

EL SISTEMA JURÍDICO ENDONACIONAL EN EL SIGLO XXI

Y

LA LEY RESPONSABILIDAD DEL ESTADO N° 26.944¹

Justo J. Reyna²

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco teórico mínimo. 2.1. El sistema jurídico endonacional. 2.2. Los subsistemas endonacionales: el derecho público y el privado. 3. Las posturas dogmáticas centrales subyacentes a la ley 26944. 3.1. Primera postura dogmática central: La potestad regulatoria en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios corresponde al derecho público. 3.2. Segunda postura dogmática central: El instituto de la responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho Nacional, se construye sobre premisas del Estado de Derecho Legal y no del Estado de Derecho Constitucional. 3.3. Tercera postura dogmática central: El instituto de la responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho Nacional, no se construye sobre premisas del Derecho Administrativo del siglo XXI, focalizado a la tutela de la dimensión subjetiva de la centralidad de la persona humana proveniente del EDC. 4. Reflexión final.

¹ Se corresponde a la disertación del autor en las “VI Jornadas Provinciales de Derecho Administrativo”, organizadas por la provincia de Tucumán y celebradas en el Teatro Mercedes Sosa, los días 14 y 15 de agosto de 2014

² Doctor en Derecho por la Universidad Nacional del Litoral, con calificación sobresaliente, en tesis dirigida por el Dr. Jaime Rodríguez Arana Muñoz sobre el tema: “Derecho Administrativo Multidimensional. Redes interadministrativas para la tutela especial de derechos fundamentales”. Prof. Titular ordinario de la Cátedra A de Derecho Administrativo de la Fac. de Cs. Js. y Soc. de la UNL. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Fac. de Cs Js. y Soc. de la UNL; Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Director de la revista de la AADA. Director Ejecutivo por Latinoamérica de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo –REDOEDA-. Decano de la Escuela de Abogados del Estado de la Provincia de Santa Fe. Autor de artículos de su especialidad. Conferencista en Universidades extranjeras de Italia y Brasil. Ponente en universidades de España y en congresos nacionales.

1. Introducción.

La ley registrada bajo el n° 26944 presenta resaltables bondades, en tanto consolida ejes centrales de un arduo trabajo de construcción entre la dogmática y la jurisprudencia producida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la conformación del instituto de la responsabilidad en el campo del derecho público y los pertinentes alcances de los reconocimientos a su consecuencia. Los artículos 3° y 4° relativos a los requisitos de la responsabilidad del Estado frente a la actividad e inactividad ilegítima, y a los requisitos por actividad legítima (en ccss. con el art. 5°), son demostrativos de esa afirmación. Este párrafo sólo tiene el objeto de contextualizar el trabajo, al que canalizo por medio de otra perspectiva, cuyas líneas generales seguidamente expongo a modo introductorio.

La idea es analizar la norma como parte de un todo dinámico. Proponer al lector un abordaje desde una visión de perspectiva que me lleva a considerarla, nada más - ni nada menos - , que como un mojón más que marca e impulsa un proceso jurídico de mayor porte, que ya estaba en marcha en materia de responsabilidad del Estado.

Considero que una adecuada lectura de la norma, la hace vislumbrar como el inicio de una nueva y rica etapa de conformación de nuevos eslabones del proceso jurídico. Una etapa de deliberaciones y de aplicaciones jurídicas endonacionales a nivel provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para la definición final y la aplicación del instituto de la responsabilidad del Estado en nuestro siglo XXI, en cada uno de esos ámbitos. Una nueva etapa de creación de derecho, entendido éste como conjunto de normas o reglas jurídicas en materia de responsabilidad; pero encadenada ella a los consiguientes procesos de aplicación normativa, a desarrollarse, tanto en sede administrativa como en sede judicial.

Desde una perspectiva dinámica, pensando la norma en sus proyecciones, entramos en consideraciones de mayor riqueza derivada de la variedad de supuestos de hechos

potenciales que deberán resolver las normas jurídicas que se decidan en materia de responsabilidad; sobre todo ante la presencia ineludible de las premisas del Estado Constitucional de Derecho y del resultante Derecho Administrativo del Siglo XXI.

Este trabajo pretende formular, previa referencia al marco teórico mínimo, un acotado aporte al aludido proceso dinámico en materia de deliberación y aplicación normativa endonacional. El aporte lo formulo intentando extraer del articulado de la ley lo que estimo como las posturas dogmáticas centrales subyacentes a la decisión del Congreso de la Nación al dictar la ley 26.944; formulando opinión sobre ellas en el contexto de nuestro Estado de Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo del siglo XXI

2. Marco teórico mínimo.

2.1.El sistema jurídico endonacional.

La introducción permite vislumbrar, que esta publicación se estructura sobre premisas contemporáneas en orden a la consideración del sistema jurídico y a la relación del mismo con el entorno que lo rodea.

El fenómeno de la “globalización contrahegemónica e integración regional”³, el denominado “desbordamiento de las fuentes del derecho”⁴ .- con su supraestatalidad e infraestatalidad normativa- , el desarrollo creciente y consolidación del proceso jurídico-político conocido como “Neoconstitucionalismo” - el que se caracteriza por la potencia jurígena del texto constitucional y sus principios en especial en materia de su compromiso con los derechos humanos⁵; son todos ellos constitutivos de aspectos que traen aparejada la superación de la mirada del derecho como sistema estanco, entendido - como conjunto normativo o de reglas del legislador soberano-, y reflejado él en esa visión tradicional de la vertical pirámide Kelseniana propia ella del modelo de Estado de Derecho Legal.

³ Reyna, Justo José; en “Globalización, pluralidad sistémica y Derecho Administrativo: Apuntes para un Derecho Administrativo Multidimensional”; en “Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL. A&C; Editorial Forum; ano 11; n.44; abril/junho; 2011 Belo Horizonte; págs. 13/40.

⁴ Perez Luño, Antonio Enrique; en “ El desbordamiento de las fuentes del Derecho” Ed. La Le , Madrid; 2011

⁵ Reyna, Justo; ob cit.fs. 26/28

Un reconocido profesor santafesino ha marcado el esfuerzo de Dworkin sobre los principios y su proyección en su concepción integral del derecho. . Ha dicho el prof. Vigo que: "... su esfuerzo persuasivo y polémico transitará alrededor de estos últimos , atento al papel que ellos desempeñan a la hora de adjudicar derechos y concebir al `derecho como integridad`. Dworkin reconoce distintos sentidos al términos derecho (como organización social, como conjunto de leyes o reglas específicas, etc), pero su discurso privilegiará el derecho en tanto `fuente peculiar de la que emanan ciertos derechos, deberes, poderes, y relaciones interpersonales y que los juristas declaran o describen a través de proposiciones jurídicas, siendo la verdad o la validez de ésta objeto de discusiones entre aquellos”⁶

Es por eso que la doctrina contemporánea refleja al sistema jurídico, como superador de la figura cerrada de la pirámide, pues se presentan como sistemas menos previsibles que reflejan una estructura de “jerarquías enredadas o de “bucles extraños”. De esta manera se permite explicar los fenómenos distorsivos de las jerarquías y que siendo más flexibles reflejan la dimensión valorativa del derecho y las novedades de los casos concretos.⁷

Esa visión sistémica de “jerarquías enredadas”, responde -según estimo- a las exigencias de la dogmática en orden a que los sistemas contemporáneos deben responder a que los mismos deben ser abiertos a su entorno (lo que los rodea o que está fuera de él).

La relación del sistema con el entorno, siendo abierto, permite que se califique a los mismos como adaptativos. Se modifican o adaptan por exigencias del entorno; pero planteándose una relación sistema/entorno que es retroalimentada o circular (doble virtualidad de la relación: el sistema puede modificar su entorno prohibiendo comportamientos, como el entorno exige modificación del sistema para que se atienda y regule la realidad de modo general o en casos particulares)

No es esta una cuestión menor frente a la realidad latinoamericana diseñada, cuya gestión pública y el derecho, se focalizan a la inclusión social y a la tutela de los derechos humanos y sus consiguientes mínimos existenciales de los derechos sociales;

⁶ Vigo, Rodolfo Luis; en “Implicancia de los Principios en la Teoría Jurídica de Ronald Dworkin – Nuevos vientos de la Filosofía del Derecho”; Colección Jurídica y Social, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros , Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL n°12, 1993; pág14/15

⁷ Vergara, Oscar (Ed); en “Teorías del Sistema Jurídico”; Granada; Ed. Comares; 189 colección Filosofía, Derecho y Sociedad; 2009; pág. 323.

los que, como se verá no pueden ser considerados como “ entorno” o externos al derecho, con fundamento en el “conjunto de normas” o en discrecionalidades estatales. Deben ser incorporados circularmente al sistema para ser reconocidos y atendidos efectivamente por premisas del Estado de Derecho Constitucional y de la centralidad de la persona humana

2.2. Los subsistemas endonacionales: el derecho público y el privado.

Doctrina argentina relevante ha marcado con acierto, con motivo del cometido normativo de la Ley de Responsabilidad del Estado, como se ha reeditado en nuestro derecho nacional el debate sobre el sentido y la conveniencia de distinguir dentro del sistema jurídico nacional a los subsistemas Derecho Público y Derecho Privado, destacándose, en este contexto, que el conflicto entre ellos es “permanente, dinámico y complejo”.⁸

El profesor, entre otros aspectos, nos reflejó el conflicto entre los dos subsistemas. Resaltó, por un lado, como el derecho privado impulsó la estructuración de la responsabilidad del Estado, funcionarios y agentes sobre premisas de un derecho único o de base común (Vg. el anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial, elaborado por una Comisión de Juristas que reivindica la potestad regulatoria en este campo del derecho), reivindicando para la legislación común la regulación de la responsabilidad estatal. Por el otro lado, hace notar como reflejo de la tensión, que el proyecto de unificación elevado finalmente por el Poder Ejecutivo no hizo suyo el proyecto de la Comisión en este aspecto, al adoptar una posición iuspublicista o del doble derecho al sostener que la responsabilidad del Estado, de los funcionarios y de los agentes no se rige por las normas del Código, sino que “... se rige por las normas y principios de derecho administrativo nacional o local según corresponda”⁹

⁸ Balbín, Carlos F. en, “Un Derecho Administrativo para la inclusión social”, La Ley 28/05/2014, 1; cita on line AR/DOC/1250/2014

⁹ El art. 1764 establece que: “ARTICULO 1764. Inaplicabilidad de las normas. Las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.”

El art. 1765 establece que:” ARTICULO 1765. Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.”

El art. 1766, establece que: “ARTICULO 1766. Responsabilidad del Estado, 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,

El autor, en el contexto del cometido normativo para la sanción de la ley de responsabilidad del Estado, sus funcionarios y agentes, analiza tanto los fundamentos del Doble Derecho¹⁰, como las dificultades en la construcción del Doble Derecho. Y luego se expone sobre los argumentos a favor de un Derecho Único¹¹, como respecto a los obstáculos en la construcción de un derecho único.

3. Las posturas dogmáticas centrales subyacentes a la ley 26.944.

El Congreso de la Nación, como dije, ha sancionado y el Poder Ejecutivo promulgado recientemente la Ley n° 26.944, inherente a la “Responsabilidad del Estado, de los funcionarios y agentes públicos” (arts. 1º, 10 y ccss.; y art. 9º y ccss).

Es una norma general, abstracta y con vocación de permanencia dictada por el orden federal; que declara inaplicable las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad del Estado (art. 1º) y que invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus términos (art. 11).

Del juego de las normas aludidas se desprende que, analizada desde una posición de perspectiva, ella se postula, como disparadora de procesos normativos de los distintos órdenes provinciales y de la CABA en materia de responsabilidad del Estado; en cuyos contextos serán los legislferantes endonacionales los que deliberarán, dentro de sus respectivas dimensiones jurídicas, sobre la adhesión o no a la norma nacional.

se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

¹⁰ Entre otros argumentos alude a: el carácter eminentemente local del Derecho Administrativo art. 121CN; los fundamentos de los dos derechos, uno se apoya en el principio del interés público y la subordinación resultante y el Derecho Privado se construye sobre el principio de igualdad ; la intensidad y profundidad regulatoria del campo público frente a un derecho privado que simplemente establece el marco; la jurisprudencia de la CSJN en la causa ”Barreto” donde se afirmó que los casos en los que se discute la responsabilidad estatal se aplica el derecho Administrativo que es propio de las provincias.; etc.

¹¹ Entre otros argumentos a favor del Derecho Único destaca que: la distinción entre derecho privado y derecho público es artificial o formal; el Poder Legislativo es competente por el art. 72 inc. 12 y el propio Convencional refiere al derecho común; el Poder Legislativo es competente para legislar las cuestiones comunes a todas las ramas del derecho por aplicación de los arts. 12, °18 y 19; el carácter integral del sistema jurídico que nace del art. 15 y 16 del Código Civil; ; la seguridad jurídica; el principio de igualdad para evitar desigualdades entre los habitantes de las distintas jurisdicciones; el Estado Federal es responsable internacionalmente por aplicación del art. 75 inc. 22; y, entre otros, los criterios de la Corte Suprema relativos a los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores

A su turno, como adelanté en la introducción, se dictarán, en cada ámbito jurídico, los actos administrativos de aplicación a los casos concretos y la justicia competente aplicará el grupo normativo pertinente en materia de responsabilidad estatal

En cada dimensión jurídica endonacional, por lo tanto, se desarrollarán procesos legislativos y procedimientos administrativos y judiciales que deberán aplicar la norma general que se decida en materia de responsabilidad, a los casos concretos; todo ello, según estimo, en el contexto del sistema jurídico argentino proveniente del modelo de Estado de Derecho Constitucional de la reforma constitucional de 1994 y del Derecho Administrativo del siglo XXI

Las deliberaciones legislativas endonacionales sobre la regulación en materia de responsabilidad del Estado, deberán compartir u oponerse a las posturas dogmáticas centrales que subyacen a los preceptos de la ley 26.944, pero sin desconsiderar el contexto aludido en el párrafo precedente (EDC y Der. Adm contemporáneo).

Siendo así, es que entiendo que las aludidas posturas dogmáticas subyacentes al articulado de la ley, son el punto central sobre el que me interesa focalizarme; en la idea de formular un aporte a los operadores jurídicos endonacionales interesados en el modo y alcance en el que se decidirá dentro de su dimensión jurídica provincial o de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la materia de la responsabilidad del Estado, de sus agentes y sus funcionarios públicos.

Las posturas dogmáticas centrales, que ha adoptado el Congreso de la Nación, pueden ser inferidas de la combinación de distintos preceptos de la ley y son las siguientes: a) una posición ius publicista respecto de la potestad regulatoria en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios, al prever, en esencia, que no son aplicables las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad del Estado, e invita a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a la ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos. (art. 1º párrafo primero, segundo y tercero; en concordancia con el art. 11º)¹²; b) una posición

¹² El art. 1º de la ley n°26.944, en sus párrafos 1, 2 y 3, establece que: “ARTICULO 1º. Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que en su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas (párrafo 1) . La responsabilidad del Estado es objetiva y directa (párrafo 2). Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (párrafo 3).

El art. 11º establece que: “ARTICULO 11. 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”.

de construcción del instituto de la responsabilidad en el ámbito del derecho público, sobre premisas del Estado de Derecho Legal y no del Estado de Derecho Constitucional, en esencia, al establecer que la omisión estatal sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un **deber normativo de actuación expreso y determinado** y cuando, declara que no responde por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos (art. 3º inciso d y art. 6º)¹³; y, por último, c) establece la improcedencia de sanciones disuasivas contra el Estado, sus agentes y funcionarios (art. 1º párrafo 4), con una postura dogmática apartada de las premisas del Derecho Administrativo del Siglo XXI focalizado en la centralidad de la persona humana y en la inclusión social¹⁴

3.1. Primera postura dogmática central: La potestad regulatoria en materia de responsabilidad del Estado , sus agentes y funcionarios corresponde al derecho público.

Es resultante del eje normativo inferido del juego del art. 1º - 3er. Párrafo-, con el art. 11º, en cuanto establece que no son aplicables las disposiciones del Código Civil a la Responsabilidad del Estado (art. 1º); e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a la ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos (art. 11).

De esta forma el Congreso de la Nación, en su actual integración, ha definido que el sistema jurídico endonacional reconoce la postura del Doble Derecho en el campo de la responsabilidad. La potestad normativa inherente a la responsabilidad del Estado, en este sentido, corresponde a los derechos administrativos de las distintas dimensiones jurídicas endonacionales.

¹³ El art. 3º inc.d) de la ley 26944, establece que: “ARTÍCULO 3º. Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:..... d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.”

El art. 6º establece que: “ARTICULO 6º. El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.

¹⁴ El párrafo 4to. del art. 1º establece que: “La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

Ha soslayado o no compartido los argumentos postulados en defensa de un régimen común y uniforme fundado en una teoría general de la reparación, con posición mayoritaria hacia una reparación integral.

En este sentido, traigo a referencia, respecto a los argumentos en defensa que la obligación de reparar se rige por el derecho común, a la ponencia presentada por un respetado y estimado profesor de derecho privado de la Universidad Nacional del Litoral, que presentara ante las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Facultad de Derecho de la UBA en septiembre de 2013; sobre el tema “Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”. Sostiene, por cierto, que en aquella actualidad debería aplicarse un régimen común y uniforme que tiene su fuente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De modo fino, estima a propósito de la causa “Barreto”, que corresponde al derecho local determinar los “estándares de ponderación del servicio”, pero que, sin embargo, “en modo alguno pueden modificar la consecuencia frente al reproche de su funcionamiento defectuoso o anormal”. Trae a cita como principios esenciales del régimen: la igualdad de las cargas públicas (art. 16 CN); garantía de propiedad (art. 17); legalidad (art. 18 y 19; no dañar (art. 19) ; razonabilidad (art. 28); deber de seguridad (art. 42) ; demandabilidad del Estado (art. 116) y convenciones que consagran el principio de dignidad personal (art. 75 inc. 22). Considera, entre otros aspectos, que el principio de reparación integral podría ofrecer matices en supuestos de responsabilidad por actividad lícita, como así, frente a daños masivos.¹⁵

Las posturas del derecho privado en orden a la defensa de un derecho único, son coherentes y adheridas a una faceta relevante del proceso histórico; en tanto, responden al desarrollo lógico de la cultura continental romanista de corporizar o estructurar sistémicamente un conjunto de reglas comunes aplicables a todos los supuestos de hecho.

Nuestra propia raíz constituyente de 1853, se estructura sobre premisas de un Estado de Derecho Legal, donde conservadores y liberales tenían en común el objetivo de la defensa irrestricta del sagrado derecho de propiedad y miraban con desconfianza los derechos más vinculados con las aspiraciones sociales de la comunidad.¹⁶

¹⁵ Ponencia presentada por el Prof. Aidilio Gustavo Fabiano.

¹⁶ Gargarella, Roberto; en “Los fundamentos de una comunidad de iguales y el art. 22”; trabajo correspondiente a la obra. “La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria”

Los dos derechos (propiedad y libertad) constituyen una parcela jurídica colocada en el centro de la organización jurídica constitucional; y las reglas jurídicas comunes y especiales, en términos generales, como los actos dictados a su consecuencia, fueron siempre el reflejo de luchas entre sectores de interés de la sociedad organizada y creciendo sobre aquellas premisas.

Sucede que la reforma constitucional de 1994 ha colocado a la persona humana y a una serie de derechos intereses o valores (art. 75 inc. 22 y 23 ; art. 41, 42, 43 y ccss) en el centro de la organización estatal y del derecho.

Los derechos de propiedad y de libertad constituyen la “capa constitucional” de la constitución originaria; mientras que los derechos humanos y, entre ellos, los derechos sociales, con más los nuevos derechos de la reforma de 1994, se nos presenta como la última “capa constitucional” que ha traído a la propia norma constitucional, desde el entorno o desde niveles normativos inferiores, un nuevo paradigma en la configuración del sistema jurídico. Se ha dicho que este “...fenómeno de superposición de capas constitucionales” parece muy propio de nuestro tiempo. La Constitución Argentina es un buen ejemplo, ya que se llega a ella a partir de la acción sucesiva de grupos con visiones políticas más bien contradictorias entre sí. Esto nos plantea numerosos interrogantes teóricos....algunos de ellos....relacionados con cuestiones de interpretación jurídica.”¹⁷

Desde esta óptica dinámica, debe siempre pensarse que es factible que las concepciones o conquistas de determinadas parcelas jurídicas del Estado de Derecho Legal (propiedad y libertad) quizás deben ser moduladas frente a otras nuevas parcelas (derechos humanos y sociales) dirigidas a sectores vulnerables necesitados de inclusión social.

El profesor Balbín, nos invita a considerar la responsabilidad en el contexto del Doble Derecho. El nuevo paradigma del derecho administrativo no es “poder vs derechos”, sino “derecho vs derechos vs corporaciones”.

Es el Derecho Administrativo, según el autor, el que debe “... impulsar o evitar conductas estatales, reparar daños, o distribuir los riesgos sociales, y también redistribuir bienes primarios. Dicho más claro, la teoría dogmática del Derecho

(Roberto Gargarella –Coordinador-); Ed. Siglo veintiuno; Argentina; 2011; pág.226

¹⁷ Ibidem; pág.228

Administrativo debe coadyuvar a recrear condiciones más igualitarias y con mayor razón en sociedades con sectores estructuralmente excluidos. Es decir, el Derecho Administrativo, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser pensado como un derecho de inclusión y no solo como un derecho de prevención y eventualmente de reparación de los abusos o arbitrariedades estatales”.¹⁸

Debe tenerse presente, según estimo, que nadie como los legisladores endonacionales están en mejores condiciones de regular para decidir con motivo de relaciones jurídicas públicas inherentes a la responsabilidad estatal; siendo a ellos a quienes les corresponde ejercitar la potestad normativa en materia de responsabilidad del Estado, de sus agentes y sus funcionarios conforme a nuestra sistemática constitucional y al modelo de Estado de Derecho Constitucional.

Dos razones expongo sucintamente.

Una es que son los legisferantes endonacionales, quienes están en una relación de mayor proximidad con la organización estatal y con la dimensión subjetiva de las personas que integran su sociedad. En esa proximidad, son los responsables de la regulación de los núcleos mínimos o existenciales de los derechos humanos comprometidos en relaciones jurídicas de derecho público, en las cuales corresponde al Estado responder. Es más, es a ellos a quienes también les corresponde establecer los alcances de la contracara de esos derechos subjetivos públicos, la que no es sólo lo relativo al modo y alcance de la responsabilidad estatal, sino también la de la propia sociedad comprometida, por sus correspondientes “deberes de solidaridad recíproca de los miembros de la colectividad” (art. 1 y 16 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe; en concordancia con el art. XXIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que prevé el ”deber de convivencia”) ¹⁹

¹⁸ Balbín; ob. Cit.

¹⁹ El art. 1º de la Constitución de Santa Fe, establece: “ARTICULO 1º. La Provincia de Santa Fe, como miembro del Estado federal argentino, y con la población y el territorio que por derecho le corresponden, organizad sus instituciones fundamentales conforme le corresponde conforme a los principios democráticos, representativo y republicano de la sumisión del Estado a las propias normas jurídicas en cualquier campo de su actividad y de los deberes de solidaridad recíproca de los miembros de la colectividad., de acuerdo con las condiciones y limitaciones emergentes de la Constitución Nacional”.

El art. 16 establece que: “ARTICULO 16º. El individuo tiene deberes hacia la comunidad. En el disfrute de sus derechos y en el ejercicio de sus libertades puede quedar sometido a las limitaciones, establecidas por ley exclusivamente, necesarias para asegurar el respeto de los derechos y libertades ajenas y satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general.”

El art. XXIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que : “ARTICULO XXIX: Toda persona tiene el deber de convivir con los demás de manera que todas y cada

De esta forma, sostengo que los deberes generales de solidaridad recíproca y de convivencia (art. 1º y 16 de la CP y XXIX de la DADDH) , se convertirán en obligaciones cuando se produzcan el nacimiento de relaciones jurídicas complejas relativas a inclusión social; donde el resto de la comunidad – como legitimados pasivos indirectos- no pueden negar sus obligaciones jurídicas de solidaridad recíproca frente a los núcleos mínimos o existenciales de derechos sociales²⁰.

La otra razón es de orden jurídico y complementaria de la anterior. Es proveniente de un precedente de nuestro Máximo Tribunal que construye una responsabilidad estatal por omisión en atender derechos sociales, sobre la premisa del reconocimiento y consideración de la existencia de “una relación jurídica compleja”. La relación es compleja pues, frente al legitimado activo y titular del núcleo mínimo o existencial de un derecho social, aparecen dos legitimados pasivos. Uno es el legitimado pasivo directo (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y el otro es el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que reclama derechos.

Pues entonces, serán los legisladores endonacionales, por su proximidad y competencia regulatoria, quienes debatirán sobre la invitación del Honorable Congreso de la Nación contenida en el art. 11º de la ley 26944. Ellos decidirán sobre las relaciones jurídicas públicas complejas; en el caso, será lo que estimen corresponder en materia de responsabilidad de su organización estatal, funcionarios y agentes, en un contexto social de mayores o menores desigualdades de los ciudadanos, colocados en el centro del derecho y de las organizaciones por voluntad del constituyente de 1994.

3.2. Segunda postura dogmática central: El instituto de la responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho Nacional, se construye sobre premisas del Estado de Derecho Legal y no del Estado de Derecho Constitucional.

una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”

²⁰ Dos razones me llevan a la afirmación: por un lado la concepción de Zanobini relativa a que los deberes públicos toman el nombre de “obligaciones”, cuando forman parte de una relación jurídica (Curso de Derecho Administrativo; Arayú; pág 257/258; y la segunda razón es la construcción que ha formulado nuestra Corte Suprema de Justicia en la causa “Quisberth Castro”, como se verá más adelante, relativa a la “relación jurídica compleja” en materia de derechos sociales donde los legitimados pasivos son el Ente Público (CABA) como legitimado pasivo directo y, el resto de la comunidad como legitimado pasivo indirecto.

Es este un aspecto no menor, que deben tener en cuenta los legisferantes endonacionales al momento de decidir sobre la adhesión o no a los términos de la ley nacional n°26944 en los términos que se propone.

La postura se infiere del art. 3° inc d)²¹ en el que se establece la omisión estatal sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un **deber normativo expreso y determinado**, sin referencias a las obligaciones estatales provenientes de los **principios jurídicos de derecho público** propios de nuestro modelo de Estado de Derecho Constitucional de la reforma de 1994.

La reforma constitucional de 1994 y los procesos de creación y aplicación normativo desarrollados en su consecuencia, llevan a todo operador jurídico a la imperiosa necesidad de desentrañar los nuevos paradigmas del sistema jurídico argentino (público endonacional con distribución territorial del poder regulatorio y privado) , correspondiente al modelo de Estado de Derecho Constitucional; en cuyo contexto han cobrado relevancia la tutela de los derechos humanos, y de la centralidad de la persona humana, con los principios constitucionales a ellos vinculados²². Reglas y principios son parte de la agenda del tema y he trabajado en ese sentido.

Me encuentro focalizado, en esta instancia personal en propuestas de derecho administrativo para que el mismo salga del molde tradicional del Estado de Derecho Legal para adentrarse en técnicas correspondientes al Estado de Derecho Constitucional.

Las constituciones han dejado de ser un programa político sobre cuyas premisas los legisladores construían el derecho. En el Estado de Derecho Constitucional, las constituciones, con sus principios, bienes, intereses y valores, se han convertido en fuentes de derecho para los operadores jurídicos que deben resolver los casos concretos creando derecho con los elementos dispersos en el ordenamiento jurídico entendido como bloque jurídico bajo el paradigma constitucional.²³

²¹ El artículo 3° inc d) establece que: “ARTICULO 3°. Son requisitos de la responsabilidad del Estado por su actividad e inactividad ilegítima:d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

²² Reyna, Justo José; en “Fundamentos del principio constitucional de actuación conjunta para la tutela especial de derechos fundamentales”; en “Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL. A&C; Editorial Forum; ano 14; n.55; janeiro/março; 2014; Belo Horizonte; pág. 23/49,

²³ Ibidem pág. 25

En el modelo de Estado de Derecho Constitucional, los principios jurídicos operan como las reglas jurídicas del legislador, cuando ellos enuncian derechos fundamentales. En tal sentido en el trabajo citado²⁴ me referí al Prof. Ferrajoli; quien ha expresado que. “Precisamente, los principios regulativos que enuncian derechos fundamentales confieren a todos y a cada uno situaciones jurídicas, es decir, “derechos subjetivos” , consistentes en expectativa, en ocasiones unidas a facultades, a las que corresponden prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, es decir, lo que he llamado “garantías” a cargo de la esfera pública. Se comportan, en breve , como todas las reglas, es decir, como normas vinculantes”.

Por otra parte, debe tenerse presente, que nuestro Máximo Tribunal ya tiene consolidado que la omisión estatal genera responsabilidad, no sólo cuando se violan mandatos expesos y determinados, sino también cuando los mandatos están impuestos de manera general e indeterminada. En este caso, las omisiones 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, analizando si el Estado tiene un deber a su cargo y cuál es su extensión; siendo reflejo de ellos las causa “Mosca” y “Bea”.

Los legisladores endonacionales deberán tener en cuenta que es cuestionable, por falta de coherencia, la propuesta del legislador nacional de construir el instituto de la responsabilidad sobre premisas legalistas formales de **incumplimientos de deberes normativos de actuación expesos y determinados**. La coherencia como tal, es más que falta de contradicciones, en tanto supone la evaluación de las reglas, entre otros aspectos, a la luz de sus razones subyacentes y de los principios del sistema.²⁵

En este sentido se nos presentaba sí como coherente la propuesta normativa del Poder Ejecutivo en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. En este sentido la norma proyectada establecía en el “ARTICULO 1765. Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y **principios del derecho administrativo nacional o local** según corresponda”.

La actuación u omisión irregular en el campo del derecho administrativo del nuevo siglo, debe ser juzgada no sólo sobre premisas del Estado de Derecho Legal, sino

²⁴ Ibidem pág. 28

²⁵ Ibidem pñag. 31

también sobre las premisas del Estado de Derecho Constitucional donde los principios inherentes a derechos fundamentales operan como las reglas jurídicas. El EDC ha acarreado una innovación en la propia estructura del modelo de legalidad que se correspondía al citado Estado de Derecho Legal de la sumisión a la producción de las normas del legislador, posicionando a los actores jurídicos de una manera prevalente frente al derecho sustancialmente ilegítimo.²⁶

3.3. Tercera postura dogmática central: El instituto de la responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho Nacional, en la ley 26944 no se construye sobre premisas del Derecho Administrativo del siglo XXI, focalizado a la tutela de la dimensión subjetiva de la centralidad de la persona humana proveniente del EDC.

Los legisladores endonacionales deben deliberar y decidir si la eliminación de las sanciones pecuniarias disuasivas contra el Estado, sus agentes y funcionarios, prevista en el art. 1º párrafo 4to,²⁷ es una decisión coherente con el Derecho Administrativo del nuevo siglo.

Por cierto estimo que no es una decisión coherente, ni con el derecho administrativo contemporáneo, ni con los propios actos impulsados desde el gobierno federal.

El derecho público del nuevo siglo no admite, según estimo, que se abandonen técnicas disuasivas de sustrato económico frente a acciones u omisiones estatales ilegítimas frente a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos.

No se han abandonado esas técnicas disuasivas para las relaciones civiles, en tanto el Poder Ejecutivo, en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación las ha incluido para quien actúa en grave menosprecio de los derechos de incidencia colectiva, vinculados a ese tipo de relaciones.²⁸ Tampoco se han abandonado este tipo

²⁶ Ibidem pág. 28

²⁷ El art. 1º párrafo 4to. establece que: "ARTICULO 1º. 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 sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

²⁸ El art. 1714 del proyecto establece que: "ARTICULO 1714. Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada"

de sanciones para las relaciones de consumo, tal como se infiere del texto previsto para el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, con motivo del proyecto de ley civil y comercial.²⁹

La postura que asumo en el presente punto es complementaria de la anterior en tanto el Derecho Administrativo de este nuevo siglo, es resultante del Estado de Derecho Constitucional y la consiguiente centralidad de la persona humana. La jerarquía constitucional de la dignidad de la persona humana (art. 75 inc. 22) marca el eje de la relación del ciudadano con la Administración y el Estado responsable.

Doctrina prestigiosa sostiene que a la hora de construir y levantar el sistema del derecho administrativo se debe considerar la noción o la idea de relación jurídica que nos remite a la dimensión subjetiva del derecho administrativo; destacando los obstáculos o reparos “ habida cuenta de que el individuo se inserta y vincula cada vez más en complejos sistemas colectivos”³⁰

El citado autor ha dicho que: “Los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de Derecho que más decisivamente ha influido en la evolución del Derecho administrativo de posguerra. Los derechos fundamentales actúan como límite de las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas. También imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos ellos derivados de los derechos fundamentales, el Derecho da respuesta a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación”.³¹

Las sanciones pecuniarias disuasivas, son técnicas instrumentales que tienden a impedir el abandono o la negligencia de las autoridades públicas, frente a las lesiones

²⁹ El art. 52 bis de la ley 24240, según el texto del proyecto, es el siguiente:”ARTICULO 52 bis. Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionando, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.”

³⁰ Schmidt-Assmann; en “La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica”, Ed. INAP-Marcial Pons; Madrid, 2003; pág. 22.

³¹ Ibidem pág. 71

en las situaciones jurídicas subjetivas individuales y colectivas de nuestros ciudadanos, técnicas éstas que resultan centrales para la gestión pública latinoamericana del siglo XXI.

En trabajo reciente, sobre las premisas de los documentos del Centro Latinoamericano de la Administración para el Desarrollo, he sostenido que las reformas de la Administraciones públicas deben construirse y reconstruirse de modo general, sobre la premisa de su carácter instrumental para un nuevo modelo de gestión pública de servicio al ciudadano, participativa y de proximidad a la sociedad, de tutela de los derechos humanos y fundamentales y de inclusión social; ello no sólo por cuestiones de desarrollo sino también por constituir un imperativo propio del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho. En este contexto he sostenido también la existencia de un espacio de intergubernabilidad obligatorio de todas las administraciones endonacionales para la tutela del núcleo mínimo o existencial de sus derechos fundamentales³²

La procedencia de las sanciones pecuniarias disuasivas contra el Estado, sus agentes y funcionarios, debe ser sostenida desde la premisa de su coherencia con la gestión pública latinoamericana para la tutela de los derechos fundamentales y la inclusión social.

Ello es además resultante de su adecuada adherencia jurídica con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional en casos relevantes, cuya eficacia depende, en gran medida, del diseño y procedencia de este tipo de sanciones disuasivas. Una sentencia es relativa a un caso estructural como lo es causa “Mendoza “, que ha operado como verdadera fuente de derecho transversal respecto en los sistemas jurídicos endonacionales alcanzados, por un supuesto de hecho jurídico homogéneo inherente a bienes colectivos (contaminación cuenca Matanza –Riachuelo). Otra es “Quisberth Castro”, donde aparece “un juez asistencial” respecto de relaciones jurídicas complejas, donde el legitimado activo era un niño afectado con una grave discapacidad y su madre en situación de calle , que no estaban protegidos – por las particularidades del caso- , por las normas generales y las previsiones presupuestarias

³² Reyna, Justo José; en “La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI”, en en “Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL. A&C; Editorial Forum; ano 14; n.56; abril/junho; 2014; Belo Horizonte; pág. 35/91.

diseñadas para la tutela del derecho social. Los legitimados pasivos eran la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (legitimado pasivo directo) y también la comunidad que reclama derechos (legitimado pasivo indirecto). La Corte, en este sentido, determina la presencia de una “relación jurídica compleja” inherente a derechos sociales. Si bien se considera a los derechos sociales como normas operativas con vocación de efectividad, que necesitan de una obligación de hacer derivada de la ley o de una decisión administrativa que las implemente (operatividad derivada); es central la consideración del fallo donde alude a las limitaciones de la discrecionalidad administrativa frente a los “núcleos mínimos o existenciales de los derechos sociales” y las potestades del juzgador en relación a dicho núcleo.

En este sentido los legisladores endonacionales conforme a la invitación del art. 11 de la ley 26944, deberán deliberar y decidir, si adhieren a la norma nacional en cuanto declara la improcedencia de las sanciones pecuniarias disuasivas respecto del Estado, sus agentes y funcionarios.

Por el contrario los legislferantes pueden (o deben) cuestionar la solución normativa propuesta por el Congreso de la Nación por su falta de coherencia lógica con: un modelo de Estado focalizado a la inclusión social como factor de desarrollo; el modelo de Estado de Derecho Constitucional de centralidad de la persona humana y de tutela de los derechos humanos; y por privar al sistema jurídico de herramientas para la realización de los resultados prácticos, sobre todo en materia de responsabilidad del Estado por acción u omisión lesivas de derechos humanos y falta de atención de “núcleos mínimos o existenciales” de derechos sociales.

4. Reflexión final.

Las consideraciones del estado de la ciencia a las que aludía en el punto 2 (Marco teórico mínimo), estuvieron pensadas, básica y sustancialmente a los fines de sostener que todos los operadores jurídicos y sociales, somos parte activa y responsable del proceso jurídico en marcha en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios. La relación del sistema jurídico con su entorno, es tautológica y circular y, por ende, ninguno de nosotros es ajeno a las responsabilidades que les incumbe.

La ley nº26944, por ende, no es sino un disparador de responsabilidades públicas endonacionales y de responsabilidades sociales de todos los operadores (abogados del Estado, de la matrícula, Colegidos profesionales, docentes, universidades públicas

y privadas, sociedad civil, etc.) que deben expresarse y participar en esta incipiente nueva etapa en materia de responsabilidad del Estado, donde se deben debatir posturas dogmáticas centrales inherentes al sistema jurídico endonacional (público y privado) ; la gestión pública que debe desarrollarse en su consecuencia y en razón de los reclamos de los sectores de la sociedad civil cuyos derechos deben ser tutelados de manera equilibrada en este nuevo siglo.

Es como que tengo claro dos premisas de este proceso que se ha disparado.

Por un lado que las nuevas políticas públicas y el derecho argentino del nuevo siglo en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios, imponen una superación del falso dilema público/privado, alentando procesos de coconstrucción en cada una de las dimensiones jurídicas endonacionales, entre todos los actores jurídicos y la sociedad civil como reflejo de decisiones a tomarse sobre premisas democráticas y de participación ciudadana. Las decisiones que se tomen hacen directamente al modelo de una sociedad que, según estimo, no debe abandonar sus bases constitucionales inherentes al desarrollo libre y solidario de cada uno de sus integrantes.

Por el otro lado, como idea complementaria, considero que los legisferantes endonacionales y todos los operadores no deben licuar su responsabilidad, para ser trasladada a los jueces y que sean nuevamente ellos, quienes asuman el peso de determinar los perfiles de nuestro sistema jurídico en materia de responsabilidad del Estado, sus agentes y funcionarios; que, en verdad, a todos nos compete. Tenemos mucho por delante pues somos parte de una sociedad sin tiempo.

