

Prohibición de aplicación de astreintes en contra del Estado

Análisis constitucional y convencional

Ricardo A. Muñoz (h)

Publicado en La Ley diario del 11/01/2016

I.- Introducción

Se puede decir sin hesitación alguna que en la actualidad nos encontramos inmersos en una etapa de transformación normativa, lo que es fácilmente demostrable por la hiperactividad que ha tenido el Congreso de la Nación en el estudio de proyectos, algunos de ellos finalmente sancionados, pero todos caracterizados por las fuertes implicancias sobre la vida institucional de nuestro país.

A poco que el lector realice un rápido repaso sobre la legislación de Derecho Público (o por lo menos aquella con profundo impacto sobre la materia aunque sin ser estrictamente *iuspublicista*) recientemente dictada –en aspectos como medidas cautelares, el Digesto Jurídico Argentino, telecomunicaciones, Consejo de la Magistratura, entre otras temáticas- se podrá concluir que muchas de ellas conforman un escenario normativo que parece ser va a contramano del avance que nuestro sistema jurídico ha tenido (y va teniendo) respecto al Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos.

Si bien es verdad que en términos generales se pueda decir que la sanción del Código Civil y Comercial no solo implica un significativo y moderno cambio normativo, sino que también concreta la adecuación del derecho secundario civil y comercial al paradigma constitucional vigente¹. Como dice GIL DOMINGUEZ: “configura un tránsito positivo del Estado legislativo de derecho que se va con el viejo código al Estado constitucional y convencional de derecho que se viabiliza en las relaciones entre los particulares con el nuevo código”². También es verdad que, en cuestiones particulares, dicha legislación unificadora e integradora se ha apartado de los caminos que ella misma dice transitar.

El ejemplo cabal de ello –en nuestra opinión- es lo referido a la responsabilidad del Estado y las especificidades dadas por la ley 26.944, en el ámbito normativo surgido en torno a la unificación del Código Civil y Comercial aprobado por ley 26.994.

Aunque ambas normas se refieran principalmente a cuestiones normativas sustanciales o materiales, en una como en otra también se encuentran incluidos aspectos o regulaciones de naturaleza procesal, y esto ha sido así, porque muchas de las instituciones allí enclavadas fueron históricamente reguladas en aquel tipo de normativa. El fiel testigo de ello, ha sido el instituto de las penas conminatorias pecuniarias, a través de su inclusión originaria en el art. 666 bis del Código Civil velezano y las proyecciones que ha irradiado a todo el derecho, tanto sustancial como procesal, tanto de fondo como local.

A esta altura, y pese alguna negación inicial que respondía mas a razones de eficacia que a impedimentos jurídicos, lo cierto es que nuestro Derecho Argentino se ha inclinado por la posibilidad de la aplicación de astreintes contra el Estado y sus funcionarios, que no traducen sino el carácter ejecutorio de las sentencias judiciales³.

¹ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Bs. As., pag. 6.

² GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Ediar, Bs. As., 2015, pag. 42.

³ HALPERIN, David A., “La acción de amparo por mora de la Administración”, en TAWIL, Guido S. (director), *Derecho procesal administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, pag. 833; SAGÜES, Néstor

Ahora bien, el estudio de este mecanismo de compulsión hacia el deudor frente a su conducta reticente de cumplir una resolución judicial, particularmente en el marco de la reciente normativa de responsabilidad del Estado, debe necesariamente brindarse a partir del contexto actual donde aquella se ubica, pues de lo contrario podríamos caer en gruesos errores de interpretación y equívocas conclusiones al respecto.

Con este horizonte, por medio de esta colaboración, nos proponemos transitar por un camino que comienza inicialmente con los contornos constitucionales y convencionales de la responsabilidad del Estado, pasando por su redacción en el denominado “anteproyecto” definido por la Comisión Reformadora y las modificaciones introducidas en el “proyecto” enviado por el Poder Ejecutivo las que finalmente se convirtieron en ley en el Nuevo Código Civil y Comercial, continuado con un rápido repaso de la ley 26.944 de “Responsabilidad del Estado”, hasta finalmente desembocar sobre la problemática de las penas conminatorias dinerarias en contra del Estado que aquella ley prohíbe, lo que es nuestra especial preocupación. Para lo último dejaremos las implicancias que la cuestión aduce sobre el derecho público provincial.

II.- El escenario actual de la responsabilidad del Estado

Nunca está de más decir que el sistema de responsabilidad del Estado, en primer lugar y sobre toda consideración, encuentra anclaje en el Estado Social y Democrático de Derecho en donde aquella se presenta como una verdadera condición o presupuesto para que éste se desarrolle y exista (art. 1, 33, 116, etc. C.N.). Numerosos autores del Derecho Administrativo⁴ desde siempre han sostenido que el fundamento de la responsabilidad pública se ubica en los principios que inspiran y dan sustento al Estado de Derecho, recogidas en numerosas normas de la Constitución Nacional, tales como las que garantizan la inviolabilidad de la propiedad, la prohibición de perjudicar a terceros, la igualdad ante las cargas públicas, el principio de razonabilidad, entre otros⁵.

A la par de ello, a esta altura ya no es una novedad hablar de la “constitucionalización del Derecho Privado”⁶, tal como ha sido admitido no solo en los fundamentos del Nuevo Código Civil y Comercial, sino también reconocido en el mismo art. 1° de ese *corpus iuris*, aunque sí se pueda discurrir y debatir respecto del supuesto inverso: la “privatización del Derecho Constitucional”, máxime a partir de los postulados del art. 42 de la Carta Magna.

En este escenario, y por consiguiente, se enmarca una verdadera “constitucionalización de la responsabilidad del Estado”, por cuanto la Constitución Nacional se visualiza como la principal fuente de la responsabilidad estatal, ya que resguarda y hace efectivo derechos fundamentales y garantiza la razonabilidad de su reglamentación (art. 14, 16, 17, 28, etc. C.N.)⁷. Pese que en nuestro Texto Fundamental no existe una norma específica sobre responsabilidad de Estado (como se presenta en España, Brasil,

P., *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 5° reimpr., Astrea, Bs. As., 2009, pag. 614; BALBÍN, Carlos F., *Manual de derecho administrativo*, 1° ed., Buenos Aires, 2011, pag. 556.

⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, pag. 699; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios*, LexisNexis, Bs. As., 2003, pag. 368; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. II, 2° edición, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1976, pag. 718; entre muchos otros.

⁵ PERRINO, Pablo, “La responsabilidad contractual del Estado”, *La Ley*, 12/12/2012.

⁶ Algunos autores se refieren al “Derecho Civil Constitucional” (RIVERA, Julio Cesar, “El derecho privado constitucional”, *Revista de Derecho Privado*, N° 7, 1994, pag. 27; GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Bs. As., 2006).

⁷ Como decía BIELSA: el Derecho Administrativo se muestra como el momento dinámico de la Constitución y el procedimiento como el “derecho procesal de la Constitución” (BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. I, 6° edición, Bs. As., pag. 144).

Uruguay, entre otras), el mismo no se ha sustraído de la problemática, no solo por la especialidad y el expreso reconocimiento que significa para la cuestión el art. 15, sino también por las implicancias de la figura de falta de servicio que se sostiene en el marco del art. 42, y la confesa demandabilidad del Estado inserta –aunque más no sea– en normas referidas a la competencia federal (art. 116 y 117 C.N.).

Pero es más aun, y con un grado de abstracción mayor, el fundamento jurídico filosófico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella. Esos principios generales del derecho natural, explica CASSAGNE, (vgr. *alterum non ledere*), existen por sí mismos sin necesidad de reconocimiento alguno, y su vigencia y principalidad se proyecta en todas las ramas del derecho, cobrando mayor trascendencia en las disciplinas no codificadas como el Derecho Administrativo⁸.

En este contexto, la “convencionalización” del sistema jurídico mediante la incorporación de los Tratados Internacionales de Derecho Humanos con jerarquía constitucional, y la magnífica ampliación de derecho que ello supone, evidentemente también tiene su impacto sobre el tema. Porque el paradigma tradicional de la responsabilidad del Estado diseñado a partir de una concepción meramente patrimonialista de origen netamente normativo y civilista, es abandonado por un sistema más amplio, de naturaleza *iuspublicista*, que gira alrededor de los derechos humanos (en especial los derechos económicos, sociales y culturales) y pone en cabeza del Estado concretas obligaciones de hacer, no hacer y dar⁹.

Cuando el Estado reconoce derechos fundamentales, se activan automáticamente en contra de él una serie de obligaciones que nacen de la misma Constitución pero en especial del Sistema Protectorio Internacional de Derechos Humanos¹⁰: la obligación de adoptar medidas inmediatas, la obligación de destinar el máximo de los recursos económicos disponibles¹¹, el principio de progresividad y prohibición de regresividad¹²,

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado: fundamento constitucional y su regulación por una ley administrativa”, en ABERASTURY, Pedro (director), *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, ob. cit., pag. 61. En esta misma línea ha expuesto SARMIENTO GARCÍA que “más allá de su régimen político- jurídico, todo Estado tiene la obligación natural de reparar los daños que con su actividad provoque, cuando medie una razón de justicia” (SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley”, *La Ley*, 11/03/2014, pag. 1).

⁹ GONZALEZ MORAS, Juan M., “La responsabilidad del Estado por falta de servicio”, ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, pag. 73 y ss. (en part. pag. 92); GAUNA (h), Juan Octavio, “Responsabilidad del Estado en materia de salud, urbanística y ambiental”, en ABERASTURY, Pedro (director), *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, pag. 294 y ss. (en part. pag. 295).

¹⁰ Seguimos en este punto a ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Bs. As., 2006, pag. 43 a 63, y de los mismos autores, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Edit. Trotta, Madrid, 2002, Cap. II. Nos remitimos a nuestro trabajo., MUÑOZ (h), Ricardo A., “El procedimiento administrativo de “tercera generación” a la luz del sistema protectorio internacional de derecho humanos”, en AAVV, *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho*, Astrea, Ediciones RAP, Bs. As., 2015, pag. 409 y ss.

¹¹ Art. 2.1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De igual manera, art. 1 Protocolo de San Salvador, art. 22 DUDH, art. 26 CADH, y el Protocolo de Buenos Aires, este último mas postergado y olvidado en su aplicación, tal como lo ha puesto de manifiesto la doctrina constitucional (PALAZZO, Eugenio L., “Algunas reflexiones y cuadros sobre las fuentes del derecho referidas a derechos económicos, sociales y culturales, en el desconcierto de juristas y ciudadanos”, *El Derecho Constitucional*, 16/02/2012).

¹² Art. 2.1 PIDESC, art. 26 CADH, art. 1 Protocolo de San Salvador. La Corte Suprema ha considerado que el principio de progresividad se encuentra integrado a nuestro derecho (“Madorrán”, *Fallos*:

el principio *pro homine, favor debilis* y *pro actione*, este último con evidentes connotaciones procesales¹³.

En este punto, finalmente cabe recordar que las más importantes condenas que ha tenido nuestro país en la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido precisamente en materia de responsabilidad del Estado por actividad judicial¹⁴, y que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado el concepto de control de “convencionalidad de oficio”¹⁵ justamente en un caso sobre responsabilidad del Estado; control de convencionalidad que, por otro lado, también recae como exigencia para la Administración Pública¹⁶.

III.- La redacción por la Comisión Reformadora

Como se sabe, para alcanzar el texto final del Código Civil y Comercial unificado, y en lo que respecta especialmente a la problemática de la responsabilidad del Estado, tuvimos que recorrer un circuito iniciado por el “Anteproyecto” presentado por la Comisión Reformadora, claramente inspirado en principios de derecho privado¹⁷ que a la postre han sido receptados en gran medida por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Pasando por las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo que reenvía a la normativa local la regulación de la materia. Y finalizando en la sanción definitiva primero de la ley 26.944 y después del Código, que muestra una evidente inclinación hacia una interpretación más bien propia del derecho público, y local.

Sin perjuicio de la introducción de la temática en la norma de fondo, la novedad del “anteproyecto” elaborada por la Comisión de Reformas fue la recepción de modernos principios y regulaciones que venían siendo admitidos por la jurisprudencia¹⁸ y reclamados por la doctrina, cuando ya el código velezano no era capaz de contemplar los nuevos interrogantes que presentaba la problemática sobre todo a partir del desarrollo tecnológico y los avances de sociedad moderna¹⁹.

330:1989)

¹³ BIDART CAMPOS, Germán, "Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio 'pro homine'", en BIDART CAMPOS, Germán y GIL DOMINGUEZ, Andrés (coordinadores), *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas*, EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 11 y ss.

¹⁴ CorteIDH, 12/08/2012, “Furlan y Familiares vs. Argentina” y, 27/04/2014, “Forneron e Hija vs. Argentina”.

¹⁵ CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejercito Argentina s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 335: 452.

¹⁶ El denominado control de convencionalidad vincula directamente a la Administración Pública, quizás, en mayor medida que el propio control de constitucionalidad, y ello -en nuestra opinión- básicamente por dos razones: primero porque aquel a diferencia de éste, aparece como más amplio y expansivo, toda vez que el primero exige el estudio de compatibilidad del derecho interno, no solo en relación al Tratado Internacional, sino también en conexión con las pautas interpretativas que de los mismos han hecho los Tribunales Internacionales; y segundo: porque -como lo ha dicho la Corte IDH tal claramente en los casos “Gelman c/ Uruguay” de fecha 24/02/2011 y 20/03/2013- tienen el deber de realizarlo, a los fines de “garantizar los efectos útiles del Pacto”, no solamente los jueces sino además -dentro de sus competencias y atribuciones- todos los Órganos del Estado, inclusive los Ejecutivos.

¹⁷ ÁBALOS, María Gabriela, “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, *La Ley*, 1/09/2015, pag. 3

¹⁸ IBARLUCÍA, Emilio, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o ley provincial”, *La Ley*, 7/07/2014, pag. 1.

¹⁹ Pero sobre todo, la gran impronta fue evitar las evidentes contradicciones que la materia lleva de por sí. Por ejemplo, mientras según la jurisprudencia procede resarcir a la esposa de un delincuente fallecido en un proceso policial cuestionado por exceso de legítima defensa (Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, causa 2052/99, citada por GARCÍA SANZ, Agustín A., “Responsabilidad del Estado y corrupción”, *La Ley*, 02/11/2007), o incluso a las víctimas de un operativo policial, aun cuando se pudiera determinar que las balas provenían de armas de los delincuentes (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y

En particular, en su redacción original²⁰, se receptaba la naturaleza objetiva de la responsabilidad del Estado, sin que sea necesario –dice– “identificar a su autor” (art. 1764). En segundo lugar, reconocía la responsabilidad del funcionario y empleado público por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo (art. 1765). Y finalmente, admitía la responsabilidad por actividad lícita, limitando el resarcimiento al daño emergente, pero a renglón seguido acepta que “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” (art. 1766).

IV.- La cuestión en el Proyecto del Código Civil y Comercial

Un amplio sector de la doctrina no compartió la inclusión de la responsabilidad pública en el Proyecto de Unificación (“anteproyecto”) del Código Civil y Comercial, al encontrarse allí –argumentan– una cuestión constitucional en los términos del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional²¹, por lo que el “Proyecto” remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso habría corregido correctamente el texto propuesto²² a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para otros autores, en cambio, la causa “Barreto”, argumento por la cual se ha basado –casi con exclusividad– el Poder Ejecutivo para introducir sus modificaciones (las que finalmente fueron aprobadas), no parece *a priori* un sostén de peso si se analiza un poco más profundamente la cuestión y la verdadera dimensión del citado precedente.

Y esto sería así por varias razones. Primero, porque los Ministros que han suscripto la decisión en “Barreto”²³, han sido los mismos juristas que han propiciado que la temática quede en la norma de fondo, y de allí no habría razones válidas para concluir que el “intérprete auténtico” ha caído en una evidente contradicción.

Segundo, porque tal pronunciamiento, invocado como un argumento de suma autoridad por Poder Ejecutivo, en rigor de verdad estuvo única y exclusivamente orientado a

Comercial Federal, Sala I, “Guerrero, Diego c/ Ministerio del Interior- Policía Federal Argentina”, *La Ley*, 1997-D-1996), a la par –incoherentemente– se rechaza la demanda entablada por la viuda de un funcionario público fallecido por el esposo de la funcionaria investigada y condenada por hechos de corrupción en la ANSES (Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala II, 05/08/2007, “C. de P.V.S. L. c ANSES”, mas conocido como “Pochat”).

²⁰ Se han manifestado a favor de la competencia del Congreso Nacional para regular la responsabilidad del Estado al ser esta una materia propia de derecho común: CUADROS, Oscar, *Responsabilidad del Estado: fundamentos, aplicaciones, evolución jurisprudencial*, Abeledo-Perrot, 2008, pag. 210 y ss.; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, E-book, Bs. As, pag. 38; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial”, en AAVV, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por actividad judicial*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1986, pag. 101.

²¹ Se han manifestado a favor de las potestades provinciales para legislar sobre la materia: HUTCHINSON, Tomás, “Lineamientos generales de la responsabilidad del Estado”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2010-3, Rubinzal- Culzoni, pag. 61; ROSATTI, Horacio, “Bases para una teoría de la responsabilidad del Estado conforme a criterios de Derecho Público”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2010-3, Rubinzal- Culzoni, pag. 115; GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, *La Ley*, 1996-C-793, entre muchos otros.

²² BIGLIERI, Alberto, “Tensión entre la Reforma del Código y la ley de responsabilidad del Estado proyectada”, *La Ley*, 9/05/2014, pag. 1; ACEVEDO MIÑO, Martín Julián, “La Ley 26.944: Reflexiones en torno a un desembarco precipitado”, en *Revista de Derecho Público*, 2015-1, *El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –I*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2015, pag. 11 y ss. (en part. pag. 21).

²³ CSJN, 21/03/2006, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 329:759.

resolver la cuestión acerca de la competencia originaria de la Corte Suprema prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional²⁴, y no en absoluto si resulta constitucionalmente válido -como cuestión de fondo- que los presupuestos generales de la responsabilidad del Estado fueran definidos por la legislación de fondo conforme el art. 75 inc. 12 de nuestra Carta Magna²⁵.

Tercero, porque de la mera lectura del citado precedente, se podrá concluir que en modo alguno la Corte se inclina por la inconstitucionalidad de la regulación de responsabilidad del Estado contenida en el derecho común, pues precisamente el Máximo Tribunal al hacer referencia al art. 1112 del Código Civil velezano, admite que dicha norma importa un principio general del derecho, y que más allá de estar contenida en el Código Civil, es “aplicable a cualquier disciplina jurídica”, de forma concurrente con las normas particulares emanadas de cada una de las jurisdicciones locales²⁶.

Cuarto, porque llama la atención que el Poder Ejecutivo se haya respaldado en una doctrina judicial que choca frontalmente con lo que después terminó legislando²⁷. En efecto, mientras la Corte Suprema y los tribunales inferiores admiten que puede y debe aplicarse “subsidiariamente” la norma de fondo frente al vacío normativo local, el proyecto (después ley) ha impuesto precisamente todo lo contrario.

Quinto, porque finalmente el precedente “Barreto” no es enteramente útil ni menos aún aplicable al supuesto de la responsabilidad personal de los empleados y funcionarios por los daños ocasionados por el ejercicio irregular de su cargo (ex art. 1765), cuya base se sostiene en la culpabilidad como principal factor de atribución.

Es por ello que, para importante doctrina, el texto elaborado por la Comisión de Reformas es el que verdaderamente garantizó la responsabilidad estatal y de los funcionarios, a tiempo que aseguró “la consagración legal de la jurisprudencia actualmente vigente sin ofender en absoluto la organización federal o la autonomía provincial”²⁸, por lo que propiciaron oportunamente la restitución de los arts. 1764, 1765 y 1766 en su versión original.

²⁴ TONELLI, Pablo G. y OYHANARTE (h), Martín, “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto del Código”, *La Ley*, 15/03/2015, pag. 2; en igual sentido, IBARLUCÍA, Emilio, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o ley provincial”, *La Ley*, 7/07/2014, pag. 5.

²⁵ Mas precisamente el objeto de esa sentencia no fue el de resolver una cuestión de fondo sobre la responsabilidad del Estado, sino el de abandonar -según dice el mismo fallo en su considerando 4º- “la generalizada calificación del concepto de “causa civil” que se viene aplicando desde 1992”.

²⁶ Considerando 12: “Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos -entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados- aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aun del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (Fiorini, op. cit., primera parte, págs. 90 y sgtes.). Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso (Fiorini, op. cit., primera parte, pág. 92 y sgtes.; Fallos: 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231)”.

²⁷ Considerando 14: “Que el desarrollo argumentativo expresado impone entender por “causa civil” -a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería- a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible”.

²⁸ TONELLI, Pablo G. y OYHANARTE (h), Martín, “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto del Código”, *La Ley*, 15/03/2015, pag. 2.

Inclusive, aquellos como CASSAGNE que adhieren a la fórmula plasmada por el Poder Ejecutivo que fuera finalmente la redacción del Código Civil y Comercial aprobado legislativamente, entienden que deben evitarse desbordes normativos, y que parece más sensato la fórmula empleada por la Comisión de Reformas en su anteproyecto, como lo es por ejemplo el alcance la indemnización en el supuesto de responsabilidad del Estado por actividad lícita²⁹.

Lo cierto es que, por las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo y su ratificación legislativo a través del Congreso, de la letra definitiva del Nuevo Código Civil y Comercial surge el reenvío que el *cuero iuris* hace a las normas y principios de derecho administrativo, nacional o local según corresponda, respecto a la responsabilidad del Estado (art. 1764) y la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos (art. 1765), sumado a la prohibición de aplicación de las normas de fondo a la materia, tanto de manera directa como subsidiaria (art. 1766).

V.- La ley 26.944 de “Responsabilidad del Estado”

Finalmente el Congreso de la Nación Argentina dictó la ley 26.944 de “Responsabilidad del Estado”, la que entró en vigencia el día 17/08/2014³⁰. Sin perjuicio del análisis de su contenido que *supra* abordaremos, en forma liminar cabe considerar que esa norma presenta serios problemas de técnica legislativa, lo que hace suponer no solo la impericia del legislador, sino también de los órganos técnicos del Poder Ejecutivo quien fuera en definitiva el que la propusiera al Congreso.

Así las cosas y en este aspecto, de una rápida lectura de sus dispositivos se podrá advertir que: la ley omite agrupar cláusulas en función de su temática (vgr. ámbito de aplicación, principio general, modalidades de responsabilidad, presupuestos, eximentes, etc.)³¹; exime un orden inverso en sus dispositivos (vgr. primero eximentes y después los supuestos de procedencia); recepta pretensiones ilusorias e inviables como inaplicar el Código Civil y Comercial, tal como lo precisaremos más abajo.

Además, la ley omite considerar importantes supuestos de responsabilidad del Estado, por ejemplo, como dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa³², la responsabilidad por los daños en establecimientos educativos³³, la culpa concurrente, entre otros, razón por la cual necesariamente el operador jurídico deberá acudir a las previsiones del Código Civil y Comercial, aunque más no sea por analogía. Pero lo que es peor aún, con estas inconsistencias, la “acción preventiva” de daños (art. 1711 y ss.) –tan elogiada por la doctrina– aparentemente no estaría disponible para aquellos casos en donde los particulares quieran proteger derechos individuales o colectivos en contra del Estado.

²⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial Proyecto”, *La Ley*, 1/10/2012, pag. 3.

³⁰ Por lo que significa la ausencia de su ratificación política por parte del Poder Ejecutivo Nacional, sorpresivamente fue promulgada tácitamente el día 07/08/2014 y publicada en el Boletín Oficial un día después.

³¹ ROSATTI, Horacio (con la colaboración de Gisela Zingaretti), “Análisis exegético de la ley 26.944”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ob. cit., pag. 93.

³² ANDRADA, Alejandro D., “Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado”, *La Ley*, 24/08/2010, pag. 2. En los repertorios de jurisprudencia fácilmente se podrá encontrar condenas al Estado con motivo de perjuicios producidos a causa de mal estado de calles o veredas, o con motivos de objetos o cosas existentes en ellos. Ver además, la ampliación de fundamentos de Highton de Nolasco en el conocido caso “Mosca” (CSJN, 06/03/2007).

³³ MOIA, Luis Ángel, “Responsabilidad del Estado por los establecimientos educativos de gestión pública. Viejos y nuevos problemas de la prescripción liberatoria”, *La Ley*, 2/10/2014.

VI.- La ley: avances y retrocesos en la materia

En términos generales, debemos reconocer que el dictado de una ley sobre responsabilidad del Estado, y más aun cuando en nuestro sistema jurídico el desarrollo de la materia se dio pretorianamente, contribuye a “codificar” los aportes de la jurisprudencia (en mi opinión, parcialmente, pues se aparta en varios de sus pasajes), favoreciendo con ello la seguridad jurídica en un terreno muy relevante, pues influye sobre la credibilidad del sistema, la seguridad jurídica y la confianza en el Estado de Derecho³⁴.

Sin perjuicio de la conveniencia que significa para nuestro sistema jurídico el dictado de una ley sobre el tema, el problema lejos está de presentarse en relación a la sanción de la norma en sí misma o el reconocimiento local de la materia, sino que -por el contrario- ello se presenta en su contenido y regulación, porque en varios de sus apartados se escapa notoriamente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los reclamos que la doctrina mayoritaria venía haciendo, principalmente a la luz de los principios constitucionales y convencionales que se proyectan sobre la problemática.

Y en este sentido, sin ser motivo particular de análisis en esta colaboración, en el supuesto de responsabilidad del Estado por omisión, tenemos para nosotros que implica un evidente retroceso en la materia la exigencia de acreditar la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado (art. 3), cuando hubiera sido suficiente considerar un deber que podría ser implícito e inclusive provenir de los principios generales del derecho³⁵.

En materia de responsabilidad del estado por actividad legítima (art. 4), iguales críticas genera: la necesidad de demostrar la “lesión a un derecho adquirido”³⁶ cuando ya se había admitido también el resguardo de un interés jurídicamente protegido³⁷; su

³⁴ IVANEGA, Miriam M., y RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Acerca de la Ley de Responsabilidad Estatal”, en *La Ley*, 18/09/2014, pag. 3.

³⁵ ANDRADA, Alejandro D., “Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado”, *La Ley*, 24/08/2010, pag. 2. Por ejemplo, las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil reconocieron con amplitud que “la responsabilidad del Estado procede no solo cuando se infringe un mandato establecido en una norma especial, sino también cuando se transgreden los principios que informan el ordenamiento jurídico” (conclusión n° 7 de la Comisión n° 9 que analizó la temática de la Responsabilidad del Estado, Santa Fe, 1999). Además, tenemos para nosotros que la ley no exige que el deber normativo deba provenir de una ley en sentido formal, por lo que puede ser incluso de la propia Constitución Nacional (principio de no dañar), un reglamento, un acto, etc.

³⁶ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “El nuevo régimen de Responsabilidad Civil del Estado. Todo un tema en conflicto”, *La Ley*, 24/08/2014, pag. 3. Por lo que parecería que la ley excluye la posibilidad de indemnización frente a la violación al principio de confianza legítima y frustración a meras expectativas. Ampliar en CILURZO, María Rosa, “El sacrificio especial en la persona dañada y la afectación de un derecho adquirido como requisito para viabilizar la responsabilidad del Estado por actividad legítima”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, ob. cit., pag. 141 y ss.

³⁷ PARELLADA, Carlos A., “Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, ob. cit., pag. 39 y ss. (en part. pag. 43). En este punto, por ejemplo, el art. 1737 del Código Civil y Comercial ratifica la protección a derechos e “intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico”.

definición de “excepcional”³⁸ pues en realidad lo excepcional debe ser que las autoridades públicas dañen a las personas³⁹.

Mismos cuestionamientos caben a la improcedencia lisa y llana de la reparación del lucro cesante⁴⁰, cuando la Corte ya ha resuelto el tema a favor de la admisión de dicho concepto⁴¹, aunque sí ha sido reacia en liquidar dicho rubro sobre el cálculo meramente teórico de peritos intervinientes⁴²; y la supuesta improcedencia del daño moral⁴³ al momento que desde hace muchos años dicho rubro ha acogido tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación⁴⁴ como así también por la Corte Interamericana de Derecho Humanos⁴⁵.

³⁸ La Corte admitió tal excepcionalidad en “Malma Trading”, pero omitió hacerlo en “Laplacette”, “Carlos Reisz”, “Los Pinos”, “Motor Once”, “El Jacarandá”, “Zonas Francas”, entre otros. Por lo demás, y eso sí, el Máximo Tribunal ha dicho con claridad que los jueces deben actuar con prudencia cuando se trata de resarcir los daños ocasionados por la Administración Pública en cumplimiento de sus funciones, verificando si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman (*Fallos*: 317:1225, entre muchos otros).

³⁹ BIANCHI, Alberto, “La responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ob. cit., pag. 195 y ss. (en part. pag. 198). Para el autor citado, la ley “debió haber guardado silencio sobre este punto, sin establecer como principio el carácter excepcional de esta responsabilidad, pues ello contribuiría a despertar todas las antiguas teorías sobre irresponsabilidad estatal que ha costado décadas erradicar”.

⁴⁰ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley”, *La Ley*, 11/03/2014, pag. 3; ANDRADA, Alejandro D., “Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado”, *La Ley*, 24/08/2010, pag. 4. En el mismo sentido se ha manifestado la más moderna doctrina (BARRA, Rodolfo, “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”, *El Derecho*, 122-861; BIANCHI, Alberto, *La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Ábaco, Bs. As., 1999, pag. 151 y ss.; PERRINO, Pablo, “Responsabilidad del Estado por actividad estatal legítima. Proyecto de la ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, *La Ley*, 18/06/2014), aunque no concediendo con ello otros importantes autores (ej. MARIENHOFF, Miguel S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, *El Derecho*, 114-949; ESTRADA, Juan Ramón, “Responsabilidad del Estado por sus actos legislativos y discrecionales (Fundamento y límites de la actividad estatal conforme a derecho)”, *El Derecho*, 102-839; COMADIRA, Julio Rodolfo, “La improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Derecho Administrativo. Obra en homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, pag. 461 y ss).

⁴¹ En un número importante de asuntos, el Alto Tribunal dispuso la aplicación analógica de la ley de expropiaciones para determinar el resarcimiento sin el lucro cesante: “Laplacette” (26/02/1943): inundaciones en un campo causadas por obras realizadas por la Pcia. de Buenos Aires; “Corporación Inversora Los Pinos S.A.” (22/12/1975): revocación de un permiso de habitación de un inmueble para funcionar un hotel alojamiento; “Canton” (15/06/1979): prohibición de la importación de determinados productos afectando a un contrato de crédito documentado y pagado; “Motor Once” (02/05/1989): prohibición de expendio de combustibles en estaciones que inmuebles cuyos pisos superiores estén destinados a vivienda; “Petruccelli” (13/06/1989): expropiación desistida de un bien de la actora en la cual se había proyectado la construcción de un inmueble. En otros casos, en cambio, admitió el pago de lucro cesante: “Ingeniero Livio Dante Porta” (20/09/1973): indemnización por los daños causados a inmuebles por aguas ocupadas por obras públicas con el fin de controlar inundaciones; “Sánchez Granel” (20/09/1984): extinción unilateral de un contrato de obra pública. La Corte, en la actualidad y con su última integración, ya resolvió la cuestión inclinándose por esta última opción: en “El Jacarandá” (28/07/2005, *Fallos*: 328:2654), “Zonas Francas Santa Cruz” (9/06/2009, *Fallos*: 332:1367), “IMS A MICSA” (9/06/2009, *Fallos*: 332:2801), y más recientemente en “Malma Trading S.R.L.” (15/05/2014, *La Ley*, 2014-C-263), sumado a que ha declarado la inconstitucionalidad de normas que limitan indemnizaciones: riesgos laborales (“Aquino”) y responsabilidad del Estado (“Rodríguez Pereyra”). El art. 5 choca frontalmente en contra nuestro sistema constitucional y la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 21, inc. 2º que establece como principio que la indemnización debe ser justa y razonable y el art. 26 que recepta el principio de progresividad (ABERASTURY, Pedro, “Principios de la responsabilidad del Estado”, ob. cit., pag. 46; en igual sentido, CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio

De la misma manera, en cuanto a la responsabilidad por los perjuicios causados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos, si bien importante doctrina está de acuerdo en la eximición del Estado cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada⁴⁶, no parece lógico ni jurídicamente razonable a la luz de los principios constitucionales (art. 42 C.N.) y convencionales⁴⁷ que se lo exonere *a priori* y en forma general para todos los casos, frente a eventuales supuestos en donde el daño – por acción u omisión, por provenir del poder concedente o del ente regulador- pudiera ser consecuencia de la conducta estatal⁴⁸.

Que finalmente, y sin tener esta enumeración un carácter taxativo, también se muestra como una regresión en relación a la letra del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación el plazo de prescripción de tres años de las acciones de responsabilidad extracontractual contra el Estado previsto en el art. 7 de la norma comentada⁴⁹, toda vez

general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado ¿justicia conmutativa o distributiva?”, *La Ley*, 14/09/2015, pag. 2), habiendo receptado la Corte Interamericana el principio de la “*Restitutio in Integrum*” en el caso “Velazquez Rodríguez v. Honduras” del 21/07/1989, lo que no puede ser desconocido para nuestro sistema jurídico.

⁴² TAWIL, Guido S., “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita”, en AAVV, *Responsabilidad del Estado. Homenaje a la Dra. Reiriz*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pag. 241.

⁴³ Para alguna doctrina, la ley excluye el daño moral (PRAVATO, Luis Emilio, “La responsabilidad del Estado y el daño moral”, *La Ley*, 21/07/2015, pag. 5), para otra, todo lo contrario (PARELLADA, Carlos A., “Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, ob. cit., pag. 58; PERRINO, Pablo, “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la ley 26.944 de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, misma obra, pag. 271).

⁴⁴ CSJN, 29/09/1992, “Flores, Feliciano R. y otra c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 315:2157; también *Fallos*: 318:385; 324:1253.

⁴⁵ CorteIDH, “Rodríguez c/ Honduras”, 21/07/1989, apartado 27: “En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho Internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de equidad”.

⁴⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, 1º edición, Fundación de Derecho Administrativo, Cap. XX, pag. 14/16; MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III- B, pag. 585; ver al respecto la compilación doctrinaria tanto administrativa como civilista brindada en CORREA, José Luis, “La responsabilidad del concesionario vial. Exoneración de responsabilidad del Estado provincial”, *La Ley*, 19/07/2007.

⁴⁷ En efecto, ha afirmado la CorteIDH que “La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos... Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción...” (CorteIDH, 4/07/2006, “Caso Ximenes López vs. Brasil”).

⁴⁸ Para importante doctrina, tal veda se salva a través de una interpretación armónica e integradora con el art. 1º y 3º de la misma ley 26.944, siempre y cuando el daño provenga como consecuencia de una acción u omisión del concedente o regulador. Ver *in extenso*, GUSMAN, Alfredo Silverio, “Daños causados por los concesionarios ¿Puede el Estado eximirse de responsabilidad?”, *La Ley*, 9/02/2015, y MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del artículo 6º de la ley 26.944)”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, ob. cit., pag. 167 y ss. (en part. pag. 168 y 189).

⁴⁹ Este viraje hacia la legislación local, es reforzado inclusive por el mismo Código Civil en su art. 2532 y 2560, al reenviar a la legislación local la fijación de los plazos de prescripción en materia tributaria. Tanto la norma de fondo, como la ley 26.944, deja sin efecto la jurisprudencia de la Corte, que precisaba:

que si bien dicho plazo es superior al de dos años proyectado por el Poder Ejecutivo en su mensaje, sorpresivamente olvida incorporar la salvedad prevista en el art. 2561 de la norma de fondo que declara la imprescriptibilidad de las “acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad”⁵⁰.

Sería absurdo que una normativa provincial (local), incluyendo la ley 26.944, legisle criterios diversos a los fijados en la norma de Derecho común para todo el país desde que la incorporación de la mencionada imprescriptibilidad responde a una obligación estructurada sobre las reglas y doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este punto, con buen criterio se ha dicho que “cuando la obligación reparatoria del Estado tiene su fuente normativa en convenciones de jerarquía constitucional, o bien –como acontece con el art. 24, inciso 5º, de la Convención Internacional contra la Desaparición Forzada de Personas (ley 26.298)- tiene fuerza normativa suprallegal, no corresponde aceptar un criterio restringido respecto de los alcances del art. 2561, *in fine*, del Código Civil y Comercial”⁵¹.

VII.- Las cuestiones procesales

Si bien es cierto que las cuestiones procesales fueron de especial desarrollo con motivo del nuevo Código Civil y Comercial, naturalmente al quedar la responsabilidad del Estado y los funcionarios excluido de aquél, aquellas han tenido relativa importancia en la ley 26.944, salvo en aquellos casos en donde el legislador particularmente quiso adoptar una posición restrictiva que favorezca la tan cuestionada “indemnidad” estatal. Si elegimos los aspectos procesales más importantes que hacen a la responsabilidad del Estado -por cierto, ello siempre con alto grado de subjetividad- a saber: las medidas cautelares, la ejecución de sentencia, los requisitos de demandabilidad del Estado y las penas conminatorias compulsivas (que es especial motivo de análisis), podemos advertir que solo éstas últimas dos han sido de un modo u otro de particular preocupación por parte del legislador.

a) en materia de responsabilidad del Estado, se aplica en forma supletoria los plazos del Código Civil (“Laplacette”, 1943, “Cipollini”, 1978, “Hotelera Río de la Plata”, 1985, “Compañía Azucarera Concepción”, 1999); b) las provincias no pueden establecer plazos de prescripción (“Filcrosa”, 2003); c) ni la fijación del momento de inicio del mismo (“Fisco de la Pca. de Córdoba c/ Ullate”, 2011). No puede dejar de advertirse la paradoja que se produciría cuando las provincias, haciendo uso de sus facultades constitucionales y que la reciente legislación se encarga de ratificar a través de sendos reenvíos, “podrían establecer breves plazos de prescripción en relación con la responsabilidad del Estado y lo contrario para la prescripción de tributos, ocultando en el primer supuesto la finalidad de diluir de hecho su responsabilidad y, en el segundo, la ineficiencia de las administraciones tributarias en la persecución de sus créditos” (ÁBALOS, María Gabriela, “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, *La Ley*, 1/09/2015, pag. 4).

⁵⁰ Con dicho dispositivo, que por otro lado no estaba incluido ni el “anteproyecto” elaborado por la Comisión Redactora ni por la propuesta (“proyecto”) del Poder Ejecutivo, el legislador ha querido dejar atrás aquel criterio, avalado por la jurisprudencia, por el cual la imprescriptibilidad aludida solo se refería a las acciones penales y no al resarcimiento patrimonial que atañe a una materia disponible y renunciable para los afectados (CSJN, 30710/2007, “Larrabeiti Yañes, Anatole Alejandro c/ Estado Nacional s/ Proceso de conocimiento”, consid. 5; de igual manera, CNACAF, 10/03/2010, “Mosca Bustamante, Lidio Esteban c/EN.PEN”).

⁵¹ CARLIN, Miguel Augusto, “Imprescriptibilidad de las acciones civiles por “crímenes de lesa humanidad” en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Público*, 2015-1, *El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -I*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2015, pag. 77 y ss. (en part. pag. 110). Ver también, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, a la que nuestro país adhirió mediante ley 24.585 y a la que le confirió rango constitucional mediante ley 25.778.

En cuanto a lo primero, cobra importancia la ley 26.854 de “medidas cautelares contra el Estado”, cuyos contenidos son igualmente aplicables frente a un planteo ordinario de daños y perjuicios, o en su caso, en el marco de un proceso contencioso administrativo con una pretensión resarcitoria. De la misma manera, por su omisión, el intérprete deberá acudir a las normas que han limitado la ejecución de sentencias dictadas en contra del Estado (ley 3.952, 24.624, etc.), lo que de alguna manera ratifica el carácter local de la materia dado por el legislador.

En cambio, la ley sí se ocupó sobre la demandabilidad del Estado particularmente en el supuesto de pluralidad de pretensiones. Y en este punto, el art. 8° de la ley parece clarificar y disipar toda duda sobre la conjunción de diversas pretensiones (reparatorias y nulificadoras), receptando –ahora sí- la jurisprudencia del Máximo Tribunal Federal sobre la imposibilidad de la pretensión indemnizatoria en el caso de responsabilidad del estado por actividad ilícita, sin que antes se busque la invalidez del acto⁵²; lo que supone al mismo tiempo la ratificación de que en nuestro sistema jurídico el agotamiento de la vía administrativa constituye una prerrogativa estatal que integra el régimen exorbitante que caracteriza el derecho público⁵³, y la verificación de oficio sobre los requisitos de habilitación de instancia⁵⁴.

VIII.- La aplicación de penas conminatorias disuasivas

a) Sobre la impresión terminológica

Entrando definitivamente a la problemática que nos preocupa, esto es, la imposibilidad de la aplicación de astreintes en contra del Estado y de los funcionarios públicos, según la ley 26.944 de “Responsabilidad del Estado”, el tema se presenta arto dificultoso, no solo por la falta de consenso sobre la terminología utilizada por la ley, sino también sobre cual es el verdadero alcance que cuenta dicha norma en relación a otros regímenes jurídicos.

Porque cuando la normativa veda la posibilidad de procedencia de la “sanción pecuniaria disuasiva” contra el Estado, sus agentes y funcionarios, no está claro -por lo menos con la claridad que interprete pretende- a que institución procesal y/o sustancial se refiere: a los “daños punitivos” (multa civil), o, en su caso, a las sanciones conminatorias, sanciones pecuniarias conminatorias mas habitualmente conocidas como “astreintes”.

Los daños punitivos o multa civil, contemplada por el régimen de consumo en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240 (según reforma ley 26.361), constituye una función sancionatoria de la responsabilidad civil, que rige en los casos graves para castigar y disuadir al dañador. En cambio, los astreintes reprochan, en el marco de un proceso judicial, la reticencia incausada a cumplir sentencias judiciales conforme el otrora art. 666 bis del Código Civil velezano y las normas procesales vigentes.

En nada ayuda para dilucidar el tema, el reenvió que –como una constante en la materia- el art. 804 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación hace a la legislación local, habida cuenta que en lugar de tomar partida por una postura (la cuestión es de derecho de fondo, o es procesal), en realidad toma un tercer camino inclinándose por la naturaleza *iusadministrativa* de la cuestión⁵⁵.

⁵² CSJN, 24/09/2013, “Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos c. Estado Nacional- Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente s/ daños y perjuicios”; CSJN, 20/08/1996, “Alcantara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicio de conocimiento”, *Fallos*: 319:1476.

⁵³ “Serra”, *Fallos*: 316:2454.

⁵⁴ “Gorordo”, *Fallos*: 322:73.

⁵⁵ Artículo 804.- Sanciones conminatorias. Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos

b) Improcedencia de multas civiles o daños punitivos

Para algunos juristas de la talla de Enrique FALCÓN por ejemplo, concluyen que cuando el art. 1º de la ley 26.944 refiere a sanción pecuniaria disuasiva está haciendo alusión al daño punitivo, pero no a las astreintes, porque sin perjuicio de lo que se diga en la ley comentada o en el Código Civil y Comercial, el instituto permanece en los códigos procesales civiles y comerciales de la Nación⁵⁶ y de las provincias.

Esto es así, toda vez que la verdadera raíz de la institución debe buscarse en el derecho procesal, y no en el derecho de fondo, en tanto la sentencia que impone astreintes no es más que una forma de compulsión sobre los bienes del deudor⁵⁷.

Esta opinión se respalda en la circunstancia que el Anteproyecto (y el Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo) del Código Civil y Comercial había incluido dentro de su normativa (art. 1714 y 1715) una regla sobre daños punitivos que había merecido algunas críticas por parte de la doctrina, lo que finalmente originó que la Comisión Bicameral introdujera modificaciones que fueran finalmente sancionadas.

Según el Dictamen de dicha Comisión “se elimina el instituto de la sanción pecuniaria del Proyecto, con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones. Sin embargo se mantiene el artículo 1715 sobre punición excesiva, con su texto desdoblado, por entender que en su campo de aplicación quedan comprendidas otras sanciones civiles, como las conminatorias reguladas en el artículo 804 y la especial en materia de daño punitivo contemplada en el art. 52 bis de la Ley N° 24.240”.

Finamente refuerza esta tesitura –además- el Informe elevado por el Senado a propósito del proyecto de ley sobre responsabilidad del Estado, cuando se señala que “la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios. Eso viene a cristalizar un criterio en virtud del cual el Estado no es responsable contra ciertas multas disuasivas; y cuando acá, en la Comisión de Asuntos Constitucionales, se preguntó por el tema de las astreintes, lo que dijo el Asesor del Ministerio de Justicia es que, en realidad, había que dar, por ejemplo, la sanción pecuniaria disuasiva como multa civil que está en el artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor, 26-361, y lo que acá se está poniendo no determina que un juez pueda imponer un astreinte”.

Y mas adelante agrega que –refiriéndose a los astreintes- están previstos en el artículo 666 bis del Código Civil en su actual redacción, y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, a su vez, copian todos los códigos procesales, civiles y comerciales del país, y “en el caso que no esté más en el Código Civil, en caso de que se derogue el artículo 666 bis, va a permanecer en los códigos procesales civiles y comerciales de las provincias y de la Nación y esto es lógico porque las astreintes son

impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo.

⁵⁶ FALCÓN, Enrique M., “La responsabilidad del Estado y la cuestión procesal”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ob. cit., pag. 459 y ss. (en part. pag. 474).

⁵⁷ BREBIA, Roberto H, voz “Astreintes”, en *Enciclopedia Jurídica Omega*, Bibliografía Argentina, Bs. As, 1989, pag. 930. No obstante en nuestro país, la institución ha sido contemplada también en el Código Civil, duplicación legislativa que ha llevado a sostener que el derecho argentino ha superado, así, al derecho francés que contempla esta figura en el derecho de fondo, y al alemán, que solo la regula en la ley procesal (COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H., “Astreintes. Algunos aspectos en el derecho argentino y francés”, *La Ley*, 1992-D-570).

una atribución o una facultad del juez, no forman parte del derecho de fondo y no tienen por qué estar en una ley de fondo”⁵⁸.

En definitiva, para esta postura, al tener los astreintes naturaleza procesal y al estar vigentes en los códigos adjetivos, claro está que la prohibición del art. 1º se refiere a los daños punitivos o multas civiles.

c) La imposibilidad de aplicar astreintes contra el Estado

Otros, entre los que se encuentra Jorge GALDÓS, entienden que la ley alude inapropiadamente a la sanción pecuniaria disuasiva porque –en realidad- lo que se pretendió –según se desprende del debate legislativo- fue declarar la inaplicabilidad al Estado de las sanciones conminatorias (sanciones conminatorias pecuniarias o comúnmente llamadas astreintes)⁵⁹.

Aun cuando el autor citado no esté de acuerdo con la mencionada veda, por cuanto entiende que el impedimento es inconstitucional por resultar lesivo de los derechos de igualdad, de propiedad, de defensa en juicio y acceso a la jurisdicción (a lo que coincidimos como se verá *infra*), parece evidente que éste ha sido el camino que ha seguido el Estado en diversas normas.

En cuanto a la materia medidas cautelares, ha establecido la imposibilidad de aplicar sanciones pecuniarias conminatorias contra el Estado y los funcionarios en el art. 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (según ley 25.453) y más tarde en el art. 9 de la ley 26.854 en el campo de las medidas cautelares en las que el Estado sea parte⁶⁰.

Además, deberá agregarse que la sanción pecuniaria disuasiva no está incorporada como función propia de la responsabilidad (salvo el art. 52 de la ley 24.240), por lo que no puede presumirse la prohibición de algo que no existe como regla, circunstancia que fuera finalmente ratificada por la modificación de los arts. 1714 y 1715 antes aludido⁶¹.

Inclusive la más alta doctrina, tal el caso de HUTCHINSON, se ha manifestado en contra de la aplicación de astreintes en contra del Estado, aunque sí su conveniencia en contra de los funcionarios⁶², porque una sanción de esa naturaleza requeriría para su cumplimiento la utilización del patrimonio estatal⁶³ en forma de gasto innecesario,

⁵⁸ Informe sobre Responsabilidad del Estado, Orden del Día 214 de fecha 2/07/2014, Honorable Senado de la Nación.

⁵⁹ GALDÓS, Jorge M. (con la colaboración de Gustavo H. Blanco), “La sanción pecuniaria disuasiva en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ob. cit., pag. 323 y ss.

⁶⁰ Artículo 195 CPCCN: “...Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”. Ver también art. 37 CPCCN. Artículo 9, ley 26.854: “*Afectación de los recursos y bienes del Estado*. Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”.

⁶¹ Los casos estudiados no constituyen los primeros supuestos, por cuanto lo analizado también fue prohibido por el art. 62 de la ley 18.345 de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo, el art. 50 de la ley de Reforma del Estado 23.969, y más tarde por el art. 23 de la ley de Solidaridad Previsional 24.463 (el que luego fue derogado por la ley 26.153).

⁶² Para el autor, es indudable que en determinadas situaciones exigen del ordenamiento jurídico respuesta enérgica frente al incumplimiento del funcionario.

⁶³ KEMELMAJER DE CARLUCCI señala que uno de los límites para imponer sanciones conminatorias contra el Estado radica en que el juez no se convierta en administrador, aunque reconoce a renglón seguido que esto, en realidad, surgiría del contenido de la sentencia incumplida, que genera la imposición de astreintes (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Comentario al art. 666 bis, en BUERES, Alberto J. (director) y HIGHTON, Elena I. (coordinadora), *Código Civil*, Tomo 2 A, Hammurabi, 1998, pag. 578 y ss).

indeterminado para cumplirlo por su carácter diario y progresivo. Esta particular situación -para dicho autor- violaría la disposición constitucional que atribuye al legislativo la facultad exclusiva de crear recursos, arreglar el pago de las deudas del Estado y determinar el destino de las rentas públicas (art. 75 inc. 7 y 8 C.N.)⁶⁴.

En suma, aunque no estemos de acuerdo, parece claro que la ley –siguiendo varios antecedentes en la materia- tuvo la intención de prohibir a los jueces la aplicación de sanciones conminatorias pecuniarias frente al incumplimiento de una resolución judicial por parte del Estado.

d) Nuestra postura. Análisis constitucional y convencional

1.- Aspectos generales.

Las modificaciones introducidas en el proyecto, lo que a la postre se vio reflejado en la ley 26.944, han suscitado duras críticas consistentes, fundamentalmente, en que el texto contribuiría a la posible impunidad del Estado y de los funcionarios públicos dejando desprotegidos a los ciudadanos frente a los daños que su accionar pudiera causarles⁶⁵, incluso por la doctrina *iusprivatista* que no solo ha cuestionado la exclusión de la materia del código de fondo⁶⁶ sino también por los contenidos de la nueva ley que implica un evidente retroceso al sacarle la vista a la víctima⁶⁷.

En este contexto, entonces, la solución contraria a aplicar astreintes contra el Estado es disvaliosa, y esto es así, porque las prerrogativas del Estado no deben significar un obstáculo para el cumplimiento de los mandatos judiciales, y las sanciones conminatorias constituyen un mecanismo idóneo especialmente cuando se trata del cumplimiento de una obligación de hacer⁶⁸.

Como tan acertadamente se ha dicho: “No es posible ponderar que prevalezca el interés de dar tranquilidad a los funcionarios por sobre su actuación con menosprecio de los derechos de incidencia colectiva o la desobediencia a los mandatos judiciales”⁶⁹.

2.- Las potestades jurisdiccionales

⁶⁴ HUCHINSON, Tomás, “La morosidad administrativa y la solución legal del amparo por mora”, en *Revista del Régimen de la Administración Pública*, N° 21, pag. 15 y ss.; del mismo autor, “La responsabilidad de los funcionarios públicos”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ob. cit., pag. 277 y ss. (en part. pag. 321).

⁶⁵ GENTILE, Jorge H., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, en *El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional*, 17/06/2015.

⁶⁶ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. V, La Ley, Bs. As., 2014, pag. 10.

⁶⁷ CASAS, Juan, en BUERES, Alberto J. (director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, T. II, Hammurabi, Bs. As., 2015, pag. 192.

⁶⁸ MOISSET DE ESPANÉS, Luis y TINTI, Guillermo, “Astreintes: una revisión de los elementos salientes en las sanciones conminatorias”, www.acader.com.ar; GORDILLO, Agustín, “Hay jueces en la Argentina. La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer astreintes a funcionarios públicos”, *La Ley*, 2004-C-151; LOPEZ MESA, “La ejecución de sentencias contra el Estado y las astreintes (¿Son realmente efectivas las astreintes para compeler al Estado a cumplir las sentencias dictadas en su contra?), *Jurisprudencia Argentina*, 1992-III-1112).

⁶⁹ PARELLADA, Carlos A., “Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ob. cit., pag. 56. La protección de los derechos colectivos fue también un objeto de resguardo y presupuesto de aplicación de la sanción disuasiva en el art. 1714 del Anteproyecto, que finalmente no se incluyó en el Proyecto y la posterior sanción del Código. La norma proyectada originariamente rezaba: “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”.

En primer lugar cabe tener presente que, aunque no esté previsto en una norma legal, o inclusive se incluya su prohibición, la potestad que tienen los magistrados de hacer cumplir sus resoluciones restableciendo en el caso concreto los derechos violados y haciendo efectiva sus resoluciones, importa una herramienta implícita inserta dentro del poder de jurisdiccional que el Estado de Derecho concede a los jueces, de origen exclusivamente constitucional, y por tanto, no se encuentra sujeta a ningún condicionamiento legal o normativo de ningún tipo.

De tal manera que, la “coertio”⁷⁰ y la “executio”⁷¹ implican manifestaciones de lo que se conoce como “imperium” de la jurisdicción, que constituye un factor de independencia judicial, que hace a la esencia de la función y cuya violación vulnera además el sistema constitucional vigente, razón por la cual puede pensarse entonces junto a SARMIENTO GARCIA que “la prohibición de imponer sanciones pecuniarias al Estado y sus agentes, quebranta una de las atribuciones propias del juez para hacer cumplir sus decisiones, siendo por ende inconstitucional”⁷².

Existen pronunciamientos judiciales que han declarado la inconstitucionalidad de normas limitativas de la aplicación de astreintes. Precisamente, en uno de los casos, el fundamento para adoptar tal decisión fue que tal disposición vulnera la división de poderes, pues excede los límites de las atribuciones del Poder Legislativo, en tanto se traduce en una reglamentación de la Constitución que debilita el derecho de defensa y, además, protege al funcionario irrespetuoso y desidioso, que no solo incumplió la orden que se le ha dado sino que, a su vez, no ha explicado las razones de su comportamiento omisivo⁷³.

En definitiva, entendemos “que toda disposición legal e infraconstitucional que intente limitar, contener o impedir el uso de ese mecanismo procesal estará impregnada de una seria sospecha de inconstitucional, toda vez que sin razón o causa alguna que pueda fundamentarlo se estaría privando a los jueces de la Nación de utilizar una herramienta propia e inherente de su poder de *imperium* que supone necesariamente la facultad –y el deber jurídico y moral- de hacer cumplir lo decidido”⁷⁴.

3.- El derecho a la tutela judicial efectiva

El tan evidente –pero muchas veces no tan practicado- sometimiento de la Administración Pública al régimen jurídico en un Estado de Derecho, el deber moral que pesa sobre el Estado y sus funcionarios de dar pleno e incondicionado cumplimiento a los mandamientos judiciales que le son impuestos, y el derecho

⁷⁰ Es decir, el poder de coerción que tiene el juez para compeler a los intervinientes procesales a cumplir con determinados deberes.

⁷¹ Consiste en la posibilidad que tiene el juez de ejecutar sus decisiones, es decir, de hacer realidad el derecho.

⁷² SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley”, *La Ley*, 11/03/2014, pag. 3; en igual sentido, GORDILLO, Agustín, “Hay jueces en la Argentina: la inconstitucionalidad de la prohibición de imponer astreintes”, *La Ley*, 2004-C-153. Tiene dicho la Corte que suprimir los efectos de la aplicación de astreintes “importa privar a los jueces de unos de los instrumentos legalmente conferidos para ejercer su *imperium*” (CSJN, 27/02/1997, “Iturriaga, Ernesto Alfredo c. Banco Central de la República Argentina”, *Fallos*: 320:186).

⁷³ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, N° 25-4-2003, “D’Ormea, Mario c/ Poder Ejecutivo Nacional”, *La Ley*, 2004-C-153. Ver también, NIELSEN, Federico, “La responsabilidad de los funcionarios públicos derivada de la aplicación de astreintes”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Ediciones RAP, Bs. As., 2008, pag. 295 y ss. (en part. pag. 302).

⁷⁴ GONZALEZ BARLATAY, Felipe Miguel, “El derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso administrativo. Análisis de las problemáticas que plantea la aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios públicos en la etapa de ejecución de sentencias”, *El Derecho Administrativo*, 28/11/2014, pag. 10.

fundamental a la tutela judicial efectiva en lo que respecta principalmente al derecho de obtener una resolución fundada y que sea útil, se constituyen como las principales motivaciones por las cuales se construyó cada vez más la posibilidad -pese la recaída aquí comentada- de la aplicación de astreintes en el ámbito del Derecho Público.

En la última parte del siglo XX, aproximadamente desde hace treinta años atrás, “la tutela judicial efectiva” ha cobrado gran relevancia en el plano jurídico, quizás por su recepción en la Constitución Española⁷⁵ y su proyección en Hispanoamérica (particularmente en la Argentina)⁷⁶, pero fundamentalmente por la incorporación en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional de dispositivos que aseguren los derechos de las personas en juicio, particularmente lo estipulado en el art. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 2° inc. 3° aps. a y b, y 14 inc.1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En todos ellos, se estructuran referencias a las denominadas “garantías judiciales”, y que implican –entre otros- el respecto al juez natural, a la implementación de acciones expeditivas, al cumplimiento de las etapas del procedimiento asegurando la posibilidad del justiciable de ser oído y a ofrecer y producir prueba, a una decisión fundada, al plazo razonable para el juzgamiento, a la ejecución del decisorio en contra del Estado⁷⁷, solo para nombrar algunas.

Como acertadamente se ha dicho: “la manera real de llenar de contenido este derecho fundamental esta dada en las facultades que se dan al juez para imponer a la Administración –y a sus funcionarios públicos- una actuación positiva en cumplimiento de la sentencia y en la voluntad real de los tribunales de hacer uso de sus facultades,

⁷⁵ Según el art. 24.1 de la Constitución de España “*todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

⁷⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, “La tutela judicial efectiva”, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, La Ley, Bs. As., 2007, pag. 93 y ss., en part. pag. 93. Con respecto a la tutela judicial efectiva pueden verse los profundos aportes de AGUILAR VALDEZ, Oscar, “El agotamiento de la vía administrativa y la tutela judicial efectiva: una evaluación general del sistema de la ley 19549 a treinta años de su vigencia”, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Procedimiento y proceso administrativo*, Lexis- Nexis, Bs. As., 2005, pag. 351 y ss.; BOTASSI, Carlos, “Habilitación de Instancia y derecho humanos”, *La Ley* 2000-F-594; CANOSA, Armando N., “Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa”, *El Derecho*, 166-988; GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Tutela judicial efectiva y agotamiento de la vía administrativa*, Ad-Hoc, Bs. As., 2007; GARCIA PULLES, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. I, Hammurabi, Bs. As., 2004, pag. 100 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 9° edición, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2009, Cap. XIII; SESIN, Domingo, “El derecho a la tutela judicial efectiva. Alcance e intensidad en el proceso administrativo actual”, en *Actualidad en el Derecho Público*, N° 18/20, Ad-Hoc, Bs. As., 2004, pag. 167 y ss.; TOLLER, Fernando, “El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales a la protección de los derechos materiales”, en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2003, pag. 543 y ss.; GONZALEZ MORAS, Juan M., “El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 336, pag. 115 y ss.; SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, “Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso”, en *Revista de la Administración Pública*, N° 100-102, Madrid, 1983, pag. 1609 y ss.; entre muchos otros.

⁷⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, “De nuevo sobre los principios generales del Derecho Administrativo”, en AAVV, *El Derecho Administrativo argentino*, hoy, Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996, pag. 29.

asumiendo que la tutela judicial no alcanza su plenitud en el momento de dictar sentencia, ya que en ese momento se hace jurisprudencia, pero no justicia”⁷⁸.

La protección del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva no admite que se impongan trabas a los jueces para lograr dentro del marco de la juridicidad el completo y definitivo cumplimiento de sus decisiones, y esto es así, porque en un Estado de Derecho, ni el propio Estado ni sus entes públicos pueden considerarse inmunes a las órdenes que la justicia les imparta, por lo que resulta más que lógico que deba afrontar las sanciones que su incumplimiento permita imponerles⁷⁹.

Finalmente cabe considerar en este punto que la sujeción del proceso de ejecución de sentencias, con restricciones que se presentan a todas luces inconstitucionales, afecta en definitiva la garantía del derecho de propiedad, que protege el derecho derivado de una sentencia judicial firme, habida cuenta que –como se sabe– la cosa juzgada constituye un derecho adquirido del beneficiario de una sentencia ejecutoriada y representa para su titular una propiedad *latu sensu*⁸⁰.

4.- El incumplimiento de obligaciones internacionales

En tercer orden, la imposibilidad de aplicar astreintes contra el Estado denota una regresión notoria en el Derecho Público Argentino, no solo por la utilidad que tales medidas tienen para hacer cumplir las resoluciones judiciales, sino también porque la veda implica por sí misma una evidente violación a las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado, en particular en materia de Derechos Humanos.

El art. 1° del Código Civil y Comercial se apoya como fuente fundamental en los “tratados de derechos humanos” –lo que por otro lado deberá interpretarse como todas las fuentes del Derecho Internacional Público⁸¹–, y de allí sus proyecciones en todas las temáticas vinculadas a la materia.

Para la Corte Interamericana de Derechos humanos el Estado no puede eximirse de responsabilidad alegando que sus normas de Derecho Interno no prevén reparaciones

⁷⁸ GONZALEZ BARLATAY, Felipe Miguel, “El derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso administrativo. Análisis de las problemáticas que plantea la aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios públicos en la etapa de ejecución de sentencias”, *El Derecho Administrativo*, 28/11/2014, pag. 10. ABRAMOVICH y COURTIS explican que uno de los obstáculos para la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales está dado por la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para su tutela los que han sido pensados para la protección de derechos civiles clásicos, entre los que se encuentra la ausencia de resguardos procesales para la ejecución de sentencias contra el Estado (ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en GARGARELLA, Roberto (coordinador), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, T. II, Abeledo- Perrot, Bs. As., 2008 pag. 973 y ss. (en part. pag. 993).

⁷⁹ LOPEZ MESA, Marcelo J., *Código Civil anotado con jurisprudencia y legislación complementaria*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2007, T. I, pag. 821.

⁸⁰ MONTI, Laura, “La Ejecución de sentencias condenatorias contra el Estado”, en CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Hammurabi, Bs. As., 2004, t. II, pág. y ss., (en part. pag. 1718).

⁸¹ PUCCINELLI, Oscar R., “Apuntes sobre un Título Preliminar del Código Civil y Comercial argentino que deja más dudas que certezas”, en *Revista de Derecho Público, 2015-1, el Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2015, pag. 29 y ss. (en part. pag. 41); NÓVILE, Susana A., “El art. 1° del Código Civil y Comercial y las fuentes del derecho internacional público”, *La Ley*, 11/07/2015, pag. 4. Para la autora: en razón de que como el art. 1° del Código Civil y Comercial solo cita como fuente a la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos pero en el resto de los artículos se hace referencia o se receptan tratados internacionales relativos a diversas cuestiones (art. 235, 2642, entre otros), “ha de entenderse que ha sido la voluntad del Legislador incluir todas las fuentes derivadas del Derecho Internacional Público a las que la Constitución Nacional hace referencia y, por ende jerarquiza, puesto que no cabe presumir incongruencia o falta de previsión, sino dar prioridad en la interpretación a lo que dispone la Norma Fundamental”.

por la violación de los derechos humanos, ya que los Estados que conforman el sistema interamericano han asumido el compromiso de adoptar las medidas legislativas necesarias para que los derechos humanos sean efectivos⁸².

La restricción con la que se ha legislado la responsabilidad del Estado, puede conducir a su inconventionalidad, habida cuenta que los obstáculos colocados por la norma y sus silencios puede dar lugar a que no resulte eficaz la garantía de los derechos humanos reconocidos por el Estado argentino en los pactos internacionales incorporados en la Constitución Nacional⁸³.

Así por ejemplo, tenemos que por aplicación del principio *pro homine*, según el cual frente a una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica el interprete debe elegir aquella norma que brinde una protección más favorable para la persona humana, en el sentido de darle la mayor extensión posible a las que consagran derechos y al menor alcance posible a las que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones⁸⁴, frente a aquella divergencia por la cual la norma procesal admite la aplicación de atreintes en contra del Estado pero la normativa sustancial local lo impide, justamente por aquel principio debe estarse por la primera alternativa.

O de la misma manera, por el “principio de progresividad y prohibición de regresividad”, por los cuales el Estado en forma gradual esta obligado a mejorar condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, con la consiguiente imposibilidad de adoptar medidas que empeoren la efectivización de los mismos⁸⁵, una vez que el Estado admite un mecanismo que permita la viabilización del resarcimiento frente a la violación a derechos fundamentales (astreintes) después aquel no podrá retroceder negando dicho mecanismo.

5.- La temática desde la óptica de la “víctima”

Como se ha visto, la nueva legislación sobre la materia comentada constituye un “microsistema” que procura acotar y restringir la responsabilidad del Estado y de sus agentes disminuyendo al máximo el elenco de daños resarcibles, bajo la excusa (no justificable en mi opinión) de que la ley 26.944 constituye un régimen especial el que deberá ser juzgado “por reglas y estándares normativos propios del derecho público”, teniendo en cuenta el interés de la víctima pero en armonía con los intereses públicos y en base a “la relación equilibrada de la persona en su relación con la comunidad”⁸⁶.

⁸² “Cinco Pensionistas c/ Perú”, año 2003.

⁸³ PARELLADA, Carlos A., “La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos”, *La Ley*, 2013-E-840.

⁸⁴ SALVIOLI, Fabián, “Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en AAVV, *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Ediar, 2003, pag. 148 y ss.

⁸⁵ Para la doctrina, “La prohibición de regresividad significa, entonces, una garantía de estabilidad de al menos los derechos sociales ya conquistados, y la presunción de ilicitud de toda medida que debilite estos derechos” (ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *El umbral de la ciudadanía...*, ob. cit., pag. 74). Frente a ello, se ha hablado también del principio de irreversibilidad “lo cual significa que, una vez que un derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada” (FAPPIANNO, Oscar L., *El derecho de los derechos humanos*, Edit. Abaco, Bs. As., 1997, pag. 44). Ver también, BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Atrea, Bs. As., 2014, pag. 18 y ss.; CROXATTO, Guido Leonardo, “Operatividad y reconocimiento. El problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derecho Público*, Año III Número 7, Infojus, Bs. As., 2014, en pag. 117 y ss.; TRAVIESO, Juan Antonio, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de 1994 y en el derecho internacional”, *La Ley*, 1996-C-1085.

⁸⁶ Mensaje N° 1780 del Poder Ejecutivo de elevación al Congreso de la Nación del Proyecto de ley.

La elaboración doctrinaria y jurisprudencial de nuestro sistema jurídico en materia “de daños” tiene como tendencia la protección de la víctima de los perjuicios injustamente sufridos, mientras que la ley analizada protege al Estado exigiendo condiciones puntuales para el resarcimiento de daños⁸⁷, sacando “a la persona de su ámbito natural y constitucional, de sus jueces naturales, para crear un fuero especial en contra de lo prescripto en el art. 16 de la Carta Magna”⁸⁸.

Sin perjuicio de que, como acertadamente se ha dicho, para el Estado la responsabilidad es una consecuencia del deber de asegurar el equilibrio entre los derechos de las personas, la imposición de las cargas sociales y las obligaciones en orden a promover el bienestar general⁸⁹, no es posible a esta altura de la evolución de nuestro Derecho Público olvidar considerar a dignidad humana como eje del sistema jurídico, y en particular, a la víctima como vector principal de toda obligación de resarcimiento frente a la violación de derechos esenciales.

Y en este punto, la unidad del Derecho de Daños⁹⁰ y el derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido⁹¹, pone a la persona humana como núcleo del análisis bajo aquel principio fundamental por el cual “la interpretación sistemática del ordenamiento no debe llevar a distinguir según cual haya sido el sujeto dañador”, lo que es inaceptable e irrazonable en nuestro Estado Constitucional y Convencional de Derecho⁹².

⁸⁷ Sostiene PIZARRO que “a partir de la conceptualización del derecho a la reparación como derecho constitucional, no solo es posible, sino más aún necesario e imperativo, generar un esquema de resarcitorio del daño injustamente sufrido que ponga epicentro en la víctima, antes que en el dañador, y que no difiera, en lo sustancial, según que este último sea el Estado o un particular. No hay principio de derecho público sustentable que puede ser esgrimido para degradar cualitativamente en su esencia aquel derecho constitucional. Como tampoco puede justificar semejante proceder la distendida invocación de una muy discutible y laxa idea de justicia distributiva...” (PIZARRO, Ramón D., “El derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional”, en HERNANDEZ, Antonio María (director), *Derecho Constitucional*, T. II, La Ley, Bs. As., 2012, en 857 y ss. (en part. pag. 898).

⁸⁸ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ. Graciela N., “El nuevo régimen de Responsabilidad Civil del Estado. Todo un tema en conflicto”, *La Ley*, 24/08/2014, pag. 4. En fin, continua la autora citada, “esta ley, que llamo de “irresponsabilidad del Estado” tendiente a fortalecer su impunidad, pone el acento en la protección del dañador, del autor del daño, contra la corriente nacional y de derecho comparado que tiene como metas o conquistas del moderno Derecho de Daños la protección de la persona, la prevención y evitación de daños, la mayor certeza a la hora de percibir la indemnización, la sociabilización de los daños a través del seguro, la unificación de los sistemas de responsabilidad civil, y crearía un nuevo estatuto de Protección del Estado, en mi criterio, inconstitucional y arbitrario”.

⁸⁹ GELLI, María Angélica, “Lectura Constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, en *La Ley Suplemento de Derecho Constitucional*, 2014, N° 5

⁹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Visión jusprivatista de la responsabilidad del Estado”, en STIGLITZ, Gabriel (director), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2003, pag. 17; IBARLUCÍA, Emilio, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o ley provincial”, *La Ley*, 7/07/2014, pag. 3. La mas calificada doctrina, como lo es la opinión de la Dra. KEMELMAJER, ha afirmado estar convencida de “que existe un Derecho de Daños, presidido por principios comunes al Derecho Público y Privado”, lo que “no implica negar que la responsabilidad del Estado reconoce algunas reglas específicas” (su voto en Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 04/04/1989, “Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza”, *La Ley*, 1989-C-514; “Díaz de Ghiotti, Ana c/ Municipalidad de la Capital”, *La Ley*, 1997-A-347).

⁹¹ LORENZETTI, Ricardo, “Fundamento constitucional de la reparación de daños”, *La Ley*, 2003-C-1184; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases jusfilosóficas para la comprensión del daño y la reparación”, *La Ley*, 1992-D-1060; PIZARRO, Ramón D., “La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)”, *La Ley*, 2004-F-90.

⁹² No se nos escapa que para la doctrina *iuspublicista* la aludida unidad del Derecho de Daños se presenta inviable frente a las diferencias que presenta el Derecho Privado con respecto al Público y los principios de cada una de ellos, y constituye una pretensión basada en un pragmatismo que choca abiertamente con el sistema federal y las consecuencias autonómicas provinciales que perfilan el carácter local del derecho

6.- La desigualdad normativa

En quinto lugar, cabe traer a consideración del intérprete que la prohibición legal de aplicar astreintes en contra del Estado, aunque sí permitiéndolos en contra de cualquier particular, implica por sí misma una diferenciación normativa imposible de justificar desde la óptica de los derechos humanos, en particular el principio de la dignidad humana, y el escrutinio estricto jurisprudencial que a las conductas discriminatorias respecta. Veamos.

Como se sabe, los valores y principios que guían la estructura de nuestro Código unificado se centra principalmente en los objetivos –que obviamente condicionan al operador jurídico- de constitucionalización del Derecho Privado, la transversalidad del principio de igualdad y la edificación de la normativa sobre el paradigma de la no discriminación.

Estos principios, que responden a una ideología neoconstitucionalista y al proceso de fusión entre la Constitución, los tratados de derechos humanos y la normativa privada, se reflejan en la Constitución Nacional en los art. 16 que recepta el derecho de igualdad (formal), el art. 43 que condena toda forma de discriminación, pero principalmente el art. 75 inc. 23 que protege con acciones positivas a grupos vulnerables o desaventajados.

Un grupo es vulnerable o desaventajado, cuando encuentra especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, en razón de nacionalidad, edad, género, estado físico, mental, circunstancias étnicas, culturales pero también sociales y económicas⁹³, lo que particularmente nos interesa en el tema abordado. El origen social y la posición económica, como calificaciones prohibidas, se relacionan directamente por el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales y la reparación estatal frente a su violación.

De allí entonces, como conclusión, podemos afirmar que el tratamiento desigual denunciado, sobre todo por perjudicar al ciudadano vulnerable frente al poderío estatal, se enmarca en una “categoría sospechosa”, y por el escrutinio estricto según la jurisprudencia de la Corte⁹⁴, se revierte el principio de presunción de legitimidad los actos estatales, debiendo ser en todo caso el Estado quien demuestre en el caso concreto la legalidad de su acto: permitir la aplicación de astreintes a particulares pero vedarlo en contra del Estado⁹⁵.

IX.- Las proyecciones en el Derecho Público Provincial

administrativo (CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado (Balance y perspectivas)”, *La Ley*, 18/11/2009).

⁹³ TRACY, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad” en *Lecciones y Ensayos*, N° 89, Bs. As., 2011, pag. 89. En este sentido, los autores empiezan a considerar la pobreza como categoría sospechosa (MAURINO, Gustavo, “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coordinadores), *El Derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2007, pag. 313).

⁹⁴ Así podemos señalar los precedentes “Repetto” (*Fallos*: 311:2272), “Calvo y Pesini” (*Fallos*: 321:194), “Hooft” (*Fallos*: 327:5118), “Gouttchau” (*Fallos*: 329:2986), “Reyes Aguilera” (*Fallos*: 330: 3853), “Mantecón Valdez” (*Fallos*: 331:1715).

⁹⁵ En el control de convencionalidad se invierte la carga de la prueba por lo que, al decir de Pedro ABERASTURY, “ante una reglamentación que restrinja la responsabilidad estatal, en relación a los principios que rigen nuestro derecho general, la administración estará sujeta a la carga de acreditar con una cuidadosa prueba sobre los fines que ha intentado resguardar y sobre los medios que ha utilizado al efecto” (del autor, “Principios de la responsabilidad del Estado”, en ABERASTURY, Pedro (director), *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, pag. 3 y ss. (en part. pag. 19).

La consecuencia ineludible de admitir el carácter local de la responsabilidad del Estado y su inserción definitiva en el Derecho Administrativo, se traduce en el resurgimiento del Derecho Público Provincial, por cuanto aquellas olvidadas dispositivos de las constituciones provinciales sobre la materia volverán a cobrar importancia con la evidente necesidad que toda ley local sobre la temática deba adecuarse a aquellas.

Cabe preguntarse si es posible trasladar aquel límite señalado por la clásica doctrina administrativista por la cual las provincias pueden reglar la responsabilidad del Estado pero sin alterar el derecho común⁹⁶, a uno nuevo por el cual no pueden los estados provinciales legislar más restrictivamente como lo ha hecho el orden federal, constituyendo esta normativa un “*minimun*” indisponible e inquebrantable. Es decir, admitir la imposibilidad de las provincias para “imponer en la jurisdicción local pautas o estándares más gravosos para la satisfacción de los derechos de los particulares”⁹⁷.

De una forma u otra, se presenta como inconstitucional toda norma del derecho público provincial sobre la materia cuando consagre pautas de protección inferiores a las que surgen de los principios generales del derecho, la Constitución Nacional⁹⁸ y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Coincidimos con Horacio ROSATTI en que la ley de Responsabilidad del Estado vale más por lo que posibilita –alejarse del Derecho Común, habilitando el cauce del Derecho Público Provincial- que por lo que propone –un sistema nacional unificado que ofrece varios puntos de resistencia-, razón por la cual es muy probable que las jurisdicciones locales utilicen el camino de la adhesión parcial y construyan un sistema de responsabilidad estatal propio⁹⁹.

No se nos escapa que el reenvío que la norma de fondo hace a la legislación local, que ni siquiera existe pues la mayoría de los distritos carecen de normas que regulen la responsabilidad del Estado, sumado a la prohibición de aplicación supletoria del Código Civil y Comercial, derivará necesariamente en un supuesto de vacío legal.

El reconocimiento de la materia local, trajo como consecuencia la imposibilidad futura que los tribunales ordinarios –cuando juzguen los actos de los estados locales- sigan aplicando la legislación civil, por lo que –al decir de Gabriela SEIJAS- “se ha dado el extraño supuesto en que una decisión del legislador nacional impuso un vacío normativo a nivel local, sin considerar que no puede renunciarse impunemente a la previsibilidad y a la seguridad jurídica”¹⁰⁰.

Y en este sentido, el mayor interrogante se presenta cuando nos preguntemos que harán los tribunales locales mientras la provincia respectiva no adhiera ni dicte su propia ley de responsabilidad estatal. Si el dilema se presenta como: la aplicación en los ámbitos locales de las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales desarrolladas en torno al Código Civil velezano versus la utilización de las categorías restrictivas del nuevo marco nacional, claramente nos enrollamos nosotros por la primera posibilidad.

Pero más aún, el problema no es meramente el vacío legal que de una forma u otra puede ser resuelto, sino es más grave todavía cuando del estudio del Derecho Público

⁹⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T.V, La Ley, Bs. As., 1967, pag. 98; LINARES, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, Astrea, Bs. As., 1976, pag. 113.

⁹⁷ TONELLI, Pablo G. y OYHANARTE (h), Martín, “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto del Código”, *La Ley*, 15/03/2015, pag. 2.

⁹⁸ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley”, *La Ley*, 11/03/2014, pag. 2.

⁹⁹ ROSATTI, Horacio, “Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina”, en ROSATTI, Horacio (director), *La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ob. cit., pag. 13 y ss. (en part. pag. 36).

¹⁰⁰ SEIJAS, Gabriela, “El nuevo Código y la responsabilidad de los Estados locales”, *La Ley*, 27/08/2015, pag. 3.

local y las constituciones provinciales, se puede llegar a un penoso doble reenvío normativo de muy difícil solución y que llevaría al intérprete a “girar en círculos” sin encontrar la salida¹⁰¹.

X.- Colofón

Estas reflexiones no intentan hacer otra cosa distinta a lo que el mismo legislador –y todo el poder político- ha dispuesto en la reciente unificación de la normativa civil y comercial, mediante la cual el intérprete y el operador jurídico debe posicionarse ante un sistema jurídico complejo que muestra una relación ineludible de la norma “con la constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un dialogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado”.

La prohibición de aplicación de astreintes en contra del Estado y de los funcionarios públicos importa una penosa e injustificable postergación de los principios constitucionales y convencionales vigentes en nuestro Estado de Derecho.

¹⁰¹ Así, por ejemplo, mientras la norma de fondo se remite al derecho local administrativo, la Constitución de la Provincia de Santa Fe reenvía al derecho común, al señalar en su art. 18 que la responsabilidad estatal “se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables”.