “Revestek”²⁶, en cuanto exigió que el Estado “debe haber producido una lesión a una situación jurídicamente protegida”, aclarando que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento inalterable del ordenamiento jurídico.

III. LA LRE COMO REFORMADORA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ahora bien, sin perjuicio de la recepción señalada, la nueva ley también ha actuado modificando los estándares reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Congreso es más exigente, principalmente al delinear los requisitos para las indemnizaciones por el obrar lícito del Estado, la responsabilidad por omisión y los daños ocasionados por el Poder Judicial.

III.1. *Carácter excepcional de la responsabilidad por actividad lícita*

El artículo 5 declara que la responsabilidad por actividad lícita es de carácter excepcional, lo cual implica consagrar un principio general que exige un escrutinio mucho más estricto para la admisibilidad de este tipo de acciones. Ésta no es una pauta consolidada en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y sólo fue expuesta en el precedente “Malma Trading”²⁷, sin llegar a considerarse un criterio con raigambre jurisprudencial sólida²⁸.

deber de solidaridad (Fallos: 318:1531).

24 Fallos: 176:111; 180:107; 248:83; 293:630; 308:2626; 315:1026; 316:397, 317:1233, 320:955; 321:2345; 323:1897; en el mismo sentido, C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 21/08/2007, “El Verdadero Paraíso S.R.L. c/ Estado Nacional”; 01/02/08, “La Vendimia S.A. c/EN (M° Economía Secret. de Com. Interior)”; 05/04/94, “Cengi, S.A. c. Estado nacional”; Sala I, 22/4/97, “Tecnología Integral Médica S.A. c/Ministerio de Economía y otro”; Sala II, 04/12/06, “Copromaneu S.A. v. SENASA. y Calidad Agroalimentaria /resolución 113/1994”.

25 Fallos: 323:1897, op. cit.

26 Fallos: 318:1531.

27 CSJN, 15/05/14, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado nacional – Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s / proceso de conocimiento”, Causa M.1378.XLVII R.O.

28 Sostiene BIANCHI que en numerosas ocasiones la Corte trató acciones de daños ocasionados por el obrar regular del Estado, sin llegar a consagrar la excepcionalidad referida, que podría llevar a renacer al principio de infalibilidad real, *The King can do no wrong* (Bianchi, ALBERTO, “La

III.2. *Indemnización limitada en la responsabilidad por actividad lícita*

La LRE dispone en su artículo 5 que en estos supuestos de responsabilidad, la indemnización comprende “el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”. Además, declara improcedente el lucro cesante, cuya reparación no procede “en ningún caso”.

Con estas limitaciones, la norma se sitúa en franca contradicción a la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema, que partió desde el desconocimiento del lucro cesante en materia extracontractual²⁹ y la admisibilidad ante supuestos de responsabilidad contractual³⁰, hasta una indemnización plena consagrada en el precedente “El Jacarandá”, y luego ratificada en diversas oportunidades³¹.

III.3. *Responsabilidad por omisión*

La norma ha ubicado a la responsabilidad por omisión como un subtipo de aquella derivada por la actividad ilícita de la Administración. En concreto, la define como una variante de la falta de servicio, superando un viejo debate entre los partidarios de encuadrarla en el artículo 1112 (GORDILLO, GAMBIER y COMADIRA) o en el artículo 1074 del Código Civil (MARIENHOFF, CASSAGNE, MERTEHIKIAN)³². Sin embargo, esta irregularidad “sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”³³.

A primera vista, podría sostenerse que, al exigir un mandato normativo expreso y determinado, la ley procura brindar precisión a un principio de sentido común, pues responsabilizar al Estado por cualquier omisión resultaría evidentemente disvalioso³⁴. Sin embargo, la nutrida jurisprudencia de la Corte³⁵ progresó

responsabilidad del Estado por actividad legislativa (a propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado”, ED, 259-687)

29 Fallos: 195:66; 293:617; 312:659.

30 Fallos: 306:140; 307:2399; 311:233; 312:2269; 316:1335; 316:1428.

31 Fallos: 332:1367; 332:2801.

32 Por todos, ver Gordillo, AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo, T. VII, 10ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, ps. 660-662; Aberastury, PEDRO, “La responsabilidad del Estado por omisión –en el ejercicio del poder de policía”, *JA*, Suplemento 2010-II del 19/05/2010; Cohen, DÉBORAH, *Límites de la responsabilidad del Estado por omisión. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, disponible en: www.juridicas.unam.mx (Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), citada por Boretto, MAURICIO, “Responsabilidad del Estado por omisión: reflexiones a mano alzada”, ED, 253-229

33 Artículo 3, inciso d).

34 Catalano, MARIANA, “Nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Análisis de su articulación en relación a la jurisprudencia de la Corte y al proyecto de la Comisión de Reformas al Código Civil”, RCyS, 2014-XII, 5.

35 Ver el acabado panorama descrito en Comadira, JULIO RODOLFO y Escola HÉCTOR en Comadira JULIO PABLO (coord.), *Curso de Derecho administrativo*, T. II, Abeledo Perrot, Buenos

hasta llegar a los precedentes “Zacarías”³⁶ y “Mosca”³⁷. De donde se desprenden dos núcleos conceptuales que no han sido recibidos en la norma que comentamos: en primer lugar, deben diferenciarse “entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado”³⁸. Estos últimos casos deben “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”³⁹.

En segundo término, el Máximo Tribunal fijó cuatro pautas determinantes de la responsabilidad por omisión: *a)* la naturaleza de la actividad; *b)* los medios de que dispone el servicio; *c)* el lazo que une a la víctima con el servicio, y *d)* el grado de previsibilidad del daño.

La LRE no ha recogido estos parámetros, y se ha dicho que al condicionar la indemnización a la inobservancia de un deber normativo de actuación “expreso y determinado”, su letra deja fuera un ámbito de responsabilidad que en principio se encontraba admitido en la jurisprudencia de la Corte Suprema⁴⁰.

III.4. Responsabilidad por actividad judicial

La única mención a la responsabilidad por actividad jurisdiccional contenida en la ley se encuentra en su artículo 5, que dispone que los daños causados “por la actividad judicial ilegítima del Estado no generan derecho a indemnización”.

Ciertamente, la generalidad de la disposición dificulta evaluar su ámbito de aplicación concreto. La norma pareciera hacer referencia principalmente al instituto de la prisión preventiva, pero ello no es claro. Y si bien no era necesaria la diferenciación que ha realizado la doctrina entre la responsabilidad *in iudicando* e *improcedendo*, se han omitido estándares bastante arraigados en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que pueden resumirse en los siguientes términos: *a)* la mera revocación de un acto judicial no otorga el derecho a solicitar la indemnización, ya que debe declararse por un nuevo pronunciamiento judicial la nulidad de la disposición que perjudica al justiciable⁴¹; *b)* en materia de prisión preventiva, la absolu-

Aires, 2013, p. 1539.

36 Fallos: 321:1124.

37 Fallos: 330:563.

38 Fallos: 330:563, op. cit., considerando 6.

39 Ídem.

40 Canda, FABIÁN, “Responsabilidad por omisión en la Ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS ‘C. de P.’”, *EDA*, N° 13.718, 30/04/2015, donde el autor propone una interpretación amplia de la ley; en el mismo sentido, Perrino, op. cit.

41 Fallos: 308:2095; 311:1007; 317:1233; 318:1990; 319:2527; 319:2824; 321:1712; 332:552; C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, 23/10/07, “Albornoz”, y 08/03/12, “Abeiro”.

ción del procesado no habilita a indemnizarlo si el auto que la dispuso “encuentra sustento lógico suficiente en las constancias de la causa”⁴²; c) sin embargo, ante ciertos casos, la morosidad judicial manifiesta, o el excesivo tiempo de detención, resulta indemnizable⁴³.

La omisión no es menor, ya que la indemnización por actividad judicial tiene fundamentos constitucionales expresos y contundentes en el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los artículos 9, inciso 5, y 14, inciso 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴.

III.5 *Cuestiones controversiales*

Finalmente, cabe señalar que la ley contiene cuestiones que han sido fuertemente criticadas por la doctrina, algunas de las cuales ya han suscitado planteos judiciales, y cuyo análisis debo omitir en mi condición de integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Entre ellas, en primer lugar, se encuentra la improcedencia de las “sanciones pecuniarias disuasivas” contra el Estado, sus agentes y funcionarios⁴⁵; en segundo término, la exención de responsabilidad, aun subsidiaria, ante los perjuicios ocasionados por los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos⁴⁶; por último, la posibilidad de condenar al Estado a indemnizar en aquellos supuestos en que se configura la concausa y/o culpas concurrentes⁴⁷.

IV. REFLEXIONES FINALES

“Lo que fue, eso mismo será; lo que se hizo, eso mismo se hará: ¡no hay nada nuevo bajo el sol!”⁴⁸. El repaso que hemos llevado a cabo demuestra que la Ley 26.944 no ha traído grandes innovaciones ni en lo jurídico, enfocando la lupa en su contenido, ni en lo sociológico, observando el proceso de elaboración y la reacción crítica de los académicos.

En lo primero, más que una ley general reguladora de los daños producidos por el Estado, se trata de una norma asentada sobre criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, asimilando o rechazándolos. Mas, deja fuera numerosos aspectos propios de una “Ley de Responsabilidad del Estado” (v. gr. principios generales en la materia, la cuestión relativa al ex ante y la prevención de los daños; definiciones sobre los conceptos elaborados por los tribunales como la “falta de servicio” o el “sacrificio especial”; procedimientos previos de conciliación; las consecuencias del dictado de una ley del Congreso que expresamente reconozca

42 Fallos: 330:2112; 333:273, entre otros.

43 Fallos: 322:2683; y especialmente Fallos: 334:1302 y sus citas.

44 COMADIRA y ESCOLA, op. cit., p. 1555.

45 Artículo 1 de la Ley 26.944.

46 Artículo 6 de la Ley 26.944.

47 Artículos 2, 3 inciso c) y 4, inciso c) de la Ley 26.944.

48 Palabras que suelen atribuirse al Rey Salomón en el Libro del Eclesiastés (Ecl 1:9).

una reparación tasada; la condena ante un tribunal internacional como fuente de indemnización estatal; etc.). En rigor, todo el articulado supone la traba de un conflicto, y por ende se trata más bien de una modesta ley reguladora de la acción judicial de indemnización de los daños ocasionados por el Estado. De donde puede asumirse, sin menospreciar los valiosos aportes de otros sectores, que se trata de una norma que tuvo origen en los tribunales y se encuentra destinada a ellos.

En lo segundo, dado este carácter, buena parte de las críticas que ha recibido resultan desproporcionadas, o cuando menos, apresuradas. Los tribunales federales, destinados a aplicar la nueva normativa, contaban antes con criterios extraídos de los casos de la Corte Suprema, cuya obligatoriedad relativa los obliga a seguirlos, si no se aportan nuevos fundamentos⁴⁹; y ahora pueden recurrir a parámetros plasmados en una ley del Congreso de la Nación que, sin necesidad de recurrir a la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico —el control de constitucionalidad—, puede ser modulada por vía interpretativa. Máxime, en una materia donde prima lo casuístico sobre lo sistémico y en la cual la prueba concreta aportada en cada causa adquiere un rol determinante.

Desde esta óptica, sostener que se ha producido un cambio sustancial en la materia implicaría no solo un análisis abstracto y desapegado de la realidad de los expedientes, sino también menospreciar la vigencia que tienen diariamente los estándares de la Corte Suprema en las sentencias de los tribunales inferiores y sobreestimar el valor de la legislación.

Volviendo, entonces, al interrogante inicial: esta ley, ¿es el fruto pacífico de una evolución histórica?, ¿o forma parte de la lucha por el Derecho? Creemos que ninguna de ellas...

Sumarse a esta discusión, cuestionando las reformas introducidas por la ley o defendiendo sus recepciones legislativas, implica reeditar un infructuoso e innecesario debate que ya tuvo exponentes de la talla de IHERING y SAVIGNY. Mas, ello implica olvidar que estos autores habían roto con la escuela clásica y concebían al Derecho como producto cultural. Se había olvidado, como parece suceder ahora, que el Derecho solo surge en un caso concreto y es producto de una ponderación prudencial de dos intereses enfrentados. Al decir de los romanos: la ipsa res justa... nada nuevo bajo el sol.

Para finalizar, tomo prestadas las palabras de BOBBIO quien, al explicar las críticas de IHERING, resumió: “Sus dichos son indicativos de cierta mentalidad, de la mentalidad del jurista teórico que construye un bello sistema preocupándose más de la lógica y de la estética que de las consecuencias prácticas de sus construcciones”⁵⁰.

49 CSJN, Fallos: 25:365; 307:1094; 315:2386; 332:616; entre otros.

50 BOBBIO, op. cit., ps. 134-138

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

II

Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN

AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ

PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO

GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ

CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI

ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS

CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA

AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER

LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO

EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN

MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA

LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL

JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA

JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2016

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina