

SINERGIAS INTERNAS E INTERNACIONALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Pablo Á. Gutiérrez Colantuono

SUMARIO: 1. Notas constitucionales. 2. Sinergia interna - internacional. 3. Los derechos y las competencias públicas. 4. Mirada crítica del nuevo marco legal argentino en materia de responsabilidad del Estado: breves referencias. 5. Perspectivas procesales de la responsabilidad del Estado.

1. Notas constitucionales.

El moderno Estado de Derecho se caracteriza, entre otras razones, por asumir como un principio general el deber de responder por daños que se ocasionan a los derechos de los ciudadanos. Negar tal afirmación importaría aceptar que los Estados adoptan sistemas no constitucionales en su conformación política institucional. Sus constituciones, por ende, recogen expresa o implícitamente el deber de responder en sentido amplio como principio general, siendo un presupuesto mismo de la existencia del Estado constitucional de Derecho.

Este principio se presenta como una imposición también de la inserción de ese Estado en la comunidad internacional y su pertenencia a un sistema internacional donde el deber de responder por infracciones a los compromisos internacionales es parte del obrar de buena fe que debe adoptar el Estado con sus semejantes. Según se ha explicado, “[...] en base al derecho las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”¹.

¹ Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros c/ Chile”, sentencia del 26-9-2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Pero aún más, dicho deber es una garantía operativa de la protección de la dignidad de las personas. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el Artículo 1.1. de la Convención Americana².

Así el deber de responder interno e internacional se comunican retroalimentándose en su validez y eficacia a partir de la base antropológica de todo orden de normatividad: la dignidad de las personas como centralidad de los sistemas.

Con razón se ha dicho que la densidad normativa existente en la materia y la vigencia sociológica de las mismas en materia de responsabilidad del Estado pueden acaso brindarnos una rápida mirada sobre los niveles de constitucionalidad de aquel Estado sobre el que posamos nueva mirada analítica y crítica. Hablar del deber de responder del Estado, en esencia, es tematizar una porción del control del poder, de la sujeción de la actividad estatal a la juridicidad, de su infracción a esta y la asunción de reparar tanto por actuaciones lícitas como ilícitas estatales. En definitiva, de asegurar desde la normatividad y las construcciones jurisprudenciales la igualdad de las personas ante la ley, el derecho de propiedad y la seguridad jurídica. Todo ello en perspectiva individual y social de las personas.

Los gobiernos, sin embargo, parecen partir de un presupuesto distinto. Llegados a los espacios de poder se ven tentados a encontrar creativamente zigzagueantes caminos institucionales—normativos, administrativos, o simples comportamientos—que les permitan asegurar espacios del no responder. Esto es, zonas claramente de inmunidad frente al escrutinio técnico y social de los diversos actos de poder. Luego las construcciones técnicas, políticas e institucionales otorgan andamiaje a dicha tentación del poder de buscar su *no control*.

Apreciamos así dos planos posibles del control que presupone hablar de responsabilidad del Estado: uno propio con enclave constitucional y un segundo que se desprende de la propia gestión del poder. En este último se “percibe” al control y los mecanismos vinculados al deber de responder como obstruccionistas de la eficacia en la propia gestión de gobierno. Y en base a ello se debilitan, con argumentos coyunturales legales, presupuestarios y avalados jurisprudencialmente otras tantas veces, las bases del propio Estado constitucional.

Los niveles débiles de acceso a la información pública, las estadísticas de poca transparencia de las gestiones públicas, las diversas normas que evitan zonas de control de la actividad estatal, las leyes que difieren la concreción de las sentencias que ordenan obligaciones de dar o hacer en cabeza de los gobiernos son, entre otros, algunos de los frecuentes hitos negativos observados en nuestras democracias vinculados al deber de responder en términos constitucionales. Existe una suerte de “tentación” a

² *Ibidem*.

adoptar prácticas gubernamentales que debilitan este principio constitucional del Estado moderno, por ello la toma de conciencia institucional y social de este principio estructural del esqueleto constitucional y de valor ciudadano ha de ser una tarea que asuman, en parte, los tribunales internos e internacionales.

2. Sinergia interna - internacional.

Posada la mirada observadora sobre el sistema constitucional argentino, luego de varias décadas de discusión doctrinaria y jurisprudencial, alumbró dar un marco general y especial del deber de responder del Estado con exclusivo anclaje en el derecho público: la Ley N° 26.944. Atrás quedaron, luego del nuevo régimen, las posturas esgrimidas por unos y otros sobre la existencia o no de un régimen único del deber de responder anclado en las previsiones del Código Civil. Este es el primer dato cierto del sistema actual jurídico argentino: la responsabilidad del Estado se rige por el derecho público, sus principios y sus normas, no aplicándose el derecho civil ni directa ni supletoriamente. Es una cuestión de régimen, y no más que ello a nuestro criterio, ya que, como dijéramos, el deber de responder estatal es un principio general del Estado de Derecho. Nadie puede acaso sostener su inexistencia por falta de regulación normativa.

Nuestra postura ha sido desde siempre observar el deber de responder como principio general del Estado constitucional de Derecho³, incluso reforzado por la vertiente social por la importancia que se le brinda al principio de igualdad de las cargas públicas como justificativo constitucional. Por ello si bien es siempre preferible contar con la debida reglamentación para lograr estandarizar parámetros jurisprudenciales en la materia y con ello dar certeza y previsibilidad suficiente, afirmábamos, previo a la aprobación del nuevo régimen general, que esta encontraba su fundamento en los propios principios del Estado de Derecho, especialmente en el principio republicano de gobierno adoptado concretamente en el texto constitucional argentino. Sabido es que república implica al menos: a) periodicidad de mandatos, b) publicidad de actos de gobierno, y por ende acceso a la información pública y motivación razonablemente fundada de todas las decisiones estatales y c) el deber de responder del Estado y de los funcionarios públicos.

A su vez, ello se veía reforzado por los mandatos internacionales, especialmente –no exclusivamente– a partir del movimiento latinoamericano en general de otorgar grado constitucional a los tratados de derechos humanos.

³ Ha sostenido la CSJN en el precedente “Rodríguez Pereyra”: “8) Que en lo que interesa al caso, esta Corte ha dicho que el ‘principio general’ que establece el Artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual se ‘prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero’, se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación’, y que 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 (cfr. Fallos: 308:1118 y 327:3753)”.

El deber general contemplado en los Artículos 1.1. y 2° del Pacto de San José de Costa Rica –en adelante, PSJCR– apalanca el deber también interno de los Estados en sus planos domésticos por las actividades lícitas e ilícitas. En este sentido, la creciente obligación interna de respetar compromisos internacionales genera dos consecuencias a nuestro criterio en la materia: asunción del deber de responder en los niveles internacionales y la consolidación interna de la obligación de reparar el daño ocasionado por la actividad y omisión estatal interna.

Sobre el punto sencillamente diremos que los Artículos 1.1. y 2° del PSJCR permiten identificar los siguientes deberes esenciales: a) como consecuencia de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos fundamentales, los Estados deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental y suprimir las medidas y prácticas que actualmente los restrinjan o vulneren⁴, y b) como consecuencia de la obligación adicional del Artículo 2°, los Estados deben –cuando el ejercicio de un derecho no se encuentre todavía garantizado– *adecuar* su ordenamiento jurídico –en el plano normativo o de cualquier otro tipo– para permitir tal ejercicio.

No es posible en la lógica impuesta por la sistemática de los derechos fundamentales tener un Estado obligado a responder internacionalmente y paralelamente irresponsable en el sistema interno por la falta de previsión normativa del instituto de la responsabilidad del Estado, o inmunidades internas concedidas por leyes que a todas luces son inviables en un Estado que se precie de constitucional.

Es impensable un Estado con crecientes niveles de responsabilidad en el orden internacional y decreciente en su orden interno. Un contrasentido no aceptable.

Aquí se impone una mirada integral y articulada entre las exigencias del orden de los derechos humanos y las exigencias en el orden interno del deber de responder estatal ante afectaciones lícitas o ilícitas de los mismos derechos. Más allá de que las lógicas de un deber y otro respondan a concepciones distintas, regulaciones de diversos alcances y efectos disímiles.

3. Los derechos y las competencias públicas.

Si hablamos del deber de responder es porque necesariamente se ha producido una afectación de un derecho por el comportamiento de la autoridad pública.

El ingreso y la posterior afectación en la zona de los derechos es un tema nada menor en el constitucionalismo actual, producto de que algunos sistemas de gobierno interpretan con alcances equivocados los modelos sociales de nuestras constituciones. Existen desórdenes en los poderes, confusiones de reglas y principios, anteposición de la idea de que aquellos *lo pueden todo*, desconociendo la vigencia de los derechos en su plena

⁴ Corte IDH, OC-18/03, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 17 de septiembre de 2003, párrafos 81 y 173.

extensión. Generalmente se acude a justificaciones vacías de contenido, vinculadas al bienestar general con la finalidad de tan solo brindar nuevos escudos de indemnidad a la ilegítima actuación de los poderes del Estado. Se pretende manipular desde el discurso político determinadas construcciones constitucionales propias o foráneas, para luego reinterpretar cláusulas constitucionales que lejos de permitir aquello que se alega, claramente lo prohíbe. La convivencia de la dimensión individual y colectiva de los derechos es posible en la propia lógica de la coherencia constitucional.

En esta búsqueda del orden, en sistemas como el argentino, el obrar estatal emerge ante todo: a. limitadamente, b. con una finalidad cierta y c. en el debido y suficiente control.

a. Limitadamente, porque el principio constitucional es el de la incompetencia de los órganos estatales en actuar. El principio general de que la incompetencia es la regla en materia de actuar estatal, salvo expresa autorización legal —e implícitamente contenida en una deducción lógica y razonable—, posee especial regulación en el texto constitucional argentino. Este es el significado que en parte se le otorga a la previsión contenida en su Artículo 19⁵ en concordancia interpretativa con la regla del Artículo 28⁶. Esta última, especialmente prevista en la constitución histórica—1853-1860—, en punto a que los derechos son posibles de ser reglamentados sin posibilidad alguna de ser desvirtuados en su esencia por las actuaciones estatales, es la piedra fundamental a nuestro criterio de la injerencia estatal en la órbita de los derechos y, por consiguiente, en el posterior deber o no de reparar las consecuencias. En este sentido no es posible fijar limitaciones que importen alteraciones a los derechos, desvirtuado su contenido esencial. Si ello no es posible vía legislativa, con menor razón aun podrá serlo por la actuación desbordada reglamentaria, por actos u hechos de las Administraciones pese a la frecuente costumbre, desacertada por cierto, de modificar aspectos esenciales de los derechos ciudadanos por meros comportamientos administrativos y ya no tan solo reglamentarios.

b. Con una finalidad determinada, exigencia propia pero que es desde el plano internacional reforzada. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, Corte IDH—⁷:

“220. En tercer lugar, este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables o como objetos intangibles, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Asimismo, la Corte ha protegido, a través del Artículo 21 convencional, los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. Por último, resulta necesario reiterar que el derecho a la propiedad no es absoluto y, en ese sentido, *puede ser objeto de restricció-*

⁵ “Art. 19 CN: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁶ “Art. 28 CN: Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

⁷ Corte IDH, caso “Furlán y Familiares c/ Argentina”, sentencia del 31-8-2012.

nes y limitaciones, siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con los parámetros establecidos en dicho Artículo 21” (el destacado nos pertenece).

En este punto es interesante recordar que el Artículo 29 de la Convención fija las “normas de interpretación” de la Convención Americana, de acuerdo con las cuales *ninguna* disposición de ese instrumento puede entenderse en el sentido de:

- a) permitir la *supresión* del goce y ejercicio de un derecho reconocido en la Convención;
- b) permitir una *limitación* de ese goce y ejercicio *en mayor medida a la permitida por la Convención*;
- c) limitar el goce y ejercicio de un derecho reconocido por la normativa *interna*;
- d) limitar el goce y ejercicio de un derecho reconocido por *cualquiera de los Estados parte*;
- e) limitar el goce y ejercicio de un derecho reconocido en *otra Convención* en que sea parte cualquiera de los Estados sometidos a la primera;
- f) excluir otros derechos y garantías que sean *inherentes al ser humano*;
- g) excluir otros derechos y garantías que se deriven de la *forma democrática representativa de gobierno*;
- h) excluir o limitar el efecto de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*;
- i) excluir o limitar el efecto de *actos internacionales de igual naturaleza a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*.

Entendemos que esta disposición posee una importancia mayúscula, en tanto opera como una “cláusula de cierre” para el intérprete que *impide la existencia de lagunas* en el ordenamiento americano de protección de los derechos humanos.

Al respecto, ha destacado la Corte Interamericana:

“[...] la redacción de esta disposición está hecha con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, en particular aquellos previamente reconocidos por un Estado”⁸.

En consecuencia, ante el conflicto normativo siempre debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana⁹.

⁸ Corte IDH, OC-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, 19 de enero de 1984, párrafo 20.

⁹ El Artículo 53 del Convenio Europeo establece: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio

Esto es desprendimiento de un principio inherente a la naturaleza misma de los derechos humanos, que obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y, restrictivamente, las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental –principio *pro homine* del derecho de los derechos humanos– conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla y su condicionamiento, la excepción¹⁰.

Del Artículo 29 se extraen, entonces, las siguientes directrices interpretativas: prohibición de supresión de derechos, deber de armonización y la consiguiente imposibilidad de limitar el derecho en mayor medida al permitido en la Convención.

En una mirada más general, cabe recordar que distintos ordenamientos jurídicos poseen cláusulas abiertas en materia de interpretación de derechos. La mayor protección de los derechos como regla general importa ser conscientes en los ordenamientos internos del principio general del *pro homine*.

Pero también ellas dan lugar a márgenes posibles interpretativos que permitan a las instancias judiciales internas una adecuada convergencia con los niveles mínimos de satisfacción, protección y garantía de los derechos fundamentales.

Ello es de suma importancia especialmente desde la aparición en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos del denominado control de convencionalidad. La Corte IDH viene insistiendo ya hace un tiempo en la obligación de los jueces internos de cada Estado miembro en realizar el debido estudio de compatibilidad entre las normas internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –en adelante, SIDH– y las normas internas¹¹.

Dicho mandato vinculado al control de convencionalidad: a) exige el estudio de compatibilidad no solo en el plano normativo sino también en el propio jurisprudencial, b) predetermina que el mismo sea ejercido de oficio por los jueces, c) entiende que deben realizarlo todos aquellos que ejerzan en el sistema interno actividad materialmente jurisdiccional, incluyendo en tal fórmula a los órganos extrajudiciales¹².

Se trata de incorporar que las “[...] autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención

en el que ésta sea parte”. A partir de tal disposición, la Corte de Estrasburgo ha entendido que el Tratado de Roma *refuerza*, de acuerdo al principio de subsidiariedad, la protección brindada a nivel nacional pero *nunca la limita* (SSTEDH, “Shamayev y Otros c/ Georgia y Rusia”, 12 de abril de 2005, párrafo 500, entre varios).

¹⁰ Corte IDH, OC-7/86, opinión separada del Juez Piza Escalante, párrafo 36.

¹¹ Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, con la colaboración de Juan Justo, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, p. 21.

¹² Este último aspecto es especialmente relevante para el estudio del derecho público ya que, por lo general, encontramos tarea de contenido *jurisdiccional fuera del ámbito de los jueces*, por ejemplo, en aquellos procedimientos institucionales –orgánicos o no– en los cuales se pretende la destitución de funcionarios de determinadas trascendencias en los sistemas internos (juicios políticos, jurados de enjuiciamiento, etc.).

Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”¹³.

Este control ejercido *no tan solo por jueces* deberá realizarse de oficio y tendrá por objeto analizar la compatibilidad en el sistema interno de la norma doméstica no tan solo con el marco normativo del PSJCR sino también con la interpretación que del Pacto realiza la Corte IDH.

c. Debido control: no existen *a priori* espacios que escapen al control judicial. Sí, en cambio, y por lo general se supedita la intervención judicial a la previa existencia de un *caso*.

4. Mirada crítica del nuevo marco legal argentino en materia de responsabilidad del Estado: breves referencias.

Al tiempo de “desatarse” importantes discusiones en la opinión publicada sobre el proyecto del gobierno de una Ley de Responsabilidad del Estado en Argentina nuestra posición fue clara en sentido de sostener que el deber de responder estatal es un principio general del derecho en los modernos Estados. Sostener lo contrario importa salirse de los márgenes de constitucionalidad hacia sistemas no democráticos. Y que ello era así, indistintamente la naturaleza jurídica que pudiera otorgársele a esta área del derecho y su posterior ubicación normativa.

Es cierto que tal ley vino a insertarse en el debate político simultáneamente a la existencia del anteproyecto y posterior proyecto de Código Civil y Comercial –en adelante, Código– que se terminara luego aprobando con posterioridad a la ya vigente Ley de Responsabilidad del Estado. Cabe recordar que la Comisión que elaboró el anteproyecto de dicho Código proponía una regulación *in extenso* de la responsabilidad del Estado y del funcionario público.

Sin embargo, y constituyendo a nuestro criterio una de las principales intervenciones que sufrió dicho anteproyecto por parte del Poder Ejecutivo Nacional, el Código nuevo adoptó un criterio distinto.

¹³ Corte IDH, caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c/ Bolivia”, sentencia del 1-9-2010 (Fondo, Reparaciones y Costas); caso “Gelman c/ Uruguay”, sentencia del 24-2-2011 (Fondo y Reparaciones); entre tantos otros posibles de ser citados.

Con una mirada diferente solo dedicaron dos artículos a la responsabilidad del Estado, y no a fin de regularla sino, por el contrario, para establecer en una fórmula tradicional que su regulación no es propia de la materia del derecho común (Art. 75, inc. 12 CN) sino del derecho administrativo, materia no delegada por las provincias al Estado federal¹⁴.

Dos posturas en tensión existentes en la materia quedaron así resueltas. Una no adoptada: la teoría única del responder, en cuya mirada la responsabilidad civil debe ser regulada en general como derecho de daños, por el Código Civil, sin importar a los fines regulatorios que el causante del daño sea el Estado. La segunda compartida por el Código y propia de la mayoría de la doctrina administrativista nacional, que sostiene que la responsabilidad del Estado es una porción del derecho administrativo.

Esta postura parece adecuarse al reparto constitucional de competencias en nuestro Estado federal diseñado por nuestra Constitución de 1853-1860 y fortalecido junto al parlamentarismo en el año 1994 –aunque no reflejado siempre en nuestra vida institucional.

Entendemos que siendo la responsabilidad del Estado una cuestión que didáctica y científicamente se encuentra dentro del derecho administrativo, no resulta desacertada la decisión de que su regulación se encuentre en cabeza de los Estados locales y de la Nación. Menos para aquellos que declamamos un federalismo real con competencias provinciales y municipales desplegadas en la debida extensión y articulación con la federación¹⁵.

En cuanto a la sustancia de la Ley de Responsabilidad del Estado, si bien ella refleja las posturas jurisprudenciales de la CSJN en los últimos treinta años afianzadas por el resto de la jurisprudencia, nos interesa marcar brevemente los puntos centrales y formular algunas críticas desde el punto de vista constitucional. Críticas que seguramente se irán resolviendo a través de la interpretación jurisprudencial.

¹⁴ “Art. 1765. Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”. “Art. 1766. Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

¹⁵ Recordemos al respecto que la CSJN en el precedente “Barreto” remarcó la idea de que no existe un derecho público común y que, consecuentemente, cada provincia se da el suyo y por él se rige, con la sola condición de respetar la cláusula de garantía del Artículo 5º CN. CSJN, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 329:759, sentencia del 21 de marzo de 2006. Sin embargo, por otro lado, y en forma posiblemente contradictoria, es conocida la doctrina de la CSJN establecida en el caso “Filcrosa” –CSJN, “Filcrosa s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda”, *Fallos*: 326:3899, sentencia del 30 de septiembre de 2003– y reiterada en diversas decisiones posteriores –CSJN, “Verdini, Edgardo Ulises c/ Instituto de Seguridad Social de Neuquén”, *Fallos*: 327:3187, sentencia del 19 de agosto de 2004; “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Nisalco c/ Ente Provincial de Agua y Saneamiento”, Nº 235. XLII, 24 de noviembre de 2009–, en que las provincias no resultan competentes para fijar los plazos de prescripción en forma distinta a lo prescripto por el Código Civil respecto de las relaciones entre el Estado provincial y los particulares, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local.

Sintéticamente diremos:

a. La responsabilidad lícita se genera tanto por la actividad como por la inactividad estatal. La lícita, en cambio, tan solo por comportamientos estatales.

b. La responsabilidad lícita es excepcional y limitada en los alcances indemnizatorios –se excluye el lucro cesante.

c. Ambas son objetivas y directas.

d. En ambas se requiere para su configuración la existencia de un daño, la imputabilidad a un órgano estatal, la relación de causalidad entre el daño y la actividad o inactividad –en caso de responsabilidad ilícita–, la falta de servicio –actuación irregular.

e. En la actividad legítima se indican, demás, la configuración de un sacrificio especial de la persona dañada y la ausencia del deber de soportar y se especifica respecto a la relación de causalidad que ésta debe ser directa, inmediata y exclusiva entre la actividad y el daño. Es decir, un escrutinio claramente más fuerte de la actividad estatal que pueda ser generadora del deber de dañar justificado en que el Estado obra dañosamente pero dentro del mundo de la juridicidad.

Críticas negativas posibles de ser formuladas brevemente:

a. En primer lugar, el precepto del Artículo 1º descarta la imposición de sanciones pecuniarias disuasivas contra el Estado, sus agentes o funcionarios. Con este precepto, en el ordenamiento jurídico argentino, se establece una distinción que *a priori* aparece como sospechosa de inconstitucional, pues si bien el legislador tiene la potestad de establecer distinciones, las mismas deben ser razonables, y se dificulta crear un grupo de personas privilegiadas a quienes no es posible aplicar sanciones pecuniarias disuasivas, siendo que mediante el nuevo cuerpo de normas civiles y comerciales, ello forma parte del principio general.

Aquí nos encontramos frente a una exención de responsabilidad que viola, a nuestro criterio, el principio republicano de gobierno. Ello así por afectar el principio de igualdad y no discriminación, al crear un grupo de personas (el Estado, sus funcionarios y sus empleados) que poseen el privilegio de tener limitada en este aspecto su posibilidad de asumir responsabilidad sin que la distinción sea producto de una razón objetivamente válida como tal. También afecta, a nuestro entender, el principio de responsabilidad de los funcionarios que es de esencia la república democrática.

b. Una segunda crítica a la Ley N° 26.944, ya convertida expresamente por el propio Código sancionado en el régimen general y especial de este tipo de responsabilidad, es la referida a su Artículo 6º. Se adoptó el criterio de no extender el deber de responder al Estado, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

Este precepto es igualmente polémico desde que crea, a nuestro criterio, una suerte de *carta de indemnidad* al Estado, cuando los daños son ocasionados por aquellas empresas a las que confió la prestación de los servicios públicos. Ello, en nuestra opinión, parece

no ajustarse correctamente al principio de igualdad antes indicado. Pero más allá de ello, el desacierto de tal norma se puede analizar en perspectiva de los derechos de las víctimas de los concesionarios de los servicios públicos desde la sistemática de derechos humanos del propio PSJCR.

Cabe recordar que la Corte IDH, en el caso “Ximenes Lopes”¹⁶, expresamente ha sentado la siguiente doctrina en materia de servicios públicos prestados por terceros y la responsabilidad estatal en la materia:

“La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas en su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible. Los Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas en su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la Administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad. Los Estados deben, según el Artículo 2° de la Convención Americana, crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud. Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad. Por todas las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes [...]”.

Como es fácil deducir se pone toda su atención a) en la víctima del daño, a fin de lograr su integral reparación, más que en el victimario y b) el deber estatal de responder persiste aun en casos en que se haya optado por transferir a terceros la organización y prestación de un servicio.

¹⁶ Corte IDH, caso “Ximenes Lopes c/ Brasil”, sentencia del 4-7-2006.

c. Un tercer punto que podría generar discusiones desde la mirada constitucional en casos concretos es la exclusión como regla general de la indemnización del lucro cesante en la responsabilidad del Estado por actividad lícita. Ello puede llevar a supuestos de injusticia palmaria, dejando a víctimas de graves daños ocasionados por el Estado sin lugar a reparación de carácter alguno, o con derecho a reparaciones irrisorias. Aquí nuevamente la igualdad ante las cargas públicas parecería indicar junto a otros principios, garantías y derechos constitucionales el desacierto de tal regulación como regla general, cuando es un tema, a nuestro entender, de probanzas en el caso concreto y de criterios de *justicia*.

d. Un cuarto aspecto refiere a la responsabilidad del Estado por su actuación judicial.

La previsión sobre la responsabilidad estatal por la actividad judicial en el novedoso marco general sancionado excluye cualquier posibilidad de responder el Estado por la actividad lícita judicial—Artículo 5°.

Algunas aclaraciones sobre el tema que estimamos necesarias:

d°. la previsión tiene alcances solamente para el ámbito propio del Poder Judicial, esto es, la actividad jurisdiccional que explica la razón de ser de dicho poder;

d°. la actividad administrativa del Poder Judicial no queda incluida dentro de dicha cláusula. Ella remite a las reglas generales de la ley, esto es el deber de responder por acciones u omisiones estatales en la actividad administrativa. Así entonces los daños provocados a los derechos ciudadanos por decisiones u omisiones de naturaleza administrativas del Poder Judicial deben ser reparados—previo verificarse los requisitos generales de la procedencia de la responsabilidad del Estado.

De la breve descripción del régimen legal actual de responsabilidad estatal en Argentina podemos afirmar que el nuevo sistema deja una reivindicación (la de las provincias de regular la responsabilidad del Estado), muchas dudas (en cuanto a qué aspectos de este régimen de derecho público pueden ser materia de la legislación local y cuáles, por el contrario, deben ser objeto de regulación del derecho común) y la sensación de que la regulación de la materia en el ámbito federal se centra, contradiciendo los grandes trazos exigidos por la vigencia del Sistema Americano de Derechos Humanos, en la protección del Estado victimario antes que en la de las víctimas de los daños, vulnerando en algunos preceptos dos de las grandes reglas emanadas del principio republicano, como lo son la responsabilidad de los funcionarios públicos y el mandato de igualdad y no discriminación.

5. Perspectivas procesales de la responsabilidad del Estado.

Dos vertientes, la tutela administrativa y la tutela judicial.

a. El deber de responder en clave de la tutela administrativa.

Nuestra postura desde hace tiempo ha sido la de reconocer con carácter general la vigencia de determinadas garantías en el ámbito de las actuaciones de nuestras Administraciones y los derechos de los ciudadanos. A ello lo hemos englobado dentro del concepto

de la tutela administrativa, siguiendo en parte la doctrina establecida supranacionalmente por la Corte IDH. Criterio que por cierto ha sido recogido por la CSJN en su carácter de máximo tribunal constitucional interno.

Las Administraciones públicas son una de las autoridades estatales obligadas por el PSCR a dar cumplimiento al marco general obligacional de los Artículos 1.1. y 2° del mismo. A la infracción de alguno de ellos puede o no sumársele la violación del respeto por el Artículo 8° de los procedimientos seguidos por las autoridades no judiciales en el objetivo de la determinación de derechos y obligaciones.

Tal como lo ha sostenido en su voto razonado por el juez Diego García-Sayán, en el caso de la Corte IDH “Barbani Duarte”¹⁷:

“[...] los Estados están obligados a que los órganos del Estado llamados a determinar derechos y deberes lo hagan en un procedimiento que le dé a la persona los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y, consecuentemente, la posibilidad de conseguir una decisión que se encuentre debidamente motivada, requisito fundamental para asegurar la justicia en cada caso concreto. El aspecto esencial de lo que contiene el Artículo 81, por ello, no reside, pues, en la naturaleza de la autoridad dentro del ordenamiento constitucional del país, sino en lo que el procedimiento busca determinar y resolver en cuanto a garantías a favor de la persona. Si el sentido de la norma es el de ofrecer ciertas garantías básicas en la determinación de derechos u obligaciones de la persona, parece claro que el aspecto medular y trascendente es éste, y no el de la naturaleza de la autoridad. Este parece ser, pues, el criterio central para establecer que es obligatorio atenerse a las exigencias del Artículo 8° en lo que sea pertinente a espacios extrajudiciales. En otras palabras, es claro que la Convención tiene establecido que deben garantizarse los derechos de la persona tanto en las esferas no judiciales como en las judiciales, teniendo en cuenta lo que sea aplicable a un procedimiento no judicial”.

La justicia de los derechos humanos del PSJCR ha consolidado aquella idea nacida del principio evolutivo interpretativo de llevar a la zona de las Administraciones públicas la aplicación de las garantías del Artículo 8°.

Y ello en el contexto latinoamericano no es menor, ya que en muchas de las Administraciones regionales se ha avanzado hacia la mayor intervención en los derechos ciudadanos por una suerte de hipernormativismo reglamentario, de actos administrativos y hasta en casos ya rayanos a lo grosero institucional, las vías de hecho. Ello es grave, si lo apalancamos con típicas presunciones que rigen en la materia y que permiten exigir y hacer cumplir el producto de la exteriorización de la voluntad administrativa ilegítima.

Para por ello es lógico y acertado requerir la necesaria vigencia del debido proceso legal en la toma de decisiones administrativas en sentido amplio, exigiéndole a las Administraciones en su actividad de determinar derechos y obligaciones en el terreno de los derechos humanos una necesaria y correcta actuación conforme a los estándares mínimos exigidos por el PSJCR.

¹⁷ Corte IDH, caso “Barbani Duarte y otros c/ Uruguay”, sentencia del 13-10-2011.

La Corte IDH, fundamentalmente desde los casos “Tribunal Constitucional c/ Perú”¹⁸ y “Baena, Ricardo y otros c/ Panamá”¹⁹, ha construido una teoría expansiva de la aplicación directa del elenco de garantías del debido proceso legal del Artículo 8º del PSCR tanto a los ámbitos judiciales de los casos contencioso administrativos como para los asuntos administrativos. Lo determinante para la Corte IDH es la presencia de toda *autoridad estatal que al desplegar su actividad provoque la determinación de derechos y obligaciones de las personas*. Tal criterio ha sido luego ampliamente consolidado por diversas decisiones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁰ en criterio concordante con el de la Corte IDH ha aplicado dicha regla incorporada al sistema interno argentino en virtud del control de convencionalidad²¹, en tanto obliga a cotejar la compatibilidad de las normas internas con las del PSJCR tomando también en consideración la interpretación que de ellas se ha hecho por la Corte IDH en tanto intérprete natural del PSJCR.

En realidad, la tutela administrativa en tanto garantía apunta en nuestro criterio a una doble función: a) preservar los distintos valores que ella incorpora, ya que la afectación de una garantía en sí mismo genera el deber de reponerla o de nulificar el acto que emerge infraccionándola, y b) es funcional a la vitalidad del derecho a lograr una actuación de la Administración en términos del buen gobierno—efectiva y eficaz, razonable y en tiempo útil—; c) una tercera función sería advertir que todo el paso por la Administración pública se incardina dentro del ejercicio de aquella garantía de la tutela administrativa efectiva.

En este sentido, el surgimiento del deber de responder por parte del Estado es —y debe serlo en regímenes como el argentino— anunciado, explicado y reclamado por el ciudadano ante las propias Administraciones. Ello puede constituir un planteo en sentido de: a) solicitar la anulación del acto, y los daños y perjuicios ocasionados, b) solamente esto último, supuesto que ocurre frente a los típicos actos administrativos que lesionan un derecho pero que son el ejercicio de competencias legales de las Administraciones, como lo es la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia de los actos administrativos.

Lo mismo ocurre en sede de los otros poderes, en la medida en que ante ellos se exija el deber de responder por la actuación administrativa.

¹⁸ Corte IDH, sentencia del 31-1-2001.

¹⁹ Corte IDH, sentencia del 2-2-2001.

²⁰ CSJN, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - Decreto N° 310/1998 s/ amparo Ley N° 16.986” —14-10-2004—; “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resolución N° 169/2005” —26-6-2012. Por su importancia hemos comentado este último fallo en “Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden”, LL 3-10-2012, p. 8.

²¹ Ver los alcances de dicho control de convencionalidad en el caso Corte IDH “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c/ Bolivia”, 1-9-2010, entre tantos otros posibles de ser citados.

b. El deber de responder en clave de la tutela judicial.

La perspectiva procesal general y de la responsabilidad del Estado debe conformarse, según nuestro criterio, a las pautas que fija la propia Corte IDH en la materia:

“209. La Corte ha señalado que, en los términos del Artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado”²².

Más allá de las regulaciones internas en la materia de responsabilidad del Estado, lo cierto es que la justicia debe organizar sus procesos judiciales mirando la tutela de los derechos de las personas y el ejercicio de la correcta defensa de los intereses estatales con apego a estos criterios internacionales de obligatoria incorporación doméstica. Caso contrario, emergerá el deber de responder en el sistema internacional por infracción al deber de garantía que sobre el instituto de la responsabilidad del Estado proyecta el propio PSJCR.

²² Corte IDH, “Furlán”, *cit.*