

Los jueces frente a la Ley de Responsabilidad del Estado

por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO^(*)

La ley 26.944 ha provocado críticas y preocupaciones en distintos ámbitos. En el ámbito jurídico, se han dado fundamentos sólidos para darles sustento; en otros, como el periodístico, la crítica se centró más en la responsabilidad del funcionario –aspecto que no creo que sea, en general, objetable en la ley (cfr. el art. 9º)–, sin precisión puntual o técnica.

No ensalzo la ley ni la oportunidad de su aparición. No digo que sea toda ella mala (por ejemplo, entiendo positiva la norma del art. 8º respecto de la opción de deducir la acción anulatoria junto con la indemnizatoria, o luego de la anulación, cerrándose así una cuestión que había llevado a soluciones injustas). Sería injusto. No dejo de tener en cuenta las buenas intenciones que para justificarla se alegaron. Pero, dada su importancia y trascendencia, habría merecido un mayor debate y consulta en los ámbitos académicos y profesionales, y no sólo en los recintos políticos (dice la Biblia: “*Sin consejo no hagás nada*”, Eclesiástico, 32,19).

Pero, como en otros casos, con dulces cantos, se esconde la intención constante de las autoridades públicas –de ayer y de hoy, locales o internacionales, y de cualquiera de los tres poderes– de cometer dos pecados capitales: primero, no ser *controlados por los jueces y los órganos administrativos a cargo de esa actividad*, y en segundo lugar, *no responder o responder lo menos posible por los daños* que la acción estatal cause a los habitantes. Recordemos que dos pilares del Estado de derecho son el *control judicial* de los actos de los poderes públicos –y de los remedios jurídicos y procesales que se le adunan– y el reconocimiento de *la responsabilidad estatal*.

En la historia del derecho administrativo han sido los jueces los que han dado forma y contenido a esta rama jurídica y, concretamente, en materia de responsabilidad, por lo que los defectos que podamos asignar a la ley no van a alterar el camino iniciado hace decenios por nuestra justicia.

Hay que tener presente que en Francia se ha considerado que fue en el caso (*arrêt*) “Blanco”, del 8 de febrero de 1873, 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. El Tribunal de Conflictos (cuya finalidad continúa siendo la de deslindar las cuestiones de competencia entre la justicia civil y el Consejo de Estado) dio un giro copernicano al pronunciarse sobre el juez que debía entender por los daños ocasionados a la menor Agnes Blanco, por una vagoneta de una fábrica estatal (ver: <http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html>, sitio oficial del *Tribunal des Conflicts*). La competencia fue deferida al Consejo de Estado. Y a partir de allí sería este prestigioso órgano el que daría forma a la responsabilidad estatal.

En nuestro país, fue la Corte Suprema, acompañada por los tribunales inferiores, nacionales y locales, la que abrió el camino para la procedencia de la responsabilidad estatal. En ese sentido, antes de dicha ley, nuestros tribunales no necesitaron de una norma especial que tratara, salvo casos muy específicos, la responsabilidad estatal. Así, desde los arts. 14, 16, 17 y 19 de la CN, 1109, 1112 y 1113 del cód. civil, pasando por los principios generales del derecho y la equidad, mencionados en más de uno de los pronunciamientos señeros de la Corte Suprema, los jueces contaron con instrumentos útiles para resolver los casos de responsabilidad estatal en sus distintas especificaciones.

Por supuesto que hubo idas y venidas, como ocurrió con el reconocimiento del *lucro cesante* en los casos de responsabilidad por el cumplimiento de una actividad lícita, hasta “El Jacarandá” (Fallos: 324:2654; 2005), en el que finalmente se la aceptó como principio.

Igualmente, hubo momentos espasmódicos –observables en más de un pronunciamiento según los casos y lo que se vivía, a veces, con ribetes casi fundamentalistas–, en los que se quiso restringir al máximo la responsabilidad estatal (valgan como ejemplos los casos “Ledema”, Fallos: 312:2022; 1989, y las disidencias en los casos “Cachau” y “Prada”, Fallos: 316:1335 y 1465, respectivamente, del año 1993). Así, en el caso “Ledema”, a los clásicos requisitos exigidos para responsabilizar al Estado, la existencia de un *daño cierto*, la *relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio*, y la *posibilidad de imputar*

jurídicamente esos daños a la demandada (citados en “Cadesa”, Fallos: 312:343; 1989, y “Tejedurías Magallanes”, Fallos: 312:1656; 1989), se sumó también “la existencia de una relación *directa, inmediata y exclusiva*, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue, *sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal*”. Y, en esa cadena, se exigió en “Columbia” (Fallos: 315:1026; 1992) “la necesaria *verificación de un sacrificio especial en el afectado*, como así también la *ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño*”.

Esos momentos espasmódicos –que más parecían una exaltación de la negativa a reconocer la responsabilidad estatal– se trasladaron a la ley 26.944 (la influencia de “Ledema” y “Columbia” es notable), uno de cuyos graves defectos, por ejemplo, es desconocer la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de lucro cesante (al igual que lo que ocurre con el art. 12, inc. b), del decreto delegado 1023/01, del régimen de contrataciones de la Administración Pública nacional).

Por razón de espacio, no me extiendo en otras críticas (distinguidos autores lo han hecho con altura); mas puedo señalar algunas:

- Art. 2º, inc. b): se exige al Estado por hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder. ¿Y si existió *concausa* del Estado?

- Art. 3º, inc. d): la omisión en los supuestos de actividad ilegítima del Estado consiste en la “inobservancia de un *deber normativo de actuación expreso y determinado*”. ¿Y si el deber de obrar se encuentra ínsito en el ejercicio de la actividad a cargo del Estado?

- Art. 4º, al tratar los casos de responsabilidad por actividad legítima del Estado, en el inc. c): se vuelve a la relación de causalidad “*exclusiva*”. O sea, volviendo a lo antes dicho, ¿no hay *concausa*?

- Íd., en el inc. d): se habla del deber jurídico de soportar el daño. ¿Hay deber de *soportar* el daño, o deber de *tolerar* la acción estatal? Esto hace ya muchos años lo había certeramente dicho JULIO RODOLFO COMADIRA.

- Íd., inc. e): se habla del “sacrificio especial” configurado por “la afectación de un derecho adquirido”. ¿No se lo reconocerá, entonces, cuando se hayan afectado legítimas expectativas debidamente acreditadas?

- Art. 5º: se lee: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de *carácter excepcional*”, con el agregado de: “En *ningún caso* procede la reparación del lucro cesante”. Finaliza el artículo con la afirmación: “Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”.

Sobre este último artículo vale lo antes dicho respecto del lucro cesante. Pero sobre la idea de la “excepcionalidad” de la responsabilidad por la actividad legítima me viene a la mente la pregunta de si ello es tan así, sobre todo, a la luz del texto de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica, que en su art. 63.1 reconoce el derecho a una *justa indemnización* cuando se afecten un derecho o libertad protegidos. ¿No podrían ser, en algún caso, esa y otras normas, atacables por vía del control de constitucionalidad y convencionalidad? Esto mismo es extensible a la cláusula de irresponsabilidad por la actividad judicial legítima (tema que merece un capítulo aparte).

Ante este panorama, el lector quizás se pregunte: ¿qué pasará con esta ley? Respondo: los jueces tendrán la última palabra, y en sus decisiones confío. No hay que olvidar que los jueces tienen por sobre la ley a la Constitución Nacional y los tratados contemplados en el art. 75, inc. 22, de consuno con los principios y valores ínsitos en ellos; y creo que la opción no será dudosa.

Recordando la historia del molinero de Postdam, cuyo molino quería adquirir el rey Federico II de Prusia porque afeaba el contorno de su palacio Sans Souci, y quien ante la amenaza, por su reticencia, de que se lo quitaría por la fuerza, sin indemnización alguna, le contestó: “Sí, pero hay jueces en Berlín” (otras anécdotas sobre el mismo hecho nos dicen que al ver que los jueces de Berlín habían impedido el desapoderamiento del molino, respondió el rey: “Me alegra comprobar que todavía hay jueces en Berlín”). Sea la versión que fuere, el molino aún existe y se lo considera un monumento al triunfo de la Justicia sobre la arbitrariedad; tomo la idea de esa frase y, con confianza, frente a esta ley sostengo: todavía hay jueces en la Argentina.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - PODER EJECUTIVO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO - LEY - PROVINCIAS - PODER JUDICIAL - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - JURISPRUDENCIA - EMPLEADOS PÚBLICOS - CÓDIGOS - PODER LEGISLATIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - DERECHO COMPARADO - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS

(*) Profesor titular ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Director del Diario Especial de Derecho Administrativo.