

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA**



**FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS**

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS Y TECNICAS  
RECIENTES

**TITULO**

La Responsabilidad del Estado: un aporte para construir

Apellido y Nombres del/los alumno/s:

Bonetto, Mercedes

Dolce, Nadia Mariel

Haag, Martín David

Asignatura sobre la que se realiza el Trabajo: Derecho Civil II

Encargado de Curso Profesional: Norma Beatriz Martínez

Año que se realiza el trabajo: 2016

## ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| 1. Responsabilidad Civil.....  | 3  |
| 1.1 Obligaciones.....  | 3  |
| 1.2 Tesis Unitaria de la Responsabilidad Civil.....                                | 4  |
| <br>   |    |
| 2. Responsabilidad del Estado.....   | 5  |
| 2.1 Fundamentos Constitucionales.....  | 5  |
| 2.2 Evolución Legal y Jurisprudencial.....   | 6  |
| 2.3 Ley 26.944: ¿De Responsabilidad del Estado?.....                               | 14 |
| <br>   |    |
| 3. La Responsabilidad del Estado desde la perspectiva de los derechos humanos..... | 19 |
| <br>   |    |
| 4. Conclusión.....   | 21 |

## **INTRODUCCION**

El presente trabajo de investigación se ha realizado con el objetivo de plasmar un análisis crítico de la Responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico actual. Para este fin, consideraremos el esquema actual de la responsabilidad civil en sus aspectos generales, consagrado en el Código Civil y Comercial de la Nación y particularmente desarrollando la exclusión de la Responsabilidad del Estado de ese cuerpo normativo, la cual se encuentra legislada en la ley 26.944.

Nosotros creemos que la ley de Responsabilidad del Estado antes mencionada, deberá ser declarada inconstitucional.

Para fundamentar nuestra postura vamos a analizar las bases constitucionales, como así también la evolución jurisprudencial y legal del tema en cuestión.

## 1. RESPONSABILIDAD CIVIL

### 1.1 Obligaciones

Como argentinos nos enfrentamos al desafío de estudiar nuevas normas que vienen a regir nuestra vida cotidiana y aceptar el cambio que implica dejar atrás el Código Civil como así también el Código de Comercio, para comenzar a aplicar un corpus iuris único que regula todas las relaciones de derecho privado.

El derecho de las obligaciones se encuentra enmarcado en el ámbito de los derechos personales o crediticios, por lo cual le son aplicables los principios y caracteres que rigen a éstos. Las fuentes de las obligaciones pueden ser tanto de origen contractual como así también extracontractual (originadas en hechos ilícitos). Cabe destacar que los contratos y los hechos ilícitos constituyen las dos fuentes más importantes de las obligaciones, aunque no son las únicas.

En el Código Civil y Comercial encontramos en su artículo 724 la definición de obligación como *“una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”*.

Esta definición denota la existencia de los dos aspectos que componen la obligación: la deuda o débito y la responsabilidad.

## 1.2 Tesis Unitaria de la Responsabilidad Civil

La teoría general de la Responsabilidad Civil ha sido objeto de grandes modificaciones a partir del cambio de paradigma constitucional argentino. El Código Civil y Comercial, siguiendo el pensamiento predominante en la doctrina argentina, ha unificado las órbitas de la responsabilidad, dejando de lado la vieja clasificación de “contractual” y “extracontractual”.

La Responsabilidad Civil consiste en la obligación que deriva del incumplimiento de un deber genérico o específico que causa un daño y, por lo tanto, hay que reparar el perjuicio que se causó. Independientemente del acto o hecho dañoso que genera un responsable y el consecuente deber de reparar, existe un concepto único de Responsabilidad Civil, y cuatro presupuestos comunes: es lo que en doctrina se conoce como Tesis Unitaria.

Los cuatro presupuestos comunes son:

- Antijuridicidad: implica que una acción u omisión sea contraria al ordenamiento jurídico.
- Dañosidad: según el artículo 1737 del Código Civil y Comercial *“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”*
- Relación de Causalidad: es el nexo material que debe existir entre el hecho dañoso y el daño ocasionado, es decir, el enlace físico entre un hecho antecedente y un resultado.

- Factores de Imputación: es el fundamento que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño. Según el artículo 1721 del Código Civil y Comercial *“Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. [...]”*

## **2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

### **2.1 Fundamentos Constitucionales**

La Responsabilidad estatal por ocasionar daños a terceros surge directamente de disposiciones expresas de la Constitución Nacional (en adelante CN) en los artículos 1,14, 16, 17 y 19.

El artículo 1° de la C.N establece la forma republicana de gobierno. Hay que tener en cuenta que una de las notas distintivas del sistema republicano es la responsabilidad personal de los funcionarios públicos y la responsabilidad institucional del Estado.

El derecho de daños encuentra su fundamento en el artículo 19 de la C.N. Este impone el deber fundamental de no dañar a otro y consagra, asimismo, la obligación de reparar. Dicha reparación debe ser plena o integral, comprendiendo tanto los valores materiales como los espirituales.

Esta reparación se relaciona directamente con el derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la C.N, que relacionándolo con lo dispuesto en su artículo 14, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que, *“ampara a todo el patrimonio, incluyendo los derechos*

*reales y personales, bienes materiales o inmateriales y en general a todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo y de su vida y libertad". (Fallos 137:47, 294:152, 304:856). También comprende " todo derecho que tenga valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirle en su goce, así sea el Estado mismo". (Fallo 145:307).*

Por lo expuesto podemos observar que si queda subsistente algún daño sin reparar, no se ha cumplido con el objetivo, y por ende no es justo.

Cabe destacar que otro de los artículos que deben guiar esta materia es el 16 de la C.N que dispone el principio de igualdad de las cargas públicas.

Es relevante considerar que la reforma a la C.N en 1994 le dio jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos en el Artículo 75 inciso 22 de la C.N, haciendo responsable internacionalmente al Estado por la violación (por acción u omisión) de los derechos de las personas.

## 2.2 Evolución Legal y Jurisprudencial

En los primeros años de la organización nacional no existieron normas que impidan la demandabilidad del Estado. Ni la Constitución Nacional ni la Ley 27 de Organización de los Tribunales Federales se referían al tema.

A través de diferentes fallos veremos como la Corte Suprema de la Nación (en adelante C.S.J.N) fue evolucionando en sus decisiones reconociendo, con el paso del tiempo, la responsabilidad del Estado.

En el año 1864, la C.S.J.N. en el Fallo “Vicente Sente y Antonio Seguich c/Estado Nacional” desarrolla por primera vez una fundamentación tendiente a determinar la irresponsabilidad del Estado, o más precisamente su indemandabilidad, realizando una interpretación estricta de la división de poderes. Así, descarta la posibilidad de que el Poder Judicial juzgue al Estado como demandado y que si bien del artículo 116 de la Constitución Nacional surge que la Corte Suprema y los tribunales inferiores conocen en todas las causas en que la Nación sea parte, solamente se limitan a aquellas en que sea parte actora.

Al año siguiente en el caso “Gómez, José Cándido c/ Estado Nacional” la C.S.J.N., vuelve a reafirmar su posición de indemandabilidad del Estado, aunque analizó un precedente en el cual se la había aceptado excepcionalmente, aclarando que las circunstancias del caso así lo habían justificado. También sostuvo que tal principio no es aplicable a las provincias, quienes si pueden ser ejecutadas. Finalmente manifestó que lo argumentado no significa que *“los acreedores de la Nación carezcan de los medios de hacer valer sus derechos, pudiendo ocurrir al Congreso, que por el inciso sexto del artículo 67, está facultado para arreglar el pago de la deuda pública, y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia hallaran sus legítimos intereses la misma protección y garantías que en los Tribunales de la Nación”*.

Posteriormente, en 1886 la C.S.J.N. instituye un segundo argumento para sostener la indemandabilidad en el fallo “Escalada, Carlos María

c/Municipalidad de la Capital Federal s/devolución de multa e indemnización de daños y perjuicios” aplicando el artículo 43 del Código Civil (antes de la reforma por la ley 17.711), de donde se derivaba la irresponsabilidad extracontractual de las personas jurídicas. Es decir, la imposibilidad de ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redundasen en beneficio de ellas.

En el año 1900 con la sanción de la ley 3.952 de demandas contra la Nación se implementa un sistema por el cual no es necesaria la venia legislativa sino que consagra que al demandar al Estado debe acreditarse el reclamo administrativo previo.

La Jurisprudencia, aplicando la teoría de la doble personalidad del Estado, interpretó que el reclamo solo era necesario en el fuero privado, siendo necesaria la venia legislativa para cuando se trate del fuero contencioso administrativo.

Esta cuestión fue resuelta en 1932 con la sanción de la ley 11.634 que reformó el sistema de la ley 3.952 estableciendo el requisito del reclamo administrativo previo para todos los procesos.

El cambio de paradigma se consagró en el fallo “Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c/ Estado Nacional.” de 1933, donde se rompe con el principio de irresponsabilidad estatal. Aquí, la C.S.J.N. reconoció que en tal situación respondía el Estado, encuadrando el caso bajo análisis en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, es decir, respondía por los hechos de sus dependientes y por exclusiva culpa de los mismos no

dándose en el caso ninguna causal de exclusión. Como observamos, se aplicó el derecho común, al encuadrar la actuación del Estado como persona del derecho privado, por tratarse de casos en que actuaba como empresa en la explotación de un servicio y omitió, referirse al artículo 1112 del Código Civil.

En 1938, en el caso “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires” la Suprema Corte descarta la aplicación del antiguo artículo 43, reconociéndose por lo tanto la responsabilidad extracontractual del Estado por intervención de sus empleados o funcionarios, por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, cuando la entidad pública ejerce el monopolio, un servicio público o una industria. Además, también omite la aplicación del artículo 1109, lo que permite afirmar que la Suprema Corte comienza a aplicar de forma más explícita los postulados de la denominada teoría de “La Falta de Servicio”. También, contrariamente a lo sucedido hasta entonces, explica la razón de la aplicación de normas del derecho privado, en casos que versan sobre relaciones entre el Estado y los particulares, que son típicamente de derecho público. Para esto se basa en razones de justicia y equidad, pues afirma que así debe obrarse mientras no exista previsión legal que lo impida. Por último en cuanto a la aplicación del artículo 1112, extrae del mismo los siguientes elementos a considerar: a) debe tratarse de una conducta culpable sin necesidad de que exista dolo; b) cometida por un agente estatal en el ejercicio de sus funciones y obrando bajo su dependencia; y c) que haya causado un daño.

Sin embargo, más allá de la aplicación del artículo 1112, al mismo tiempo se acude a la previsión del artículo 1113. Por lo tanto, hay un

avance, pero no es total en relación a la responsabilidad directa por parte del Estado.

En el precedente “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires s/indemnización” de 1984, la C.S.J.N. se remite a su antecedente principal “Ferrocaril Oeste”, pero reconoce la necesidad de modificar su doctrina, al consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio mediante la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil. Para ello aclara que la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público no requiere recurrir al artículo 1113, pues no se trata de una responsabilidad indirecta. Opta, de esta manera, por la aplicación de la teoría del órgano que sostiene que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependan, ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de manera “principal” y “directa” por las consecuencias dañosas.

Este precedente resulta ser importante, al prescindir de la aplicación del artículo 1113 en forma asociada con el 1112 del Código Civil como lo venía realizando con anterioridad, solo hace aplicación de este, considerándolo suficiente, respondiendo el Estado de forma principal y de manera directa.

Refiriéndose al alcance de la indemnización, la C.S.J.N. se pronunció en “Juncalán Forestal, Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, en 1989. Aquí consagra que frente a razones de utilidad pública que produzcan un menoscabo en el derecho de propiedad debe indemnizarse tanto el daño patrimonial como el lucro cesante.

A pesar de la doctrina sentada en “Vadell”, en el fallo “Pose, José Daniel c/ Provincia de Chubut, y otra s/daños y perjuicios”, la C.S.J.Naplicó nuevamente los artículos 1109, 1112 y el segundo párrafo, segunda parte del artículo 1113 del Código Civil, responsabilizando en forma concurrente a la Municipalidad y a la Provincia. El municipio resultó responsable como guardián de la cosa, conforme al artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil, actuando como eximentes de dicha responsabilidad la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, pues en tales casos la relación de causalidad queda interrumpida.

Cabe destacar que en el fallo “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires, -Policía Bonaerense- y otros s/ daños y perjuicios” del año 2007 la C.S.J.N. sostuvo en el Considerando Sexto que: *“cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”*.

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.

En esta causa, la Suprema Corte no dudó más en cuanto a la aplicación del artículo 1112 del Código Civil; considerándose que se responde de manera directa.

Por su parte, el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación hecho por la Comisión Reformadora resolvió la cuestión objeto de este trabajo en los artículos 1764, 1765 y 1766 que establecían:

*Artículo 1764: "Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar 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".*

*Artículo 1765: "Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes".*

*Artículo 1766: "El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro".*

A pesar de esta solución, el Poder Ejecutivo Nacional, modificó el proyecto de ley que envió al Congreso, quedando en el Código Civil y Comercial redactados de la siguiente manera:

Artículo 1764: *“Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.”*

Artículo 1765: *“Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.”*

Artículo 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.”*

Como puede apreciarse se ha eliminado toda la regulación relativa a la responsabilidad objetiva, directa por actividad lícita y la concurrente con los funcionarios públicos, dejándose librada la legislación sobre responsabilidad del Estado al derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Adelantando nuestra postura no compartimos la reforma hecha al Anteproyecto. Por ende, tampoco estamos de acuerdo con la posición regulada por la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado sancionada con anterioridad al Código Civil y Comercial.

### 2.3 Ley 26.944: ¿De Responsabilidad del Estado?

Con fecha 2 de Julio de 2014, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.944, promulgada de hecho el 8 de agosto del mismo año, por la cual se regula en 12 artículos la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.

En virtud de los fundamentos constitucionales antes mencionados, procederemos al análisis de la ley en cuestión.

El artículo 1° de la ley dice: *“Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.*

*La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.*

*Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.*

*La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.*

Del último párrafo del artículo puede deducirse una limitación con respecto al Estado, sus agentes y funcionarios. Así se limita la posibilidad de que el Poder Judicial aplique sanciones a un funcionario ante el incumplimiento de una decisión proveniente de tal poder. Anteriormente a tal reforma, en caso de no cumplimiento, el juez contaba con una herramienta importante que era la posibilidad de aplicar sanciones (astreintes) generando responsabilidad. En cambio ahora, dicha facultad se ha eliminado.

El artículo 5 de la Ley sostiene: *“La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.*

*La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima 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.*

*Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”.*

Los dos primeros párrafos de este artículo reproducen la fórmula del artículo 10 de la Ley 21.499 de Expropiaciones que establece el alcance de la indemnización que debe pagar el Estado por la expropiación de un bien.<sup>1</sup>

Como señala Perrino<sup>2</sup>, es desacertado el criterio de la ley, cuyo origen proviene del error de asimilar la expropiación con la responsabilidad legítima. Si bien es indiscutible que tienen un fondo común, porque en ambos supuestos media una actuación estatal válida que en aras del bien común lesiona derechos de terceros, son instituciones diferentes.

---

<sup>1</sup>Artículo 10: *“La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses.”*

<sup>2</sup> Perrino, Pablo Esteban, La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N° 12, año 2014.

El mismo autor sostiene la necesidad de advertir que, necesario para que el patrimonio del expropiado quede en la situación a diferencia de lo que acontece cuando el Estado provoca daños que debe reparar en virtud de su responsabilidad por actuación legítima, el efecto principal de la expropiación, derivado de su propia naturaleza, es la privación o sustracción de la propiedad de modo directo y voluntario. En la expropiación el Estado logra que un bien sea transferido de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública y previo pago de una justa indemnización, efecto que no acarrea la responsabilidad estatal legítima. En la expropiación hay una sustitución de un bien por el derecho a un crédito o precio que debe asegurar el reemplazo. De ahí que la indemnización en materia expropiatoria debe entenderse como el resarcimiento de todo lo que tenía antes de la expropiación, la que traduce un cambio de valores: el expropiado deja de ser propietario de la cosa o bien objeto de la expropiación y se convierte en titular de una suma de dinero. Y por eso, normalmente, en las legislaciones expropiatorias se establece, como lo hace el art. 10 de ley 21.499, como fórmula para compensar el perjuicio acarreado al sujeto expropiado, el pago del “valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata” del comportamiento estatal dañoso.

A nuestro modo de ver, este artículo no supera el test de constitucionalidad, coarta la posibilidad de una indemnización integral. Ya en el fallo “Jacaranda”, frente a un supuesto de responsabilidad por un actuar legítimo del Estado, se sostuvo en relación al monto resarcitorio que *“no hay, como principio, fundamento para limitarlo al*

*daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas” (Fallos: 306:1409, Considerandos 4 y 5316:1335, Considerando 20).*

El artículo 6 establece: *“El Estado no debe responder, ni aun 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 artículo también merece una crítica en el sentido de que impacta negativamente a los usuarios de los servicios públicos. Así, por ejemplo, en una concesión de transporte de pasajeros, en caso de generarse un daño a terceros va a responder el concesionario del tal servicio, y no el Estado patrimonialmente; asunto que no debiera ser así, ya que el Estado tendría que responder porque no controló el cumplimiento de las obligaciones del concesionario. Además esto genera en los usuarios el consiguiente riesgo de no recibir reparación del daño en caso de insolvencia del mismo.

Por su parte, el artículo 9 de la ley en cuestión reza: *“La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.*

*La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.*

*La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”.*

De tal artículo se deduce la responsabilidad de funcionarios y agentes públicos en caso de que causen daños por desempeñar sus funciones de una manera irregular. Ante tal situación, los particulares afectados iniciarán una acción contra el Estado y en caso de que la misma se haga efectiva y el Estado condenado pague la suma adeudada contará, como bien surge del último párrafo, con la acción de repetición contra el funcionario. Sin embargo, el plazo de prescripción se ha reducido notablemente, de 10 a 3 años, con lo cual se produce un recorte importante en materia de responsabilidad de los funcionarios públicos.

Es decir, que si los mismos han causado daños a particulares comprometiendo al Estado, más allá de que su conducta pueda encuadrarse como delictiva o no, el Estado cuenta con un plazo acotado para ejercer la acción de repetición contra dichos funcionarios.

Por último, el artículo 11 indica: *“Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.*

Como puede desprenderse se invita a las provincias a adherir a los términos de esta ley, o que las mismas así como los municipios dicten sus propias reglamentaciones, ya que la misma regula la

responsabilidad estatal en el ámbito del Estado Nacional únicamente, en razón del carácter local de las normas de derecho administrativo.

Por ende aquí estamos ante un grave problema, ya que podrá existir una enorme e inevitable disparidad en el territorio nacional, por lo cual difícilmente podremos sostener que rige la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

### **3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

No solamente esta nueva ley, que regula el régimen de responsabilidad del Estado, es contraria a la Constitución Nacional como ya hemos planteado sino también que vulnera los derechos humanos reconocidos en diferentes convenciones que hemos adoptado en nuestro sistema jurídico. Así, por lo tanto, los daños causados por el Estado que impliquen graves violaciones a los derechos humanos, hacen necesaria la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica ya que *“la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”* que importa *“una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones*

*asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.*<sup>3</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico interno, a partir de la reforma del año 1994, se otorgó rango constitucional a la Convención de Derechos Humanos, por lo tanto los jueces y tribunales internos no solo están obligados a aplicar las leyes internas sino también las normas resultantes de los Tratados Internacionales que el Estado argentino ha ratificado, como por ejemplo la Convención antes mencionada. Por lo que dicho en otras palabras, los jueces no solo deben realizar el control de constitucionalidad de las leyes, sino que también las mismas deben estar sujetas a un control de convencionalidad, es decir, analizándose las normas internas, que se aplican en un caso concreto, con la Convención de los Derechos Humanos; ya en el precedente Mazzeo la Corte lo manifestó *“la CIDH ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”*. Y en otros precedentes posteriores siguió manteniendo igual criterio. Por lo tanto, no existen dudas de que de acuerdo a dicha jurisprudencia expuesta, aquellos órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención

---

<sup>3</sup> Mazzeo, Julio Lilio y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad (CSJN, 13/7/2007)

Americana de Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Por todo lo expuesto, es que surge un claro mensaje para las jurisdicciones locales y la nacional en el sentido de que no podrán apartarse de ciertos principios constitucionales que deberán regir en la responsabilidad del Estado; asunto que claramente no se ha respetado con la vigencia de la nueva ley de responsabilidad del Estado.

#### **4. CONCLUSIÓN**

La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado ha implicado un cambio de paradigma en la materia que regula. Este cambio dista mucho del principio de equidad que aprendimos a lo largo de nuestra carrera universitaria.

En un comienzo, el Estado era considerado irresponsable y no se lo podía demandar. Hasta 1900, era preciso obtener una venia legislativa para demandarlo. Es decir, el Congreso tenía que autorizar, mediante una ley, a quien quisiera iniciarle un juicio al Estado. Ese año se dictó la ley 3.952 sobre demandas contra la Nación, que eliminó el requisito de la venia, pero instauró el de la previa reclamación administrativa.

En 1933 la Corte Suprema de Justicia dictó el famoso caso "Tomás Devoto" resolviendo que el Estado era responsable de sus actos y omisiones como cualquier otra persona, de acuerdo con el Código Civil.

Desde entonces, la jurisprudencia, a través de la aplicación de diferentes normas de derecho privado, consideró que tanto el Estado como los funcionarios respondían plena e íntegramente ante los particulares por sus actos y omisiones generadores de responsabilidad civil.

La ley 26.944 se inclinó por la postura administrativista que sostiene que la responsabilidad del Estado es una materia que debía regirse por normas del derecho administrativo y no por el derecho común.

Si la responsabilidad del Estado y de los funcionarios se hubiera regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación se aseguraría que las bases de esa responsabilidad sean iguales en todo el país. Así, por ejemplo, si una persona es atropellada por un vehículo del Estado, da lo mismo que ese vehículo pertenezca a una municipalidad, a una provincia o al Estado nacional.<sup>4</sup> Por ende, la responsabilidad y la indemnización correspondiente estarían garantizadas y serían iguales, cualquiera sea el protagonista y el lugar en que el hecho suceda.

En cambio, trasladada la responsabilidad del Estado y de los funcionarios al derecho administrativo, en virtud de su carácter local, la ley 26.944, sólo regulará la responsabilidad estatal en el ámbito del Estado nacional, mientras quedarán excluidas las provincias y las municipalidades.

---

<sup>4</sup>Kemelmajer de Carlucci, Aida, Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Revista Jurídica Uses, N° 17, año 2013.

Por lo tanto, para que la responsabilidad del Estado se haga efectiva en las provincias y en los municipios, las primeras deberían adherir a la ley nacional o bien dictar sus propias leyes. Y lo mismo debería suceder en el caso de los municipios.

Ésta es la objeción más relevante que tenemos para con la nueva ley: la desigualdad que habrá, en lo referido a la responsabilidad estatal en todo el territorio nacional, con lo cual estaríamos ante la inminente violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

La otra cuestión controvertida es su carácter restrictivo respecto a las indemnizaciones que prevé. No se reconoce el daño futuro ni tampoco el lucro cesante, a la vez que, se excluye la responsabilidad estatal en caso de culpa concurrente y por los daños y perjuicios que causen sus concesionarios.

Como conclusión, creemos que esta ley no supera el test de constitucionalidad ni el de convencionalidad, al afectar los derechos de los ciudadanos, mediante la limitación de la responsabilidad del Estado. El país ha dado un paso atrás.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, La Ley, año 2008. Tomo I y II

Kemelmajer de Carlucci, Aida, Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Revista Jurídica Uses, N° 17, año 2013.

Los Arcos Vidaurreta Jesús Daniel y Martínez Norma Beatriz, Obligaciones y Responsabilidad en el Nuevo Código Civil y Comercial, Zavalía, año 2015.

Márquez, José Fernando, Responsabilidad en el Código Civil y Comercial, Zavalía, año 2015. Tomo I y II

Perrino, Pablo Esteban, La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N° 12, año 2014.

Zarini, Helio Juan, Constitución Argentina Comentada y Concordada, Editorial Astrea, año 2016.