

# MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Maestrando: Gabriela Mercedes Lema.

Director de tesis: Luciano Carlos Rezzoagli.

Título: “Responsabilidad del Estado-Juez”

+

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-JUEZ

---

## INDICE

INTRODUCCIÓN	3
--------------	---

### CAPÍTULO I

#### LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. Responsabilidad estatal	8
2. Fundamentos	9
3. Evolución doctrinaria	14
4. Antecedentes jurisprudenciales	15
5. Clases de Responsabilidad	21
6. Requisitos	27
7. Indemnización integral o limitada	33
8. Distinción con la responsabilidad de los funcionarios públicos	34
9. Causales de eximición	39
10. Modificación legislativa 2014	40
11. Artículo 18 de la Constitución Provincial	55

### CAPÍTULO II

#### RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-JUEZ

1. La Justicia	59
2. El Juez	61
3. Irresponsabilidad o Responsabilidad del ESTADO-JUEZ	62
4. Características de la responsabilidad estatal por el obrar judicial	66
5. Ámbito de aplicación	69
6. Requisitos	71
7. Factores de Atribución	72
8. El Error Judicial	73
9. El anormal funcionamiento de la justicia	75
10. La Demora	76

11. La Omisión	85
12. La responsabilidad de los Jueces por su hecho propio	87

### CAPÍTULO III

#### RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-JUEZ. MARCO LEGAL

1. Recepción legislativa	91
2. Tratados Internacionales de Jerarquía Constitucional	93
3 .Convencionalismo	97
4. Su tratamiento en la Provincia de Santa Fe	98
5. Breve reseña del Derecho Comparado	111

CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	125
BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL	126

## Introducción:

El Estado constitucional social de derecho se funda en valores y principios que se ven plasmados en todo el régimen jurídico y rigen las funciones estatales. Así, la fuerza normativa de la Constitución y el consecuente carácter vinculante de los derechos fundamentales allí reconocidos, hacen posible predicar que en el núcleo del interés público yacen los fines prácticos que inspiran el desarrollo de las funciones del Estado con el sistema de derechos humanos que la Ley Suprema reconoce, garantiza y promueve.

Ahora bien, “En el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus actividades, es comprensible que el Estado llegue a lesionar a los administrados o particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales. De ahí surge el problema de la “responsabilidad del Estado”. Marienhoff se pregunta: “¿Es éste responsable por los daños que ocasione?”<sup>1</sup>

En el modelo de organización constitucional, la responsabilidad patrimonial del Estado es una nota esencial del Estado de Derecho, que abandona por completo la teoría de la inmunidad soberana como sustento de la infalibilidad estatal y, por ende, de su irresponsabilidad.

El derecho a obtener una reparación que, en la medida de lo posible, restablezca al particular afectado en la posición que hubiera tenido si el hecho lesivo no se hubiera producido, no sólo concierne a la protección del derecho de propiedad e igualdad sino a la misma dignidad del hombre.

Este planeamiento ha sido elaborado y reelaborado desde diversas perspectivas por toda la doctrina y jurisprudencia argentina a lo largo de los años. Por lo que, desde un enfoque jurídico se estructura la presente investigación teniendo en cuenta, en un principio, el aporte de la casuística jurisprudencial, la legislación y bibliografía específica del país, a fin de determinar si, como se ha dicho: “La responsabilidad del Estado existirá toda vez que una persona que ha sufrido un daño – material o moral- causado directamente por el Estado, deba ser indemnizada por él.”<sup>2</sup>

Para ello, se establecerá qué es la responsabilidad, ya que jurídicamente el término posee dos acepciones: “capacidad de responder ciertos actos en abstracto, y necesidad de responder otros, concretos e imputables a determinado sujeto capaz.”<sup>3</sup>; sus fundamentos y características, descubriendo que para cada rama del orden jurídico hay una responsabilidad, que tiene elementos comunes entre sí, pero también caracteres diferentes a cada especialidad, existiendo distintas clases de responsabilidad (contractual y extracontractual, objetiva, etc.).<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, 3ra. edic. actualizada, (Buenos Aires, 1980), Edit. Abeledo-Perrot, t. IV, pág. 690.

<sup>2</sup> GORDILLO, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo. Parte General, (Buenos Aires, 1980), Ediciones Macchi, t.II, págs.. XX-4.

<sup>3</sup> VAZQUEZ, Adolfo R., Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios, 2da. edic. actualizada y ampliada, (Buenos Aires, 2001), Edit. La Ley, págs.. 5/7.

<sup>4</sup> Ibidem, págs. 5/7.

Además, la propuesta de investigación se circunscribe a una de las más emblemáticas desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinario: “La Responsabilidad del Estado como Administrador de Justicia” y establecer cuál ha sido la legislación, doctrina, jurisprudencia argentina y, en la práctica administrativa, la respuesta del Estado de la Provincia de Santa Fe Estado ante los reclamos de los particulares afectados.

Jurídicamente se han distinguido distintos períodos y criterios sobre el problema, los que se han visto reflejados en la jurisprudencia, legislación y doctrina tanto nacional como provincial.

Esta evolución se tradujo en las sentencias de los tribunales: por ello, en un principio se sostuvo la postura de la irresponsabilidad del Estado y de sus agentes públicos, luego se aceptó la responsabilidad del agente público pero excluyendo la del Estado, más tarde la de ambos, y finalmente la del Estado en forma directa.<sup>5</sup>

El tema también se ha plasmado en los actos jurídicos resolutivos de los reclamos administrativos previos planteados en la provincia de Santa Fe. Ahora bien, Fiscalía de Estado, que es el órgano asesor máximo del Ejecutivo santafesino, en numerosos dictámenes ha tomado una postura restrictiva a lo largo de los años, que no ha evolucionado a la par de la jurisprudencia actual y que precisan para el reconocimiento del "error judicial" que el mismo sea acreditado y resuelto previamente en sede judicial, denegando las solicitudes de los particulares que acuden al Estado a los efectos de que se repare el daño que el obrar jurisdiccional les ha ocasionado.

El art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional del 94' incorpora los tratados internacionales de derechos humanos que establecen principalmente los derechos y garantías de acceso a la justicia, debido proceso, proceso regular, sencillo y breve, a la designación de los tribunales naturales e independientes y la responsabilidad del Estado por los errores judiciales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales. El art. 25. Establece las garantías judiciales para proteger la libertad personal, que surge del art. 7 con la protección a la libertad y seguridad, y el derecho de recurrir ante un juez, las garantías del debido proceso, presunción de inocencia, el principio de legalidad y retroactividad de la ley penal más benigna del art. 9. Además, de reconocer el derecho a indemnización por error judicial “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial” (art. 10).

En el marco de los tratados constitucionalizados es importante destacar que estos son

---

<sup>5</sup> PEREZ, Benito, La Responsabilidad Extracontractual del Estado por los Actos Administrativos Ilícitos, en “ED”, Tomo 117, págs. 804/810.

totalmente operativos, puesto que al firmarlos, la Argentina, se compromete a realizar acciones positivas con el objeto de que se cumplan. De lo contrario, el Estado Nacional debe responder en el exterior por los hechos violatorios de los derechos humanos inferidos por autoridades, de los tres poderes, tanto provinciales como nacionales. Por ello, la Corte Interamericana de Justicia, recientemente responsabilizó al Estado Argentino en dos fallos por la actuación de sus órganos judiciales.

El marco teórico en el cual se basa el trabajo se extrae de libros generales y específicos sobre responsabilidad estatal por el obrar judicial provenientes de la literatura nacional, así como de revistas jurídicas especializadas, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia de la Nación, y jurisprudencia destacada de otros tribunales superiores provinciales, como la Corte Suprema de Mendoza, jurisprudencia de los tribunales santafesinos y dictámenes de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe.

La Justicia es el ideal que significa uno de los mayores anhelos de la humanidad. Si dicha labor no se realiza o se hace tardía o defectuosamente, en un verdadero estado de derecho, se debe determinar si el Estado debe responder por tales acciones u omisiones.

Con lo cual surgen las preguntas:

- ¿En qué medida el Estado nacional y el provincial responden por el obrar judicial?
- ¿Existe vinculación entre la responsabilidad estatal por el obrar judicial y la concepción del Estado de Derecho?
- ¿Qué implicancia tiene que el Estado sea responsable por su actividad jurisdiccional en el ámbito internacional y que dicha responsabilidad no sea reconocida por la administración provincial?

Los Objetivos específicos de la tesis son:

- Explorar el marco teórico de la responsabilidad estatal por el obrar judicial y su relación con el marco jurídico nacional, provincial e internacional.
- Analizar qué significa y qué implicancias tiene a nivel interno que el Estado argentino haya sido declarado responsable internacionalmente por su actividad jurisdiccional.
- Vincular conceptualmente y ahondar en las variables Responsabilidad Estatal y Estado de Derecho.
- Explorar e indagar en los aspectos legales y operativos que influyen o se relacionan a la falta de compatibilidad entre las disposiciones de los tratados constitucionalizados y las soluciones adoptadas por la Administración Pública santafecina ante la presentación de un reclamo administrativo previo intentado por un particular tendiente

a obtener la reparación por los daños que le ha ocasionado el obrar del estado como administrador de justicia.

El Objetivo General del trabajo es realizar una investigación orientada a vincular las variables de responsabilidad del Estado por su obrar en la administración de justicia, derechos subjetivos y Estado de Derecho a la luz de la normativa y jurisprudencia nacional, provincial e internacional.

La fundamentación del mismo es conocer en qué medida la responsabilidad del Estado puede concebirse como instrumento de control del poder y como garantía de los ciudadanos. Ya que, el reconocimiento de la responsabilidad estatal ha variado a lo largo de los años, tanto en la jurisprudencia como en la opinión de los autores, a su vez que ha evolucionado la concepción misma del Estado, soberanía y poder público. Lo que se ha evidenciado en la manera en que la Corte Suprema de Justicia ha dado respuesta a los conflictos constitucionales que se han planteado a lo largo de estas décadas, esto implica una variación en sus criterios, y como se ha sostenido que el Derecho es lo que los jueces dicen que es, ha presupuesto una modificación del ordenamiento jurídico imperante. En consecuencia, se ha considerado de suma importancia analizar la responsabilidad estatal por su obrar en la administración de justicia, lo cual también podrá servir para que en el ámbito administrativo se resuelvan con uniformidad los reclamos administrativos previos, jugando también un papel pedagógico que supone que la Administración aprenda cómo debe actuar en el futuro para evitar ser condenada.

La metodología que se utilizará es la investigación explicativa que relaciona las distintas posturas acerca de la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado por su obrar como juez con las respuestas que han dado tanto la jurisprudencia argentina y provincial como la administración santafesina ante los reclamos de los particulares, lo que en definitiva determina si en los hechos el Estado es o no responsable en ese ámbito. El Diseño es No experimental, Explicativo y Diacrónico. Mediante el estudio de casos, legislación y doctrina.

Por último, el trabajo plantea un dilema de vital importancia que pone en juego los más elementales principios del Estado de Derecho, el cual no se pretende agotar sino examinar, y no en toda su amplitud, la legislación, la doctrina y jurisprudencia existente, a nivel nacional, provincial. Mencionando la modificación legislativa del 2014, nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y Ley Nacional de Responsabilidad del Estado. Casuística de la Corte Interamericana de Justicia y Convencionalismo y una pequeña reseña de derecho comparado.

Desarrollando, finalmente, la problemática provincial, legislación, jurisprudencia y, también, a nivel de la administración pública provincial. Aportando las propias conclusiones y los interrogantes que quedan abiertos.

## CAPITULO I

### LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

1. Responsabilidad estatal. 2. Fundamentos. 3. Evolución doctrinaria. 4. Antecedentes jurisprudenciales. 5. Clases de responsabilidad. 6. Requisitos. 7. Indemnización integral o limitada. 8. Distinción con la responsabilidad de los Funcionarios Públicos. 9. Causales de eximición. 10. Modificación legislativa 2014. 11. Artículo 18 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe.

## 1. Responsabilidad estatal.

*“En el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus actividades, es comprensible que el Estado llegue a lesionar a los administrados o particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales. De ahí surge el problema de la “responsabilidad del Estado”. Marienhoff se pregunta: “¿Es éste responsable por los daños que ocasione?”<sup>6</sup>*

La responsabilidad del Estado nace cuando causa un daño material o moral a una persona, a la que deberá indemnizar.”<sup>7</sup>

La ley 26944 en su artículo 1 establece “la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas.”

Pero ¿qué es la responsabilidad?

El término responsabilidad nos da la idea de responder, de gravamen, de carga, de obligación, de imputación.

Jurídicamente éste posee dos acepciones: “capacidad de responder ciertos actos en abstracto, y necesidad de responder otros, concretos e imputables a determinado sujeto capaz.”<sup>8</sup>

Ahora bien, para cada rama del orden jurídico hay una responsabilidad, que tiene elementos comunes entre sí, pero también caracteres diferentes a cada especialidad, además hay distintas clases de responsabilidades (contractual y extracontractual, objetiva, etc.), por ello se analizan algunas precisiones siguiendo a Vázquez<sup>9</sup>:

Para el caso de la responsabilidad administrativa, dice que es: “la que surge de actos u omisiones de las autoridades administrativas, de toda clase, en el ejercicio de sus funciones cuando violan, quebrantan o desconocen las normas a que deben atenerse y, además, lesionan intereses públicos o de particulares; también, la nacida de los actos de los particulares cuando quebrantan o contradicen dichas normas. Se declara por la misma administración, en virtud de los órganos jerárquicos, y se exige a los funcionarios mediante la llamada potestad disciplinaria, y a los particulares por imposición de multas derivadas de la potestad correccional, pérdida de garantía, indemnizaciones pecuniarias, etcétera.”

Responsabilidad civil es la: *“Necesidad de responder, pecuniariamente, de los actos*

---

<sup>6</sup> MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, 3ra. edic. actualizada, (Buenos Aires, 1980), Edit. Abeledo-Perrot, t. IV, pág. 690.

<sup>7</sup> GORDILLO, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo. Parte General, (Buenos Aires, 1980), Ediciones Macchi, t.II, págs. XX-4.

<sup>8</sup> VÁZQUEZ, Adolfo Roberto, Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios, 2da. edic. actualizada y ampliada, (Buenos Aires, 2001), LA LEY, págs. 5/7.

<sup>9</sup> Ibidem, págs. 5/7.

*realizados con capacidad suficiente y, aún, de los ejecutados por otra persona con la cual se está en relación de dependencia legal o voluntaria.”*

La responsabilidad civil contractual como la *“Especie de la civil, donde la misma se deriva del incumplimiento malicioso y voluntario, o culposo y negligente, de las obligaciones contraídas en los contratos.”*

Mientras que la responsabilidad extracontractual *“Es la que nace fuera de la esfera contractual y sin obligación preexistente que se quebrante, ya sea por culpa o negligencia de una persona que ocasione un daño patrimonial a otra; por hechos no culpables, pero dañosos para otros, que se hayan producido en el ejercicio de una actividad que reporte beneficios económicos al responsable; por un enriquecimiento sin causa que determina una obligación restitutoria o indemnizatoria.*

La responsabilidad objetiva *“es la basada en el resultado del hecho delictivo sin tomar en cuenta la causalidad psíquica.”*

Por último, la responsabilidad judicial, objeto de la presente, es la *“Obligación que corresponde a las autoridades judiciales, de todas la categorías, de reparar y satisfacer cualquier daño o pérdida ocasionados por su ignorancia o su malicia en la aplicación de las leyes. Puede ser civil cuando la infracción de las leyes es debida a ignorancia o negligencia, o penal si es originada por malicia. La civil sólo puede exigirse cuando el litigio, en que se ha originado, ha terminado por resolución firme y se han agotado todos los recursos legales contra la decisión que ocasionó el perjuicio. La penal es exigible, generalmente, por acción pública ejercida por el ministerio de este orden o a instancia de la parte agraviada, caso este último en que suele ser necesario un antejuicio donde se ventile si es procedente o no abrir el juicio penal.”*

Sin perjuicio de lo antedicho, tales conceptos no agotan la significación del término responsabilidad y la importancia que ésta tiene como mecanismo de garantía y medio al servicio de una política jurídica.

Por ello, se ha dicho que la responsabilidad del Estado puede concebirse como instrumento de control del poder y como garantía de los ciudadanos, sin poder olvidar que juega también un papel pedagógico que supone que la Administración aprenda cómo debe actuar en el futuro para evitar ser condenada.

## 2. Fundamentos.

La responsabilidad protege al individuo frente a los daños causados por el Estado pero ¿en qué se basa tal responsabilidad?

La respuesta se puede hallar en la misma Carta Magna Argentina que consagra en sus normas explícitas y en los "principios constitucionales", la estructura del poder político argentino

mediante la forma "republicana representativa federal".

En esta estructura fundamental, la responsabilidad reparatoria del Estado surgirá de los derechos reconocidos y adquiridos constitucionalmente, como de los principios, que “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”<sup>10</sup>. Verbigracia: “la igualdad ante la ley y las cargas públicas” (art. 16 CN), se encuentra implícito en la forma republicana; que, como lo destaca Colautti<sup>11</sup>, prevé el sometimiento del Estado y de los funcionarios al régimen legal; el "principio de legalidad" se encuentra en varias normas constitucionales expresas como: el principio de la libertad (art. 19); el de reconocimiento del derecho de propiedad (art. 17), el reconocimiento del debido proceso (art. 18); la reglamentación legal de los derechos fundamentales (art. 14), etc.

Por ello, a continuación se analizará el articulado constitucional mencionado en relación a esta responsabilidad:

El artículo 16<sup>12</sup> de la Constitución Nacional determina el principio de igualdad ante las cargas públicas, por el cual las contribuciones exigidas a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales.

La jurisprudencia lo ha consagrado en innumerables oportunidades, por lo que en el presente, a modo ilustrativo, se transcriben algunos fallos para ejemplificar la manera en que se han expresado los tribunales argentinos:

*“La responsabilidad extracontractual del Estado al margen del fundamento doctrinario que pueda invocarse, se basa en claros principios y normas constitucionales, especialmente que reconocen y garantizan los derechos individuales y consagran la igualdad ante la ley y las cargas públicas.”*<sup>13</sup>

*“La indemnización correspondiente al acto expropiatorio no es una reparación de derecho civil inspirada en el principio de incolumidad del patrimonio, sino una manera de hacer valer la garantía de igualdad frente a la carga pública constituida por la expropiación ; y ello no puede verse alterado por la circunstancia de que se haya arribado a un acuerdo sobre la transmisión del dominio, pues ésta no es en todo caso una simple convención sobre la compra-venta de una cosa, celebrada entre la Administración y un particular que dispone libremente sobre sus bienes, dado que la negociación entera se encuentra influida por el carácter inexorable de la transferencia.”*<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Art.28 de la Constitución de la Nación Argentina : “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

<sup>11</sup> COLAUTTI, Carlos, Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales, (Santa Fe, 1995), Edit. Rubinzal-Culzoni, pág. 18.

<sup>12</sup> Art. 16 de la Constitución de la Nación Argentina: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

<sup>13</sup> CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSOADMINISTRATIVO FEDERAL, Sala III, in re Bruschtein de Bregazzi, Violeta, 19/12/79, (2008), [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

<sup>14</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Dirección Nacional de Vialidad c. Perea, Fernando,

*“La responsabilidad extracontractual del Estado proveniente de su actuación legítima, como la proveniente de la realización de obras públicas que impliquen una disminución en el valor de los inmuebles linderos de los particulares, ya sea provengan o no de una obra autorizada por la ley, es objetiva, con total prescindencia de la de la noción de culpa, pero también sin vinculación con la idea de falta de servicio, pues la responsabilidad deriva de un acto legítimo del Estado. El fundamento de ella es, como en los demás casos, el principio de la justicia legal o general, que demanda la igualdad ante las cargas públicas, con base en nuestro ordenamiento constitucional (art. 16, Constitución Nacional), que ha reconocido este trascendente principio de derecho natural, no siendo necesario que exista una -ley que reconozca el derecho a la indemnización.”<sup>15</sup>*

En definitiva, tomando como base al artículo 16 de la Constitución Nacional el fundamento de la responsabilidad estatal, es el principio de justicia que demanda la igualdad ante las cargas públicas. Por tanto, no es necesario que exista una ley que reconozca el derecho a la indemnización, en virtud de que tal principio de derecho natural ha sido reconocido constitucionalmente.

En otras palabras, cuando se produce un sacrificio especial como consecuencia de un acto de cualquier órgano del Estado, debe restablecerse la igualdad de todos los habitantes mediante una indemnización a cargo del Estado que generalice el sacrificio especial que se ha exigido al damnificado. Ello así porque, el Estado tiene la obligación de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad y de impedir la subsistencia del desequilibrio.

Por otra parte, el artículo 17 de la Carta Magna, estatuye la garantía del derecho de propiedad, por el que nadie puede ser privado de su propiedad sin ser indemnizado. En consecuencia, cada vez que el Estado lesione ese derecho debe indemnizar.

*“Si bien no existe una norma específica que consagre la responsabilidad estatal en forma explícita —con carácter genérico—, el fundamento jurídico reposa en la Constitución Nacional que garantiza la igualdad ante la ley —art. 16—, la inviolabilidad del derecho de propiedad —arts. 14 y 17— y el afianzamiento de la justicia, y toda ofensa a esos derechos adquiridos y reconocidos aún por la actividad del propio Estado, origina la obligación de reparar, sin necesidad de una ley concreta que reconozca el derecho a la indemnización.”<sup>16</sup>*

*“En suma, no cabe ninguna duda que la responsabilidad del Estado resulta comprometida cuando existe relación causal entre su obrar legítimo y el hecho generador de los daños. En esa dirección, vale decir que “El fundamento de la responsabilidad estatal dentro del Estado de derecho es la justicia y la seguridad jurídica y la obligación de indemnizar resulta un corolario de*

---

22/10/81, (2008), [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

<sup>15</sup> CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala F, in re Clifton Goldney, Tomás A. y otros c. Municipalidad de la Capital, 16/02/84, LA LEY 1986-A- 649.

<sup>16</sup> CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSOADMINISTRATIVO FEDERAL, Sala V, in re Zonas Francas Santa Cruz S.A. c. Estado Nacional, 07/12/2006, RCyS 2007, 878, (2008), LLonline.

*la inviolabilidad de la propiedad, consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional", (CSJN, 15/8/95, "Revestek S. A. c. Banco Central de la República Argentina y otro s/ordinario", LA LEY, 1996-E, 677, disidencia de los doctores Moliné O'Connor y López), y que "Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo realizará en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución, principio que encuentra su fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil y pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cód. Civil", (TColeg. Resp. Extracontractual Rosario, N° 1, 28/8/89, "Primavera de Fernández, Dora A. y otros c. Pelegri, Carlos A. y otros", LA LEY, 1991-B, 145)."*<sup>17</sup>

Se podría concluir que el derecho de propiedad interpretado por la Corte Suprema de Justicia en sentido amplio, puede aplicarse a casi todos los supuestos de lesión de derechos individuales.

Los derechos individuales reconocidos en la Constitución (arts. 14 a 20 y 28 y 75, inc. 22) constituyen derechos adquiridos. Por ello, el Estado no puede desconocerlos en sus relaciones con los particulares, es decir, que cuando resulten vulnerados los derechos adquiridos por los administrados, y no meras expectativas, el Estado deberá indemnizarlos.

*"Así se ha sostenido: "la existencia de una norma positiva que contemple la posibilidad de responsabilizar al Estado por los daños cometidos durante el ejercicio de la actividad jurisdiccional parece pues irrelevante"... No se trata sino de una consecuencia directa de la vigencia del principio de legalidad, rasgo característico del estado de derecho "Tawil, 'La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia', p. 149", en otro párrafo el mismo autor, agrega: "La Cámara Nacional Civil en el caso 'Klyck', al señalar que, si bien en nuestro ordenamiento no hay una norma específica que consagre la responsabilidad estatal en forma explícita, el fundamento específico reposa en la Ley Fundamental que garantiza la igualdad ante la ley (art. 16), la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 17 y 14), el afianzamiento de la justicia, y toda ofensa a tales derechos adquiridos y reconocidos, aún por la actividad del mismo Estado, origina la obligación de repararlo, sin que sea necesaria la existencia de una ley concreta que reconozca el derecho a la indemnización"...".*<sup>18</sup>

*"Que se ha decidido, asimismo, que el ejercicio razonable por el Estado de sus poderes propios no puede, por lo regular, ser fuente de indemnización para terceros, aun cuando traiga aparejados perjuicios para éstos (Fallos: 258:322). Pero también que la actividad estatal tiene, en*

---

<sup>17</sup> CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE 1A NOMINACIÓN DE CÓRDOBA, in re Galdeano, Enrique S. c. Provincia de Córdoba, 18/05/98, LLC 1999, 364.

<sup>18</sup> JUZGADO DE 1a INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL Y DE FAMILIA DE 1A NOMINACIÓN DE RÍO CUARTO, in re González, Carlos H. c. Provincia de Córdoba, 29/03/96, LLC 1998, 319.

*ese caso, que generar responsabilidad por el daño a particulares si afecta a derechos adquiridos y amparados por garantías constitucionales, ya que la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o a la extinción de los derechos no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de una legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan un perjuicio patrimonial; y, en consecuencia, que procede admitir la reparación del daño en el ámbito de la responsabilidad del Estado por los perjuicios que cause el accionar legítimo de la administración (Fallos: 301:403). Y ello, porque el fundamento de la responsabilidad estatal dentro del estado de derecho es la justicia y la seguridad jurídica y la obligación de indemnizar resulta un lógico corolario de la inviolabilidad de la propiedad, consagrada por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 305:1045).”<sup>19</sup>*

Finalmente, dice Dromi que: *“la Constitución protege a los habitantes contra cualquier daño injustamente inferido a sus derechos individuales. Si el daño proviene del error o del dolo cometido, un magistrado que ha privado de su libertad a un inocente (responsabilidad judicial), o de un error cometido por un funcionario del registro de la propiedad (responsabilidad administrativa), o de una ley que perjudique en forma especial y desigual a un administrado (responsabilidad legislativa), el caso debe tratarse en forma idéntica.”*<sup>20</sup>

Por otra parte, del principio de legalidad constitucionalmente consagrado, surge también el de “seguridad jurídica” que supone la certeza de que las normas serán cumplidas por todos, incluso por las autoridades y por los organismos de gobierno. Spota expresa “la seguridad jurídica existe en proporción directa y en relación inmediata y esencial al desarrollo de la responsabilidad del Estado, de gobernantes y funcionarios frente a sus quehaceres, al tiempo de ejercer el poder político y el poder jurídico, en cualquiera de sus formas...esto es, a mayor responsabilidad del Estado, mayor seguridad jurídica”, ya que “la seguridad jurídica es el objetivo del Estado de Derecho, sobre la que se constituye la posibilidad de libertad y justicia. Sin seguridad jurídica no hay ninguna posibilidad de libertad y justicia” (...) “sin responsabilidad del Estado y gobernantes y funcionarios no hay ni puede haber Estado de Derecho”.<sup>21</sup>

En definitiva, desde una perspectiva constitucional del Estado la responsabilidad es una derivación de la cláusula del estado social de derecho. Encontrándose en los cimientos de la Norma Fundamental Argentina, y aún, cuando no exista norma expresa que consagre tal principio, toda vez que el Estado cause un perjuicio especial a un habitante de la Nación en violación a los derechos

---

<sup>19</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Revestek S.A. c. Banco Central de la República Argentina y otro, 15/08/95, LA LEY 1996-E-678, “DJ” 1996-2-1327, Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, pág. 1131.

<sup>20</sup> DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 7ma. edic. actualizada, (Buenos Aires, 1998), Edit. Ciudad Argentina, págs. 816/817.

<sup>21</sup> SPOTA, Alberto Antonio, en el prólogo a Carlos E. Colautti, Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales, (Santa Fe, 2003), Edit. Rubinzal Culzoni, págs. 12/13.

consagrados por ésta, surge esa responsabilidad reparatoria del daño ocasionado.

Se consagra entonces, un sistema de garantía fundamentado en un criterio de solidaridad social según el cual los daños generados por la acción de los poderes públicos no pueden lesionar los patrimonios privados de quienes se ven afectados por esta actividad, implicando que los efectos perjudiciales de una actividad dirigida a lograr beneficios colectivos deben ser asumidos igualmente por toda la colectividad.

### 3. Evolución doctrinaria.

Brevemente se realiza una reseña de los períodos que tanto doctrinariamente como jurisprudencialmente atravesó la concepción de responsabilidad estatal, en el ordenamiento jurídico argentino.

El maestro Rafael Bielsa<sup>22</sup>, siguiendo a Teissier, dice: que a través de su evolución histórica, el concepto de responsabilidad del Estado subordinado al concepto del Poder Público, ha sufrido ciertas transformaciones correlativas a las que han experimentado, también, los concepto de Estado, de soberano, de poder público, y lo que esta evolución demuestra, sin duda, es también una tendencia hacia la adopción de un principio más jurídico y menos político que concilie los derecho del individuo con los del todo social, representados por el Estado jurídico y social no sólo soberano policial.

Las tres fases a las que se refiere son:

a) El damnificado no tiene recurso jurídico, ni contra el poder público ni contra los agentes de éste; en consecuencia, debe soportar el daño por ellos causado.

b) El damnificado por un acto perjudicial, arbitrario o ilegal de un funcionario público, puede ejercer acción legal contra éste con el fin de reclamarle la indemnización correspondiente.

c) El damnificado por un acto de poder público tienen acción directa contra el Estado, debiendo indemnizarle, por consiguiente, el patrimonio fiscal, sea del Estado nacional, de la Provincia o de la Comuna.<sup>23</sup>

Para Diez<sup>24</sup>, se distinguen, en doctrina, distintos períodos:

a) Primer período es de irresponsabilidad del Estado y de sus funcionarios. La irresponsabilidad del mismo se consideró, en la primera mitad del siglo XIX, como un corolario de soberanía. El absolutismo de los monarcas, en cuyas manos se concentraban todos los poderes,

---

<sup>22</sup> BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, t. I, (Buenos Aires, 1929), pág. 180.

<sup>23</sup> VÁZQUEZ, A, op. cit., págs. 48/49.

<sup>24</sup> DIEZ, Manuel M., Derecho Administrativo, (Buenos Aires, 1971), Edit. Plus Ultra, t. V, págs. 25/30.

impedía que los súbditos ejercieran acciones tendientes a lograr el resarcimiento de los perjuicios sufridos.

b) El segundo período es el de irresponsabilidad del Estado pero responsabilidad del funcionario. Como el Estado es una persona de carácter ideal creada para satisfacer necesidades políticas, su accionar sólo se da a través de personas físicas quienes deben asumir la responsabilidad que emana de sus actos. Por ello, quien resultare perjudicado por un acto dañoso, ilegal o injusto de un funcionario público, sólo tiene una acción contra él para reclamarle el resarcimiento correspondiente.

c) El tercer período es caracterizado por la responsabilidad del Estado por actos de sus funcionarios y del funcionamiento del servicio público. En éste período, la responsabilidad del Estado se encuentra fundada en el principio de igualdad ante las cargas públicas. Pero dicha responsabilidad se limita a los actos de la administración cometidos en exceso, en el ejercicio de sus poderes legales, o cuando la prestación del servicio público ha sido defectuosa.

d) El cuarto período de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y acumulación de responsabilidades. Durante éste, se distinguió la falta personal, en la que no hay vinculación con el servicio, por la que el funcionario debería responder ante los tribunales judiciales; y la falta de servicio, que es la actuación defectuosa del servicio y en la que solamente la administración puede ser considerada responsable. Aclara que la doctrina sostiene que el daño puede ser causado a la vez por una falta de servicio y una falta personal, de donde nace la teoría de acumulación de faltas, por la que la víctima puede perseguir al funcionario o a la administración.

#### 4. Antecedentes jurisprudenciales.

Esta evolución, por la que en un principio se sostuvo la postura de la irresponsabilidad del Estado y de sus agentes públicos, luego se aceptó la responsabilidad del agente público pero excluyendo la del Estado, más tarde la de ambos, y finalmente la del Estado en forma directa,<sup>25</sup> se vio reflejada en las sentencias de los tribunales.

Así, en el primer período, en el que Estado apareció como soberano e irreprochable el Máximo Tribunal Federal dijo en relación al Poder Ejecutivo Nacional que: *“No puede ser demandado sin su consentimiento, ante los tribunales nacionales, pues es uno de los atributos de la soberanía, que el que la insiste, no puede ser arrastrado ante los tribunales sin su expreso consentimiento, por los particulares, á responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto á reglas especiales,*

---

<sup>25</sup> PEREZ, Benito, La Responsabilidad Extracontractual del Estado por los Actos Administrativos Ilícitos, ED, T 117, pág. 804/810.

y tiene por garantía su buena fe (art. 86, Const. Nac.).”<sup>26</sup>

Como advierte Diez<sup>27</sup>, el fallo de la Corte parte de una serie de razonamientos inexactos: en primer lugar, cuando sostiene la indemandabilidad del Poder Ejecutivo como consecuencia de su soberanía, cuando en realidad la soberanía le compete a todo el Estado y no a cada una de sus funciones ejecutiva, legislativa y judicial.

Además, la Nación puede ser llevada a juicio por imperio de la Constitución Nacional, que en su artículo 116<sup>28</sup> establece que corresponde a la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento de todos los asuntos en que la Nación sea parte.

Sin perjuicio de tales precisiones, lo cierto es que, mediante este fallo el Máximo Tribunal aceptó el principio de indemandabilidad de la Nación, aunque con posterioridad aceptó la posibilidad de demandar a las provincias.

La Corte siguió con su tesis de que la Nación no puede ser demandada ante los tribunales federales y exigió la venia del Congreso. En los distintos fallos que dio el Supremo Tribunal hasta el caso Devoto, y sobre todo, el del Ferrocarril Oeste contra provincia de Buenos Aires, se sostuvo el principio de que la Nación no era demandable ante la justicia.

Durante este período los fallos se expresaron a favor de la irresponsabilidad del Estado cuando obra dentro del marco del derecho público. Ello así, porque aceptó la distinción que se hacía entonces entre el Estado actuando como persona jurídica y el Estado actuando como poder público.

Así en el caso Sepp Hnos. y Cía. c/ Gobierno Nacional, se manifestó: *“Las acciones civiles contra la nación en su carácter de persona jurídica a que se refiere la ley número 3952, para cuyo conocimiento dicha ley da competencia a los tribunales federales, son las derivadas de la capacidad artificial, sólo aplicable a las relaciones de derecho privado que el Código Civil reconoce para adquirir los derechos o contraer las obligaciones que él regla, en los casos, por el modo y en la forma que determina. Cuando la nación, por medio de sus poderes organizados al efecto, dicta leyes creando impuestos y determinando la forma de su percepción o reglamenta, con ese objeto, el ejercicio de una industria y pone en ejecución esas leyes no procede en el carácter de persona jurídica o de derecho privado. En consecuencia, la demanda de daños y perjuicios contra la nación derivados del cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo de una ley sobre impuestos, no*

---

<sup>26</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Sesto, Vicente y otro c/ Gobierno Nacional, 1864, T. 1, P. 317, www.csjn.gov.ar.

<sup>27</sup> DIEZ, M., op.cit., págs. 31/33.

<sup>28</sup> Art. 116 de la Constitución Argentina: *“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”*

*entra en los términos de la ley número 3952.”*<sup>29</sup>

Dentro de esa postura la Corte establecía la irresponsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos de sus agentes de conformidad con lo preceptuado por el artículo 33 del Código Civil.

Por tanto, como persona jurídica (ámbito privado) el Estado era sólo responsable contractualmente pero no extracontractualmente (delitos o cuasidelitos). En tal sentido, en autos Escalada, Carlos María c/ Municipalidad de la Capital Federal, expresó: *“La acción de daños y perjuicios causados por el embargo de billetes de lotería, como consecuencia de la prohibición establecida en diciembre de 1882, por la municipalidad, no procede contra ésta (art. 43, Cód. Civ.)”*<sup>30</sup>

El Supremo Tribunal admitió también la responsabilidad del Estado cuando la misma surgía expresamente de una ley.

Así, en los autos Mackinnon y Coelito c/ Fisco Nacional<sup>31</sup>, obligó al Estado Nacional a responder por las averías sufridas por las mercaderías depositadas en los almacenes fiscales, con fundamento en el artículo 289 de las Ordenanzas de Aduana.

Esta posición que, en definitiva, adoptó sobre la base de la doble personalidad del Estado, se dio en el período anterior a la reforma de la ley 17.711. Después de la reforma de la ley 17.711/68 (Adla, XXVIII-B, 1810), el artículo 43 del Código Civil quedó redactado de la siguiente manera: *“Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”* (Título 9 de la Sección Segunda de Libro II). Dicho nuevo artículo 43 establece la responsabilidad de las "personas jurídicas" en términos generales y sin calificativos, por lo que comprende entonces a todas ellas, es decir tanto a las de carácter público, como privado, mencionadas en el nuevo artículo 33 del Código Civil; dado que según un conocido aforismo romano: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos*.<sup>32</sup>

Superada la concepción de la doble personalidad en el *leading case* “Tomás Devoto y Cía. SA c/ Gobierno Nacional”, en el que a raíz de un incendio ocurrido en un campamento por causa de

---

<sup>29</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Sepp Hnos. y Cía. c/ Gobierno Nacional, 1904, T. 100, P. 103, [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

<sup>30</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Escalada, Carlos María c/ Municipalidad de la Capital Federal, 1886, T. 29, P. 249, [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

<sup>31</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Mackinnon y Coelito c/ Fisco Nacional, 1897, T. 69, P. 131, [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

<sup>32</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Ley 17.711: reforma del código civil, J.A. 1968-V, p. 682, n° 3.

las chispas desprendidas de un brasero deficiente que utilizaban empleados de la Nación se demandó por los daños y perjuicios ocasionados al Estado nacional. Se responsabilizó al Estado por los hechos de sus dependientes en base a los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

*“Esta Corte ha dicho en casos análogos, que el incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia, la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad, a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado (arts. 1109 y 1113 del Código Civil; t. 129, p. 306; t. 130, p. 143; t. 146, p. 249).”<sup>33</sup>*

Entonces, la Corte hizo lugar al reclamo responsabilizando al Estado por los perjuicios generados por culpa o negligencia de los empleados bajo el fundamento de la responsabilidad Estatal indirecta, con factor de atribución subjetivo.

En el fallo “Ferrocarril del Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”<sup>34</sup>, el Máximo Tribunal dijo: *“Que en lo que particularmente se refiere al Estado, considerado en su doble personalidad de derecho público y privado, la doctrina se ha orientado cada vez más en el sentido de reconocer su responsabilidad extracontractual por actos de sus funcionarios o empleados, realizados en el ejercicio de su función, cuando la entidad ejerce un monopolio, un servicio público o una industria, y tan sólo diverge cuando se trata de actos de "jure imperii", en que principalmente se ejercitan los atributos de la soberanía. Que la disposición del art. 1112 del cód. civil correlacionada con la que le sigue del art. 1113, significa la aceptación del principio de la responsabilidad del Estado, cuando concurren las condiciones anteriormente indicadas, tanto por lo que se desprende de su texto mismo porque, interpretada así, concuerda con la doctrina expuesta por Aubry y Rau, citado por el Codificador en su nota al art. 1112 (Aubry y Rau, t. 4, p. 799, párrafo 447; Laurent, t. 20, párrafos 593, 594 y 595)...”*.

Es decir, que como novedad, entró a jugar el art. 1112 conjuntamente con el 1113 dejando de lado ya la imputación de culpa o negligencia, para hacer referencia a la prestación irregular de un servicio público.

En el caso “Irisarri, Gilberto V. y otra c. Provincia de Buenos Aires”, la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires determinó que *“La expedición de informes registrales inexactos -en el caso, se incurrió en error al consignar el porcentaje de copropiedad del deudor embargado, lo que provocó la nulidad de la subasta y la pérdida de la garantía que se pretendía asegurar mediante el embargo- genera responsabilidad para el Estado de carácter principal, y no subsidiario de la*

---

<sup>33</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación, 22/09/33, Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 1135, (2008), LLonline.

<sup>34</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Ferrocarril Oeste c. Provincia de Bs. Aires, 03/10/38, LA LEY 12, 122, Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 1136, (2008), LLonline.

*ejecución y excusión de los bienes pertenecientes al deudor de quien padeció el error, pues lo contrario lesionaría el principio de igualdad ante la ley al hacerse recaer sobre un ciudadano las consecuencias disvaliosas de la actividad estatal (del voto del doctor Pisano).” Además dijo: “La responsabilidad del Estado... reviste carácter principal, y no subsidiario de la ejecución y excusión de los bienes pertenecientes al deudor de quien padeció el error -conforme art. 1112, Cód. Civil- (del voto del doctor Hitters).”<sup>35</sup>*

La línea jurisprudencial que surge del caso “Devoto”, no implicó el reconocimiento de una responsabilidad directa, ni tampoco de naturaleza objetiva. Advierte Cassagne, que tal decisorio *“soslayando implícitamente la prohibición del antiguo Artículo 43 del Código Civil y limitando más tarde en forma expresa su aplicación sosteniendo que esta norma se refería a los delitos, consideró que el Artículo 1.112 del Código Civil jugaba como una norma especial, similar a la norma general del Artículo 1.109 del citado código, que establecía la responsabilidad por culpa en las relaciones entre particulares.”*<sup>36</sup>

Por ello, sostiene que la real importancia del fallo estribó en el hecho de reconocer que las relaciones en materia de responsabilidad se rigen por el Derecho público y que la aplicación, analógica y supletoria, de las normas del Código Civil se realiza por razones de justicia y equidad.

Finalmente, se arriba a la era de la responsabilidad directa y con factor de atribución objetiva, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió de postura en la causa “Vadell”, donde se condenó a la Provincia de Buenos Aires por haber cumplido defectuosamente la función registral en el ámbito inmobiliario, aplicando subsidiariamente el art. 1112 del Código Civil por los hechos y omisiones de los funcionarios, y sin necesidad de recurrir al aludido art. 1113.

En sus considerandos 5° y 6° determinó: *“Que las consideraciones precedentes demuestran la responsabilidad de la provincia toda vez que el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. En este sentido cabe recordar lo expresado en Fallos, t. 182; p. 5 (Rev. La Ley, t. 12, p. 123, con nota de Alberto G. Spota), donde el tribunal sostuvo que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”. Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil que establece un régimen de responsabilidad “por los*

---

<sup>35</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, in re Irisarri, Gilberto V. y otra c. Provincia de Buenos Aires, 14/03/2001, (Ac. 67.882), RCyS 2001, 795, DJBA 160, 155, LLBA 2001, 606, con nota de Prieri Belmonte, Daniel.

<sup>36</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, Responsabilidad del Estado y el funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, (Buenos Aires, 2001), Edit. Ciencias de la Administración, págs. 33/35.

*hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas". 6° - Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cód. Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (ver Fallos, t. 259, p. 261; t. 270, p. 404; t. 278, p. 224; t. 288, p. 362; t. 290, p. 71; t. 300, p. 867 -Rev. La Ley, t. 117, p. 842, fallo 11.664-S, t. 131, p. 518; t. 143, p. 576, fallo 26.678-S; Rep. La Ley, t. XXXV, p. 237, sum. 141; t. XLI, A-I, p. 926, sum. 306-). En efecto no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas."*<sup>37</sup>

En definitiva, a partir de allí, el Tribunal Supremo de la Nación decidió que en materia de la responsabilidad extracontractual de derecho público, no se requiere como fundamento de derecho positivo recurrir al art. 1113 del Cód. Civ, al que habían remitido "...desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores..."<sup>38</sup>

Cassagne dice que "*La obvia y principal consecuencia que se desprende de la doctrina de "Vadell" consiste en que, al desplazarse la culpa como factor de atribución, no resulta necesario acreditar la culpa del agente y ni siquiera individualizar al autor del daño. Basta con acreditar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor objetivo que permita atribuir la responsabilidad.*"<sup>39</sup>

Esta doctrina fue reiterada *in re* "Menkab SA c/ Provincia de Buenos Aires y Otros" en la que se condena a la provincia porque es responsable por la deficiente prestación del servicio a cargo del Registro de la Propiedad Inmueble, con fundamento en el art. 1112 del Cód. Civil. Aclara la Corte, en dicha oportunidad, que: "*la responsabilidad de la demandada en los términos de la doctrina establecida por esta Corte en numerosos precedentes en los que se estableció que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan su incumplimiento o su irregular ejecución" (Fallos: 306:2930 --La Ley, 1985-B, 3--; 307:1942; más recientemente Fallos: 313:1465).*"<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *in re* Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires, 18/12/84, LA LEY 1985-B-3, Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo, Director: Tomás Hutchinson - Editorial La Ley 2003, 634, con nota de Nicolás Eliashev, DJ 1985-2, 161, ED 114, 217, Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 1139.

<sup>38</sup> *Ibidem*, considerando 6°.

<sup>39</sup> CASSAGNE, *op.cit.*, pág. 34.

<sup>40</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *in re* Menkab S.A. c. Provincia de Buenos Aires y otros,

La línea comenzada con “Vadell”, fue perfeccionada en precedentes posteriores, en los que se recepcionó jurisprudencialmente los restantes presupuestos de la responsabilidad: imputación material del hecho u omisión a un órgano estatal, daño cierto y relación de causalidad.<sup>41</sup>

## 5. Clases de responsabilidad.

El nacimiento de la responsabilidad estatal hizo que la doctrina y jurisprudencia comenzara a efectuar precisiones acerca de su naturaleza.

### Responsabilidad de derecho público o derecho privado.

Pretendiendo determinar si se trata de una responsabilidad de derecho público o de derecho privado, Dromi<sup>42</sup> sostiene que: “*En principio no son aplicables en materia de responsabilidad del Estado los principios del derecho civil.*” Advierte que la jurisprudencia ha elaborado una serie de reglas específicas para regularla desde el ámbito del derecho público, siendo además, que si bien se la llama todavía responsabilidad civil del Estado ello es un “*eufemismo*”, porque las normas del Código Civil “*son invocadas, pero con una constante modificación en atención de los principios del derecho público, lo cual hace inexacto hablar en rigor de responsabilidad civil.*” Para él, a lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal.

En definitiva, recomienda la elaboración de una normativa expresa que establezca un sistema integral de responsabilidad pública, en consideración a que la misma es una pieza clave de un Estado de Derecho.

Marienhoff<sup>43</sup> se pregunta: “*¿Qué derecho, el público o el privado, rige lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado? ¿Se aplican al respecto normas o principios de derecho privado o de derecho público?*”

Para él, ambos tipos de derecho pueden tener aplicación, dependiendo sólo la actuación del Estado, es decir, si actuó ejercitando su normal capacidad de derecho público o si lo hizo ejerciendo su capacidad excepcional de derecho privado, ya que en ambas esferas jurídicas, pública o privada, puede actuar el Estado.

---

05/10/95, La Ley 1996-E-139.

<sup>41</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Tejedurías Magallanes S.A c/ Administración Nacional de Aduanas, 19/09/1989, t. 312, p. 1656, en www.csjn.gov.ar. “*Para que proceda la indemnización por la actividad lícita del Estado, son requisitos ineludibles la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al Estado.*”

<sup>42</sup> DROMI, R, op. cit., págs. 815/816.

<sup>43</sup> MARIENHOFF, M., op. cit., 718/720.

Por tanto, cuando la actuación del Estado tiene lugar en el ámbito del derecho público, se rige por los principios del derecho público y no por los de derecho privado, salvo que corresponda recurrir a éstos subsidiariamente por no haber normas específicas de derecho administrativo.

Maurer explica que *"...el Derecho público y el Derecho privado tienen funciones y puntos de partida esencialmente distintos. El Derecho privado parte de la autonomía privada de los ciudadanos y tiene como función la de suministrar reglas para el tráfico jurídico y para la resolución de conflictos de intereses actuales o potenciales que pueden surgir entre sujetos particulares. A su vez, el Derecho público, sobre todo sus partes más importantes (el Derecho del Estado y el Derecho administrativo), tiene por objeto al Estado como sujeto revestido de autoridad y sirve para fundamentar y limitar prerrogativas. Ello no excluye que también el Estado pueda valerse de las formas del Derecho privado; pero dicho uso sólo resulta admisible de forma excepcional y se circunscribe al empleo de las formas jurídico-privadas, sin que el Estado participe por ello de la autonomía privada"*.<sup>44</sup>

Lo cierto es que, en lo atinente a la responsabilidad aquiliana, la jurisprudencia ha partido de los principios de la propia ley civil para construir la teoría de la responsabilidad estatal. Pero, aunque las reglas jurídicas en las cuales se basa esta responsabilidad estén incluidas dentro del ordenamiento civil, ello no significa que pertenezcan privativamente a esa rama del derecho. Por ello, se sostiene que la responsabilidad estatal se encuentra en la órbita del derecho público.

En el fallo de la Corte en autos "Motor Once, S.A. c. Municipalidad de Buenos Aires", se señala que *"...la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando, conforme a derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos. La solución sólo puede deducirse de los principios del derecho público..."*, ello así porque *"...el régimen de la responsabilidad estatal por actividad legítima, se desenvuelven dentro del mismo ámbito mencionado de las "intromisiones estatales autorizadas" ; tienden a proteger la misma garantía constitucional y, sobre todo, persiguen una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de la responsabilidad de derecho común, que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados."*<sup>45</sup>

La discusión doctrinaria, ha tomado otro matiz, en consonancia a la modificación legislativa sufrida en 2014 mediante la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial y la Ley Nacional de

---

<sup>44</sup> MAURER, HARTMUT, Derecho administrativo. Parte general. Traducción coordinada por Domenech Pascual, Gabriel, 17ª. ed. alemana, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 83.

<sup>45</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Motor Once, S.A. c. Municipalidad de Buenos Aires, 09/05/1989, LA LEY 1989-D-25, con nota de Macarel, LLC 1989, 955, DJ 1989-2, 748, Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 698, Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo, Director: Editorial La Ley 2003, 653, con nota de Tomás Hutchinson.

Responsabilidad del Estado N° 26.944, ya que ambas legislaciones, que se tratarán en el punto 10 de este Capítulo, optaron por colocar a la responsabilidad estatal dentro del Derecho Público al excluir expresamente la aplicación directa y subsidiaria de la Código Civil (art. 1764 del CCCN; art. 1° de la Ley N° 26.944).

Ahora bien, no es cuestión menor que la norma de responsabilidad estatal mencionada sea de aplicación a la Nación pero no así a las provincias, siendo facultad de los gobiernos locales adherirse a ella, o bien, legislar sobre la temática en sus ámbitos respectivos.

Como se expresó, hasta la sanción de la nueva legislación, la materia era regulada a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional tomando como base al Código Civil de Vélez Sarsfield. Con la modificación normativa surgen ahora cuestiones que podrían llegar a tener respuestas divergentes en los distintos territorios provinciales, de conformidad a su legislación local.

Por lo que, algunos autores propician la aplicación de las normas del derecho común teniendo en cuenta que tanto el Código Civil de Vélez, como el Código Civil y Comercial de la Nación hoy, tienen normas de derecho fundamental, público y privado, de vigencia general para toda la república en ámbitos que no permiten soluciones contradictorias por parte de la legislación provincial.

Pérez Hualde<sup>46</sup> dice que “...no es posible un tratamiento distinto a un mismo fenómeno por el sólo hecho de quién fuera el dueño del hospital o el propietario del vehículo que colisionó, o la dependencia del agente que cometió el ilícito.” Por lo que sostiene que “es altamente impreciso y -por ello- muy inconveniente, emplear la discutida clasificación de derecho "público" y derecho "privado"; especialmente cuando hemos coincidido en general en que el Derecho es uno solo y que consideramos errado a un esquema que pretendiera simplificar la atribución del derecho privado al Gobierno Federal y el público a las provincias. El art. 121 CN reserva a las provincias "el poder no delegado" sin distinguir si es público o privado.”

Asimismo, puede advertirse que podrán aparecer dificultades en la identificación de normas, desde que la nueva normativa recurre a términos tales como daño, caso fortuito, fuerza mayor, hecho de la víctima, tercero, causalidad adecuada, lucro cesante, culpa, dolo, etc, que han sido definidos a partir del derecho civil.

Por lo que, se considera que la discusión no está zanjada sino que se ha abierto otro ámbito de tratamiento cuyo desarrollo dependerá en gran parte de la casuística que de ahora en más se dé. Más aún, teniendo en cuenta que la jurisprudencia existente hasta el momento se ha construido teniendo en base al Código Civil de Vélez, se estima vendrá un período de incertidumbre para la

---

<sup>46</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro, Consideraciones constitucionales sobre la regulación de la responsabilidad en los estados provinciales, LLGran Cuyo 2015 (octubre), 927, Cita Online: AR/DOC/3114/2015.

construcción de un juicio de responsabilidad estatal que, en algunos casos, quizás pueda ser sobrellevada mediante la aplicación analógica del CCCN.

#### Responsabilidad contractual y extracontractual.

Otras de las distinciones a los que se ha discutido, es si dicha responsabilidad del Estado es contractual o extracontractual. Lo que implicará la existencia o no de un vínculo contractual con el Estado al momento de producirse el hecho dañoso.

En cuanto a la primera, es un problema que se presenta cuando la administración no cumple con las obligaciones que tiene respecto de su co-contratante. Gordillo dice que deviene de “...*la violación de una obligación contractualmente (de mutuo acuerdo) contraída...*”<sup>47</sup>

Dromi<sup>48</sup> advierte que cuando se trata de una actividad estatal previa a la celebración de un contrato la responsabilidad que ésta genera es la denominada “responsabilidad precontractual”, mientras que cuando la responsabilidad surge en la ejecución y extinción de un contrato se trata de responsabilidad contractual.

Este tipo de responsabilidad, no será objeto de análisis del presente porque es un problema que debe tratarse en el campo de los contratos administrativos y que escapa de la órbita del actual trabajo.

Indica Diez, que “*la responsabilidad será extracontractual cuando la administración incurra en ella como consecuencia de un daño ocasionado por un acto ilícito o lícito pero sin ninguna relación contractual (acuerdo previo de voluntades) con el particular afectado.*”<sup>49</sup>

Tal responsabilidad, puede originarse en un acto o hecho de órgano legislativo, judicial o administrativo, por ello Marienhoff, aclara que “*La responsabilidad “extracontractual” del Estado tanto puede originarse o surgir de un comportamiento del órgano Ejecutivo de gobierno, como del órgano Legislativo o del órgano Judicial. La actuación de cualquiera de estos órganos – comúnmente llamados “Poderes”- debe siempre imputársele al Estado, pues en cada caso concreto debe verse a éste actuando específicamente a través de uno de sus órganos o departamentos de gobierno.*”<sup>50</sup>

Es dable mencionar que, la Ley Nacional de Responsabilidad Estatal realiza dicho distingo. Sus preceptos regulan la responsabilidad extracontractual del Estado y establece su aplicación supletoria para los casos de responsabilidad contractual del Estado, los que advierte se regularán por leyes específicas, dejando la aplicación de mencionada ley sólo para el caso de lagunas del régimen especial (art. 10).

---

<sup>47</sup> GORDILLO, A., op.cit., págs. XX-5.

<sup>48</sup> DROMI, R., op.cit., pág. 817.

<sup>49</sup> DIEZ, M., op.cit., pág. 20.

<sup>50</sup> MARIENHOFF, M., op.cit., pág. 690/691.

Por otro lado, el CCCN ya no realiza tal diferenciación, contractual y extracontractual, a los efectos del deber de reparar porque coloca el centro de la cuestión en la persona humana y el daño injustamente causado, que abarca el fenómeno de la ilicitud y la lesión.

#### Responsabilidad por actividad administrativa, legislativa y judicial.

También, la situación responsabilizadora puede originarse a raíz del funcionamiento de cualquiera de los poderes del Estado, sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial.<sup>51</sup>

Cabe aclarar en relación a esto, que de conformidad a la división de las funciones estatales, no cualquier acto o hecho del órgano judicial o legislativo comporta responsabilidad judicial o legislativa, respectivamente, sino que puede haber responsabilidad administrativa por actos o hechos de los órganos legislativos y judiciales.

Cuando se habla de la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos o actos de la Administración Pública, se refiere a la actividad administrativa del Estado, cualquiera sea el órgano a través del cual se exteriorice, porque para distinguirlo se toma el criterio material y no el subjetivo u orgánico.

Por lo tanto, todo acto o hecho administrativo efectuado por el órgano legislativo, ejecutivo o judicial, puede generar responsabilidad extracontractual del Estado.<sup>52</sup>

Las reclamaciones de particulares nacen de razones muy variadas, por ejemplo: a causa de la disminución del valor del bien de un administrado a causa de una operación administrativa, como los perjuicios causados a la propiedad privada por la construcción de obras públicas (calles, puentes, etc.) o los defectos en informes de registros inmobiliarios, por los daños y perjuicios resultantes de no hacer funcionar un servicio público ya creado y organizado, etc.<sup>53</sup>

La responsabilidad legislativa del Estado queda configurada cuando con motivo de una ley formal se causa una lesión en el patrimonio de los administrados y, por tanto, el Estado debe reparar los perjuicios ocasionados.

En opinión de Gordillo<sup>54</sup> *“la responsabilidad se concreta por el daño causado por una ley del Congreso.”*

Ahora bien, cualquier otro daño ocasionado por el Congreso o sus órganos por medio de conductas que no comporten específicamente una ley en sentido formal, no implica una responsabilidad legislativa, sino que queda comprendido en el campo de la responsabilidad administrativa.

---

<sup>51</sup> VIDELA ESCALADA, Federico, La Responsabilidad Civil de Estado y de los Funcionarios Públicos, (1185), ED, t. 116, pág. 760.

<sup>52</sup> MARIENHOFF, M., op. cit., pág. 726/727.

<sup>53</sup> Ibidem, pág. 705.

<sup>54</sup> GORDILLO, A., op. cit., pág. XX-6.

Tal responsabilidad puede configurarse en el caso de las leyes inconstitucionales que pueden dañar el derecho de los particulares, aunque también señala Diez<sup>55</sup>, que las leyes constitucionales pueden lesionar los derechos de los particulares; por tanto, el Estado es responsable por el acto legislativo, sea constitucional o inconstitucional.

En relación a ello, Marienhoff advierte que *“El daño que el Estado ocasione en ejercicio de su función legislativa puede resultar de una ley “válida” o de una ley “inválida”, pues también en este ámbito rige el principio de que el comportamiento dañoso o lesivo del Estado es posible que derive del ejercicio “inválido (vgr. Ley inconstitucional) o del ejercicio normal de sus potestades legales (vgr. ley que monopoliza una actividad lícita que hasta entonces era de libre ejercicio por los administrados).”*<sup>56</sup>

Además, en doctrina suele plantearse la cuestión de: si la responsabilidad del Estado por los daños provenientes de las leyes materiales (reglamentos), es de naturaleza legislativa o administrativa.

Para el citado maestro la responsabilidad puede emanar tanto de los daños provenientes de leyes en sentido formal como de leyes en sentido material, advirtiendo que: *“esa cuestión carece de trascendencia, pues, siendo los “reglamentos” actos administrativos de contenido general, la responsabilidad del Estado por las consecuencias de tales reglamentos queda comprendida en la responsabilidad del Estado por hechos o actos de la Administración Pública.”*<sup>57</sup>

La responsabilidad judicial es la que surge de los actos judiciales típicos. Gordillo, citando a Spota, manifiesta que: *“los daños que un órgano judicial provoque en cumplimiento de funciones de tipo administrativo, darán lugar a la responsabilidad administrativa, no judicial.”*<sup>58</sup> En cuanto a la responsabilidad que emerge de los actos judiciales, como es el centro de la tesis, se ahondará en ella en los capítulos siguientes.

#### Responsabilidad directa y objetiva.

Al tratar la evolución jurisprudencial se vio que la idea de culpa en el Derecho Administrativo, como factor de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado, había sido un recurso común en los tribunales nacionales hasta el caso “Vadell” (ut-supra analizado).

Este fallo significó que la Corte Nacional consagrara un nuevo período en materia de responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del Derecho Administrativo, prescindiendo de que los daños deriven de un comportamiento lícito, ilícito, culposo o doloso, aplicando el artículo 1112 del Código Civil (responsabilidad directa y objetiva), admitiendo de esa manera la

---

<sup>55</sup> DIEZ, M., op.cit., págs.137/138.

<sup>56</sup> MARIENHOFF, M., op.cit., págs. 737/738.

<sup>57</sup> Ibidem, pág. 741.

<sup>58</sup> GORDILLO, A., op.cit., pág. XX-6.

responsabilidad estatal en dichos supuestos en base a la teoría del órgano.

Coronel aclara que: *“La teoría del órgano como ficción legal a los efectos de establecer la naturaleza jurídica del accionar estatal, ha explicado correctamente cuál es la naturaleza jurídica de la personalidad del Estado (que es una) y de los órganos desagregados de éste, los que forman una unidad inescindible en atención a aquel y que manifiestan su voluntad de acuerdo al ámbito de la competencia material, según la funciones específicas establecidas por el ordenamiento jurídico a esos órganos estatales de los cuales se trate.”*<sup>59</sup>

La actual redacción de CCCN define en su articulado tanto a la responsabilidad directa como al factor de atribución objetivo.

El artículo 1749 dispone que es responsable directo el incumplidor de la obligación o el que causa, por acción u omisión, el daño injusto. El CC utilizaba la palabra “autor” no diferenciando claramente del responsable del hecho de un tercero, en cambio, la actual redacción distingue nítidamente al responsable directo del responsable del hecho de un tercero. Asimismo, entiende que el autor directo será el que tiene todo el dominio del hecho causante del daño y aquel que no cumple un contrato, unificando las dos categorías de responsabilidad (contractual y extracontractual).

Al factor de atribución objetivo lo define en el artículo 1722 al decir que es objetivo “cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad.” El CC no tenía una norma semejante, pero tal categoría surgía de diferentes artículos (vgr. 1113 CC).

Por su parte, el artículo 1763, sigue manteniendo la teoría del órgano para los supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas las que responderán por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ocasión o ejercicio de sus funciones. Se funda en la teoría del órgano por la que se considera que los individuos que actúan en nombre de las personas jurídicas no lo hacen a título propio sino como órganos, partes de la misma persona jurídica.

La ley N° 26.499 en el artículo 1° reza “...La responsabilidad del Estado es objetiva y directa...” Sin embargo, carece de reglas en favor de la víctima en relación a la potencial invocación de daños presumidos o inversión de la carga probatoria; técnicas típicas de los sistemas objetivos (laboral, consumo, etc.). Asimismo, se trató restrictivamente los factores de atribución y la responsabilidad por omisión. Y, si bien en todos los supuestos es directa, puede concurrir el Estado junto al funcionario o el agente, responsabilidad indirecta, en tanto se acredite en relación con estos últimos culpa o dolo, responsabilidad subjetiva, (art. 9).

## 6. Requisitos.

Se hace imprescindible, ahora, analizar los presupuestos necesarios de viabilidad de la

---

<sup>59</sup> CORONEL, Germán A., Principios fundamentales de la responsabilidad extracontractual del Estado, (Entre Ríos, 2001), Edit. Delta Editora, págs. 97/98.

responsabilidad estatal, puesto que si los mismos no se cumplen esta no nace, ya sea, como consecuencia de los actos ilícitos como de los lícitos.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, en el ámbito del Derecho Administrativo, por su actividad ilícita según la doctrina<sup>60</sup> y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>61</sup> coinciden en señalar que ellos son cuatro: a) daño o perjuicio antijurídico; b) posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó; c) existencia de un factor de atribución y d) la relación de causalidad.

El CCCN, si bien excluye su aplicación, directa y/o subsidiaria, a la responsabilidad estatal, no puede dejar de tenerse en cuenta puesto que al establecer los presupuestos de responsabilidad civil define dichos términos<sup>62</sup>: daño, antijuridicidad, factor de atribución, y relación de causalidad; por lo que se analizarán a continuación.

Daño: *“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”*(art. 1737).

El CC, si bien lo definía en los artículos 1066 y 1067, no mencionaba a los derechos de incidencia colectiva ni a los intereses no reprobados por la ley.

La norma actual lo conceptualiza en forma amplia abarcando la lesión a un interés tutelado por el ordenamiento jurídico. La existencia de lesión hace necesario un cotejo entre la situación anterior al hecho y como queda la situación del damnificado después del hecho perjudicial.

Antijuridicidad: El artículo 1717 reza *“Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.”*

El CC regulaba la antijuridicidad de manera inversa a la actual, como una sanción a un hecho ilícito, luego se la tomó como material permitiendo encontrarla en todo el ordenamiento.

La definición del CCCN recepta la teoría del daño injusto que presume que el daño es antijurídico a menos que se demuestre que está justificado. Basada en el deber general de no dañar o

---

<sup>60</sup> CASSAGNE, Juan C., Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en LA LEY 2000-D-1217.

<sup>61</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Gómez, Javier Horacio c/ Quiróz, Alfredo y Estado Nacional (Policía Federal) s/ juicio de conocimiento, 30/06/1998, t. 321, p. 1776: *“La admisión de la responsabilidad del Estado por sus actos ilícitos no significa de por sí la posibilidad de imputarle los daños que ha sufrido el actor, ya que es necesario demostrar la concurrencia de requisitos ineludibles, a saber, la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa y relevante entre el actuar del Estado y el daño cuya reparación se persigue, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada.”*

<sup>62</sup> RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, (Buenos Aires, 2014), Edit. La Ley, Tomo IV, pág. 993/1064.

a otro sin una causa de justificación idónea, aún cuando el comportamiento lesivo no haya sido prohibido específicamente por una norma.

Ello implica que su aplicación es más fácil en razón de que no exige demostración previa de la antijuridicidad, sino que la conducta, porque es dañosa, es ilícita.

Factor de atribución: *“La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.”* (art. 1721).

En el CC no existía un artículo como el presente ni se utilizaban los términos atribución o factor de atribución. Atribuir o imputar un daño a una persona es un elemento jurídico que determina quién pagará el daño y por qué razón lo hará. El CCCN coloca a la culpa como la norma de clausura del sistema, es decir, si no es aplicable un factor objetivo sólo habrá responsabilidad si se prueba la culpa.

Factor de atribución subjetivo: a si mismo establece como factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo (art.1724).

La culpa es *“...la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar...”*

La diligencia es hacer lo debido lo contrario será una conducta negligente, imprudente o sin la debida pericia en el arte o profesión.

Habrà imprudencia cuando exista una omisión de los debidos cuidados por un actuar precipitado o de asunción de riesgos innecesarios. El sujeto hace más de lo que debe y por eso causa un daño.

En la negligencia el agente omite los cuidados debidos, porque no prevé lo que es previsible objetivamente para una persona en su misma situación. Hace menos de lo que la situación exige, y por eso acontece el daño.

Y en la impericia el responsable no sabe o hace lo que debería saber o hacer en razón de su oficio o profesión.

Dolo: *“El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.”* (art. 1724).

El CC requería dos elementos del dolo: uno cognoscitivo (a sabiendas) y otro volitivo (con intención). El CCCN exige la intención ya que en su segunda parte cuando habla de *“manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”*, da lugar al dolo eventual.

Factor de atribución objetivo: *“El factor de atribución es objetivo cuando la culpa de agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.”* (art. 1722)

Relación de Causalidad: “*Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.*” (art. 1726)

La causalidad adecuada implica considerar autor de una conducta al que haya realizado un acto que incremente significativamente la producción de un resultado.

Ya en materia de derecho administrativo se debe examinar la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado N° 26.944, la cual dispone que “*Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.*” (art. 3).

Y en el artículo 4°: “*Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.*”

Se puede apreciar, entonces que:

A) Debe existir un daño o perjuicio injusto. Sin él no nace la obligación de reparar. El daño consiste en la lesión antijurídica a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales. Deberá ser cierto, no hipotético o potencial, evaluable jurídicamente y subsistente.

Para el caso de la actividad ilícita: procederá la reparación por daño emergente, lucro cesante y daño moral, si es posible mensurarlos en dinero y los tres pueden justificarse a partir de una relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad ilícita del órgano y el menoscabo (art.3).

Por actividad lícita, de carácter excepcional, se repara solamente el daño emergente, el valor objetivo del bien, y los daños que sean consecuencia directa e inmediata, excluyendo el lucro cesante y el daño moral (art. 5).<sup>63</sup>

B) El autor material del hecho dañoso debe estar integrado a la estructura de la Administración (autoridad, empleado, contrato, etc.), esto es lo que da la posibilidad de imputar

---

<sup>63</sup> TOSTO, Gabriel, ¿Un Estado Caín? Un bosquejo inicial sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, Publicado en: DT2015 (enero), 22, Cita Online: AR/DOC/4522/2014.

jurídicamente el daño a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó (teoría del órgano).

En relación a la Nueva Ley, el responsable, en principio, es el Estado Nacional.

En ciertos casos se excluye su responsabilidad:

a-Los soporta la víctima: 1-casos fortuitos o fuerza mayor, a menos que el estado los hubiera asumido por ley especial; 2- daños producidos por el propio actuar u omitir de la víctima 3- menoscabos originados por la actividad judicial legítima del estado (art. 5); 4- cuando hay un deber jurídico de soportarlo (art. 4).

b-Los sume el tercero por quien el estado no debe responder (art. 2)

c-La comunidad en general: cuando se trata de la actividad lícita estatal en la que no se identifica un sacrificio especial configurado por la afectación de un derecho adquirido en la persona dañada (art. 4).

d- Son responsables los concesionarios o contratistas de los servicios públicos: a quienes se les encomienden un quehacer estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función delegada (art. 6).

e-Los funcionarios y agentes, de modo directo o concurrente con el estado: por la actividad o inactividad en el ejercicio de sus funciones por cumplir de modo irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas (art. 9).

C) El factor de atribución es el fundamento que se toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado. Antes de la sanción de la nueva normativa eran reconocidos doctrinaria y jurisprudencialmente: la falta de servicio (art. 1112 C.C.) y el riesgo creado (art. 1113 C.C.).

En relación a la actividad ilegítima: la ley 26.499, en el artículo 3 establece la “falta de servicio” como factor de atribución para el caso de la responsabilidad por actividad ilegítima del Estado “...consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado... “... la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”, esto último excluye un deber genérico de actuación.

Y para el caso de actividad legítima requiere un sacrificio especial para el damnificado que importe la afectación a un derecho adquirido, como así mismo una ausencia del deber jurídico de soportar el daño (art.4). La teoría del sacrificio especial, se basa en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley siendo la igualdad la base de las cargas públicas y la garantía de la inviolabilidad de la propiedad (arts. 14 y 17 C.N.). También exige la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño. El deber jurídico de soportar el daño puede provenir tanto de una norma expresa como de principios jurídicos diversos, entre ellos el deber de solidaridad social.

Como se puede apreciar, los factores de atribución de la responsabilidad estatal por actividad lícita no sólo incluyen los factores clásicos de la responsabilidad por actividad ilícita sino que tienen los suyos propios. Y se considera que para que proceda la imputación jurídica del daño al Estado, la actividad del órgano o funcionario del Estado, que causó el perjuicio, debe haber sido realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, es decir que es considerada propia de ésta.

D) Doctrinaria y jurisprudencialmente se dijo que debe mediar un nexo causal adecuado o relevante entre la acción u omisión estatal y el daño.

La Ley Nacional habla de relación de causalidad adecuada para el caso de la actividad ilegítima. Lo que no significa que sea exclusivo, es decir, que puede que hayan concurrido a la producción del daño, la propia víctima o un tercero, en ese caso en ese caso la Administración será proporcionalmente responsable (art.3).

En lo respectivo a la actividad legítima estatal, requiere una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño (art.4). Ello hizo eco de lo resuelto jurisprudencialmente en fallos como “Columbia SA. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina”, determinó los requisitos para responsabilizar al Estado por su actividad lícita: *“El reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita exige para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, y obviamente, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada.”*<sup>64</sup> En el caso “Revestek” (citado), también se aplicó el requisito de exclusividad.

Prescripción: la jurisprudencia había establecido como requisito común a ambas responsabilidades el plazo bienal de prescripción. Así se aplicó en fallos como Hotelera Río de la Plata<sup>65</sup>, en donde en su considerando 4º, sostuvo *“Que, en consecuencia, el sub lite está regido por el plazo bienal que para la responsabilidad civil extracontractual fija el art. 4037 del citado Código. En general, el Tribunal ha establecido que en esas situaciones, el curso del plazo debe computarse a partir del momento en que el perjudicado tomó conocimiento del hecho ilícito y del daño proveniente de él (Fallos: 289:267; 293:347 -voto de la mayoría-; 295: 168), y que ese conocimiento no requiere noticia subjetiva o rigurosa sino que se satisface con una razonable posibilidad de información, toda vez que la prescripción no puede sujetarse a la discreción del acreedor, supliendo, incluso, su propia inactividad (Fallos: 256:87; 259:261; 293:347 -voto de la*

<sup>64</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Columbia SA. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina, 19/05/1992, t. 315, p. 1026, www.csjn.gov.ar.

<sup>65</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NACIÓN in re “Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires, s/restitución de dólares”, 4 de junio de 1985, FALLO 307:821.

mayoría-)."

Esta postura fue ratificada por la Corte en *Wiater*<sup>66</sup> en donde, agrega la Corte, en el considerando 7º, que no es "...necesario distinguir -a los fines que en el caso interesan- los supuestos en los cuales las consecuencias dañosas son producto de la actividad lícita del poder público o de la ilícita. El término para interponer la acción es de dos años conforme al art. 4037 del Código Civil, aplicable supletoriamente en el campo del derecho administrativo, como reiteradamente ha declarado este Tribunal (Fallos: 304:721; 307:821, entre otros)." Por su parte, ya en el Plenario Ricci<sup>67</sup> se había establecido el criterio bienal.

En el presente el plazo se ha extendido tanto en la redacción del actual Código Civil y Comercial de la Nación que establece un plazo de prescripción de tres años para el reclamo de daños derivados de la responsabilidad civil (art. 2561). Como en la ley 26.499 que determina un plazo de prescripción para los supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado, de 3 años contados a partir "de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita." (art. 7).

#### 7. Indemnización integral o limitada.

Ha sido discusión doctrinaria si el resarcimiento debía limitarse al daño emergente o incluir el lucro cesante.

Marienhoff, por ejemplo, desarrolló la Teoría de la Fuerza expansiva de la expropiación, debiéndose indemnizar solo el valor objeto del bien y el daño emergente (directo e inmediato). La Corte tomó esta teoría en *Laplacette*<sup>68</sup>, originado a raíz del reclamo de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de inundaciones de un campo causadas por obras realizadas por la provincia de Buenos Aires. Allí se aplicó analógicamente la Ley de Expropiaciones<sup>69</sup>, limitado al daño emergente.

Luego, reiteró la postura en el fallo *Corporación Inversora Los Pinos S.A.*<sup>70</sup>. También aplicó la analogía de la Ley de Expropiaciones en *Motor Once*<sup>71</sup>. Pero el último pronunciamiento en el

---

<sup>66</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NACIÓN in re "Wiater, Carlos c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ proceso de conocimiento". 4 de noviembre de 1997, LL 1998-AA-281.

<sup>67</sup> "CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, "Ricci, Carlos A. c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios", 3 de marzo de 1988, ABELEDO PERROT N°60000961.

<sup>68</sup> "CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re "Laplacette, Juan y otros v. Provincia de Buenos Aires", del 26/2/1943; ABELEDO PERROT N° 60002710.

<sup>69</sup> Ley de Expropiaciones N° 21.499. <http://www.infojus.gov.ar/documentDisplay.jsp?guid=123456789-0abc-defg-g92-20000scanyel&title=regimen-de-expropiaciones->

<sup>70</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NACIÓN in re "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/Municipalidad Ciudad de Buenos Aires del 22/12/1975, FALLO 293:617.

<sup>71</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re "Motor Once c/Municipalidad de Buenos Aires", del 9 de mayo de 1989, Publicado en: [www.infojus.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-motor-once-sac-municipalidad-ciudad-buenos-aires-recurso-hecho-fa89000191-1989-05-09/123456789-191-0009-eupmocsollaf](http://www.infojus.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-motor-once-sac-municipalidad-ciudad-buenos-aires-recurso-hecho-fa89000191-1989-05-09/123456789-191-0009-eupmocsollaf).

fallo “El Jacaranda S.A” contradice dicha postura diciendo “...*la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el sub lite, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos: 306:1409, considerandos 4° y 5°; 316:1335, considerando 20).*”<sup>72</sup> Con posterioridad, el 9/6/2009, en los autos “Zonas Francas Santa Cruz S.A. v. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - decreto 1583/1996” se repite la idea de la extensión amplia.

El CCCN consagra el principio de la reparación plena del daño en el artículo 1740.

El artículo se aparta de la terminología comúnmente utilizada “reparación integral”, ficción jurídica en la que desaparece todo daño; y habla de reparación plena que “es la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”, bajo esta conceptualización pueden existir daños que no son reparados.

Asimismo, la víctima puede optar por el reintegro en especie siendo la regla la indemnización dineraria.

Con la sanción de la Ley Nacional de Responsabilidad Estatal se observa que para el caso de la actividad ilegítima, el Estado Nacional deberá reparar el daño cierto: emergente, lucro cesante y daño moral en la medida de que la víctima pueda probar dicho menoscabo y podría estimarse que la reparación debe ser análogamente integral.

Por actividad lícita como es considerara excepcional, la indemnización es solo por el daño emergente que comprenderá “...*el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas...*”(art. 5).

## 8. Distinción con la responsabilidad de los Funcionarios Públicos.

La responsabilidad que le cabe al Estado no es la misma que le compete al empleado público por su obrar, debe distinguirse cuándo el Estado es responsable por el obrar de sus funcionarios y cuándo no lo es, siendo responsabilidad exclusiva de la persona las consecuencias dañosas de su obrar.

### Responsabilidad civil del funcionario.

La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado estaba establecida en el derecho

---

<sup>72</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NACIÓN in re“El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional”, (CS) 28/07/2005 Publicado en: La Ley 2006-A, 828 - DJ 2005-3, 983.

argentino por el artículo 1112 del Código Civil.

Que prescribía: *“Los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este Título”*.

Gordillo<sup>73</sup> manifiesta que esta disposición incluida en el título “de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”, protegía a todos los sujetos de los daños provocados por el irregular cumplimiento, por parte de los agentes estatales, de las obligaciones legales que rigen la función pública.

Hoy en día el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no contiene una norma semejante pero expresamente dispone, utilizando la misma terminología que usó el antiguo 1112 del CC que la responsabilidad del funcionario y del empleado público, en el ejercicio de sus funciones, “por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales”; se regula por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda (art. 1766).

De ello se puede colegir que, los funcionarios públicos son responsables en forma personal por el ejercicio irregular de sus funciones aunque deja su regulación al derecho administrativo nacional o local.

Por su parte, la Ley Nacional de Responsabilidad Estatal en el artículo 9 responsabiliza a los funcionarios y agentes públicos de los daños que causen mediante la actividad o inactividad en el ejercicio de sus funciones, cumplida de manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas.

También puede advertirse que en ambas legislaciones no hay una prohibición expresa de la aplicación de la ley común a la responsabilidad de los agentes públicos. El CCCN en su artículo 1764 establece la inaplicabilidad directa y subsidiaria de las normas civiles sólo a la responsabilidad del Estado y la Ley 26.944 en el art. 1 veda la aplicación del derecho común pero no hace referencia a los funcionarios. Como corolario de ello, se infiere que la prohibición de aplicar directa y/o subsidiariamente el Código Civil y Comercial es sólo para la responsabilidad del Estado pero no para la del funcionario abriendo la posibilidad de la aplicación de la legislación civil.

### ¿Quién es el responsable?

Con el antiguo Código existía una discusión como consecuencia de la no inclusión dentro del artículo 1112 del Código de los empleados públicos; algunos autores plantearon una distinción entre funcionarios y empleados públicos. Diferencia que incidía directamente sobre la responsabilidad del estatal. Ello así, porque para tales autores existía responsabilidad directa del

---

<sup>73</sup> GORDILLO, A., *op.cit.*, págs. XXI-1/3.

Estado cuando actuaba un funcionario, puesto que éste actuaba como órgano del Estado; e indirecta cuando actuaba un empleado, quien lo hacía como dependiente.

Gordillo explica que: *“Los autores que distinguen entre “funcionarios” y “empleados”, con el alcance de que los primeros, por representar la voluntad del Estado, son órganos suyos, y los segundos, por no realizar sino actividades materiales de ejecución, son sus dependientes, hallan fácil la distinción entre responsabilidad directa (por el hecho propio) e indirecta (por el hecho de un dependiente).”*<sup>74</sup>

Lo cierto es que, si bien ni el artículo citado, ni la jurisprudencia se definió claramente sobre el punto, no existe en la legislación argentina una distinción entre funcionarios y empleados públicos.

Por ello, todos los agentes del Estado, sea cual fuere su naturaleza, jerarquía o función, asumen el carácter de órgano del Estado. Tal afirmación conlleva que la responsabilidad por los hechos y actos de sus agentes será siempre directa, no pudiéndose nunca dar la hipótesis de que por los hechos de tales personas pueda el Estado tener responsabilidad indirecta.

Es dable aclarar que, tanto el CCCN, en su artículo 1766, como la Ley 26.944, artículo 9, utilizan indistintamente la terminología de funcionario, agente o empleado público.

Por lo tanto, dicha problemática parece haber sido superada por la doctrina, jurisprudencia y legislación nacional.

Así, Dromi sostiene que la distinción radica exclusivamente en una cuestión terminológica.<sup>75</sup> Similar criterio es compartido por Llambías<sup>76</sup>, Ossorio y Florit<sup>77</sup>, entre otros.

No cabe duda que en la actualidad los conceptos de funcionario público y empleado público deben ser vistos desde la óptica de la teoría organicista.

Según el autor citado la doctrina nacional es uniforme: *“todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal, está comprendido en la disposición mencionada.”*<sup>78</sup>

Pero, esta responsabilidad se establece para el funcionario solamente en cuanto actúa como órgano del Estado, es decir, *“en el ejercicio de sus funciones”*.

En consecuencia, hay que precisar cuándo el agente ha actuado en ejercicio de sus funciones y agrega que existen dos criterios para ello:

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, pág. XX-15/17.

<sup>75</sup> DROMI, R., *op. cit.*, págs. 428, 429 y 825. *“Todos los agentes del Estado asumen el carácter de órganos del Estado. Concluye que la relación siempre será de empleo, sin perjuicio de la forma jurídica que revista, y que las distintas denominaciones que reciba el órgano-individuo (funcionario, empleado, agente, etc.), son al solo efecto de establecer las diferencias jerárquicas en los cargos y regímenes jurídicos en que queda encuadrado el sujeto empleado público.”*

<sup>76</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Código Civil. Anotado*, (Buenos Aires, 1979), Edit. Abeledo-Perrot, t. II, pág. 449.

<sup>77</sup> OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Código Civil y Leyes Complementarias anotadas, comentadas y actualizadas*, (La Plata, 1972), Ediciones Librería Jurídica, t. II, pág. 184.

<sup>78</sup> *Ibidem*, págs. XXI-7/8.

a) un criterio subjetivo, que examina la voluntad o la intención del agente, para determinar si se actuó con motivo de la función, o con la finalidad de cumplir la función; y

b) uno objetivo, que analiza la apariencia, si de acuerdo con los caracteres con que se presenta objetivamente el acto o hecho éste se puede individualizar como un acto propio de la función de que se trate, se considera que el agente ha actuado en ejercicio de su función. Siendo este último criterio, el que generalmente se sigue por su mayor certeza.

Ahora bien, para reprochar al Estado resulta menester demostrar: el obrar irregular del mismo, el daño y el nexo causal. En tanto, si se quiere atribuir la responsabilidad al agente habrá además que acreditar la culpa de éste<sup>79</sup>, y desde ya individualizarlo.

¿Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario?

En el anterior régimen, como en el actual, la ley civil no ofrecía indicio alguno que permitiera fundamentar la exclusión de esta responsabilidad frente a determinado damnificado por lo que Gordillo<sup>80</sup> expresa que se encuentran facultados a exigirla: los particulares, el Estado y los funcionarios públicos.

Analizando la ley 26.944 se observa que, en el ámbito nacional, podrán reclamar las personas que sufran un menoscabo en sus bienes o sus derechos (art. 1), es decir, excluye los intereses legítimos. Y en el caso de la responsabilidad estatal por actividad legítima, para que la persona lesionada pueda demandar, no debe pesar sobre su cabeza un deber jurídico de soportar dicho daño; siendo necesario que haya tenido que soportar un sacrificio especial, diferenciado del resto de la comunidad, afectando un derecho adquirido (art.4)

¿Cuáles son los requisitos exigidos para que exista tal responsabilidad?

En Código de Vélez el artículo 1112 exigía:

a) Primero, como ya se señaló, debe haber un hecho u omisión del funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

b) Segundo, tales hechos u omisiones deben implicar un cumplimiento irregular o defectuoso las obligaciones legales impuestas a cargo del funcionario.

c) Por último, ese incumplimiento debe provenir del dolo, culpa o negligencia del agente.<sup>81</sup>

Como se expresó ut-supra, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no contiene

---

<sup>79</sup> HALPERÍN, David Andrés, Distintas Cuestiones de Responsabilidad del Estado, ED, t. 160, pág. 753/754.

<sup>80</sup> GORDILLO, A., op.cit., págs. XXI-1/3.

<sup>81</sup> DIEZ, M., op.cit., págs. 127/128.

norma semejante, pero el criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y no se ve ningún inconveniente en mantener dichos requisitos a la hora de determinar la responsabilidad de un funcionario teniendo en cuenta los lineamientos generales del nuevo régimen reparatorio.

De este modo, el CCCN considera responsable directo del daño injusto al autor del hecho dañoso (acción u omisión) o del incumplimiento contractual, unificando en la definición responsabilidad contractual y extracontractual (art. 1749).

Por su parte, el principal responde de manera objetiva y concurrente por los daños que causen sus dependientes, cuando el hecho dañoso acaece en ocasión o ejercicio de la función encomendada (art. 1753).

Exige relación de dependencia que abarca todo aquel que actúa por cuenta o en interés de otro, en virtud de algún vínculo jurídico de subordinación. Además, el principal no es garante de todo lo que haga su subordinado sino que debe existir una relación causal entre lo que le encargó hacer al dependiente y el perjuicio; y el dependiente debe haber cometido el daño.

Siguiendo estas reglas, semejante a como lo regulaba el CC en sus artículos 1113 y 1112, permite demandar directamente al principal sin demandar al dependiente; y el principal tendrá una acción de regreso, como antes lo preveía el CC en el artículo 1123.

Por su parte, la ley 26.944 en su artículo 9º, establece los presupuestos para hacer responsable, de los daños que causen en ejercicio de las funciones, a los funcionarios o agentes públicos:

- a) Existencia de un hecho u omisión (actividad o inactividad) de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones.
- b) Que el hecho u omisión devenga del cumplimiento defectuoso de tales funciones (por no cumplir sino de una manera irregular).
- c) Que se origine en el dolo, culpa o negligencia del funcionario (incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas).

Se observa que, tanto en el anterior marco normativo como en el actual, si el funcionario origina daños cumpliendo regularmente sus obligaciones legales, solo responde por éstos el Estado.

En cambio, si el funcionario actúa irregularmente, con dolo o culpa, dentro del ejercicio de sus funciones, responde conjuntamente con el Estado. Con lo cual, no se trata de anexar ambas responsabilidades, dicha acumulación no implica doble reparación del mismo daño, pues el resarcimiento aunque integral es siempre único. De lo contrario, habría un enriquecimiento

injustificado de la víctima<sup>82</sup>. Aunque se advierte que, a pesar de que los particulares tienen acción contra los agentes, los perjudicados tradicionalmente han preferido satisfacerse económicamente a través de las arcas fiscales, que ofrecen mayores garantías de solvencia.

Si el funcionario acciona con dolo o culpa, fuera del ejercicio de su función, no habiendo sido ésta la causa de la producción del daño sino una cuestión meramente incidental, no actúa como órgano del Estado y solo es responsable el funcionario.

Cabe aclarar, que existe una responsabilidad patrimonial del funcionario público para con los particulares y otra para con la administración. Así dicho artículo reza “*La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.*”

La responsabilidad del agente para con la administración puede presentarse en dos casos<sup>83</sup>:

a) cuando el agente público, por un hecho que le es imputable, causa un daño al particular y la administración es condenada a efectuar la reparación del mismo, ésta podrá repetir contra el funcionario causante del daño; si el funcionario resarce directamente el daño, se entiende que éste no incurre en responsabilidad para con la administración; y

b) cuando el agente ha causado directamente un daño a la administración.

## 9. Causales de Eximición.

Existen diferencias en cuanto a las causales de eximición entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario público.

La responsabilidad del Estado que es objetiva y directa, limita sustancialmente las causales que puede invocar el Estado para exonerarse de su obligación indemnizatoria.

Por ello, el caso fortuito, la fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero, por el cual el Estado no debe responder, son los únicos supuestos por los que el Estado puede eximirse de responsabilidad.

El caso fortuito y la fuerza mayor, es una causa de exoneración común a todos los sistemas de responsabilidad. El CCCN tiene a ambos términos como sinónimos y debe tener los caracteres clásicos de ser un hecho exterior, imprevisible o inevitable (art. 1730). Su exterioridad, implica que es ajeno a la víctima, es inimputable. Imprevisible significa que no se pudo pronosticar. Inevitable quiere decir que aún previsto era imposible de resistir. También debe ser actual, existir al momento de hacer exigible la obligación y no una mera amenaza.

La culpa de la víctima exime de responsabilidad a la administración, cualquiera fuese el

---

<sup>82</sup> GUASTAVINO, Elías P., Responsabilidad de los Funcionarios y de la Administración Pública, ED, t. 116. Pág. 403.

<sup>83</sup> DIEZ, M., op.cit., págs. 119/122.

sistema de responsabilidad aplicado. El CCCN en el artículo 1729 establece esta causal por la cual se excluye o limita la responsabilidad por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, con las salvedades que la ley o un contrato establezca. Es decir, para que la víctima pierda su derecho a ser indemnizada debe haber causado su propio daño total o parcialmente aunque no haya mediado culpa de ésta.

El hecho de terceros puede constituir también una causa de exoneración o de atenuación de la responsabilidad. Para este caso, si la fuente de responsabilidad es la culpa del funcionario, el hecho del tercero exime de responsabilidad. No así, cuando la responsabilidad tiene como fuente el riesgo.<sup>84</sup> El CCCN busca preservar el derecho indemnizatorio de la víctima por lo que aclara que sólo eximirá, parcial o totalmente de responsabilidad, si el hecho del tercero tiene los caracteres del caso fortuito (art. 1731)

Ahora bien, con relación al agente, además de las mencionadas, que favorecen al Estado y a éstos, la doctrina ha expuesto otras causales, como por ejemplo el error.

En opinión de Diez<sup>85</sup>, el error de derecho nunca es excusable y siempre tiene que traer aparejada la responsabilidad. Pero el error de hecho, puede o no acarrear la responsabilidad. Así, si es un error de hecho excusable no conlleva responsabilidad, en cambio si se trata de un error de hecho manifiesto, si comporta responsabilidad.

Ejemplifica diciendo que *“El funcionario que ejecute una ley inconstitucional, no es responsable (fallo CSJN, t.16, p. 461). Ello es así porque el funcionario no tiene autoridad para desobedecer la ley ni para juzgar acerca de su constitucionalidad.”*

En cuanto al acatamiento de órdenes superiores contrarias a la ley, Ossorio y Florit<sup>86</sup> y Guastavino<sup>87</sup> consideran que no es motivo suficiente de redención.

Asimismo, la obediencia debida exime de responsabilidad al agente salvo que la orden recibida sea manifiestamente ilegal.

#### 10. Modificaciones legislativas 2014.

Aunque la nueva normativa se ha ido tratando a lo largo del trabajo, se agregó el presente punto a fin de realizar algunas precisiones.

#### Código Civil y Comercial de la Nación.

Aprobado por ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014, entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. El nuevo cuerpo normativo, que tiene 2671 artículos reemplaza a los más de 4500 del texto sancionado en 1869.

---

<sup>84</sup> DIEZ, M., op.cit., págs. 64/66.

<sup>85</sup> Ibidem, págs. 127/128.

<sup>86</sup> OSSORIO y FLORIT, M., op. cit., pág. 184.

<sup>87</sup> GUASTAVINO, E., op. cit., pág. 403.

En la materia en estudio se destaca que el Código de Vélez no contenía ninguna norma expresa que regulara la responsabilidad del Estado, sino que sólo refería a la responsabilidad del funcionario público en el artículo 1112.

Por ello, los tribunales argentinos realizaron el trabajo interpretativo y creativo, cuya evolución se describió en el punto 4 del Capítulo I de este trabajo; que se recuerda partió de una postura de irresponsabilidad del Estado y fue avanzando tomando en principio el artículo 1113 CC – responsabilidad por el dependiente- de base subjetiva y que concluyó con la aplicación, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Vadell”, del artículo 1112 responsabilizando al Estado de una manera directa y objetiva.

La nueva normativa excluye totalmente el tratamiento de la responsabilidad estatal en la rama del derecho civil y deja en claro, a través de tres artículos, que la misma debe ser reglada por el derecho administrativo.

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

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

De ellos se deriva que el legislador reconoce la responsabilidad del Estado por los daños que cause pero que la misma no es regulada en el Código Civil, sino por el derecho administrativo nacional o local. Es dable aclarar que, dicho articulado fue modificado posteriormente porque el artículo original redactado por la Comisión preveía el principio de la responsabilidad objetiva del Estado, sin necesidad de identificar a su autor y por la falta de Servicio.<sup>88</sup>

Asimismo, se destaca que, si bien en el Código de Vélez ningún artículo normaba el tema expresamente, tampoco ninguna disposición decía que sus normas no eran aplicables a la responsabilidad del Estado, lo que permitió la adaptación pretoriana.

En la actualidad, no sólo el artículo 1765 lo prohíbe, sino que la nueva ley nacional n°26.944, que regula la responsabilidad del Estado, expresamente veda la aplicación directa y subsidiaria de las disposiciones del Código Civil (art. 1 de la mencionada ley).

Ello ha traído algunas críticas de la doctrina, máxime teniendo en cuenta que alguna jurisdicción administrativa provincial puede carecer de normas relativas a la responsabilidad estatal. En ese caso, se debería aplicar, mediante analogía y como último recurso, el Código Civil. Es decir, que las lagunas del ordenamiento administrativo serían, en definitiva, llenadas por la norma de derecho común, aún cuando se trate de responsabilizar al Estado, lo contrario podría implicar incurrir en denegación de justicia.

---

<sup>88</sup> RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA, *op. cit.* Tomo V, pág. 9/12.

Por su parte, en relación a la responsabilidad del funcionario y del empleado público prescribe:

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

El artículo 1112 del CC normaba la responsabilidad del funcionario público por su accionar irregular en ejercicio de sus funciones. El nuevo artículo deja su regulación al derecho administrativo nacional o local. Así por ejemplo, actualmente a nivel nacional la cuestión es regulada por la ley 26944 en el artículo 9.

Ahora bien, es dable destacar que de la redacción del Nuevo Código se extrae su admisión al principio de que los funcionarios públicos son responsables en forma personal por el ejercicio irregular de sus funciones.

Además, tal como se expresó ut-supra (en el punto de responsabilidad de los funcionarios públicos), el art. 1764 del CCCN, que impide la aplicación directa y subsidiaria de las normas del Código Civil, sólo menciona al Estado, guardando silencio respecto del funcionario y del empleado. De la misma manera, la Ley Nacional 26.944, que veda en el art. 1º, la aplicación de la ley común, tampoco menciona a los funcionarios en dicho artículo, de lo que se desprende que la prohibición de aplicar subsidiariamente el Código Civil es sólo para la responsabilidad el Estado pero no para la del funcionario.

Más allá estas observaciones, se debe realizar una remisión al Código Civil y Comercial de la Nación puesto que es un cuerpo normativo sistemático con una elaboración doctrinaria y jurisprudencial rica y de larga data, dentro del cual existen conceptualizaciones e institutos comunes a todo el ordenamiento jurídico. Por ello, seguidamente se enunciarán los puntos centrales del actual régimen de responsabilidad civil con las reformas que ha incorporado.<sup>89</sup>

1) Primeramente es de destacar, a los fines de analizar la aplicación e interpretación de esta legislación, que en su artículo 3 coloca en cabeza del juez el deber jurídico, no moral, de resolver conforme a derecho, es decir, no arbitrariamente y de manera fundada y razonable.

2) En cuanto al ejercicio de los derechos conceptualiza los principios generales del derecho:

Buena fe, base fundamento de cómo deben ser ejercidos los derechos (art. 9). Bajo este principio se asume tanto la exigencia de un comportamiento leal (buena fe objetiva), cuanto la denominada buena fe creencia (subjetiva), que incluye la apariencia.

---

<sup>89</sup> RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA, *op.cit.*, Tomos I y IV, pág. 988/1059.

Abuso del Derecho, por el cual los derechos deben ser ejercidos de manera regular, advirtiendo que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, entendido éste como el que obstaculiza los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 10).

3) En el artículo 51 consagra la inviolabilidad de la persona humana y respeto a su dignidad. El derecho supranacional de derechos humanos constitucionalizado (art. 75, inc 22 del CN), establece las bases del régimen de los derechos personalísimos (intimidad, imagen, identidad, honor y derechos sobre el propio cuerpo). La incorporación de esa regulación integral y sistemática es una manifestación del proceso de constitucionalización del derecho privado.

4) En cuanto a la responsabilidad civil, establece dos finalidades: la resarcitoria o reparatoria y la preventiva en el artículo 1708, lo cual es novedoso porque el CC no poseía ningún artículo que hablara de las funciones de la responsabilidad; únicamente la concebía con la finalidad de obtener una indemnización.

La inserción explícita de las funciones preventiva y sancionatoria junto a la tradicional función indemnizatoria de la responsabilidad civil, permite incluir en su regulación a aquellas situaciones en las cuales no se ha producido todavía un daño (prevención) o cuando quiere ir más allá del daño (sanción).

5) El artículo 1710 coloca en cabeza de toda persona el deber de prevención “en cuanto de ella dependa” que implica “a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud;”

El CC tampoco contemplaba la evitación del daño entendiendo a la responsabilidad civil como reacción frente a la lesión; y la obligación de evitarlo surgía del deber genérico de no dañar comprendido en el artículo 19 de la Constitución Nacional “acciones que no perjudiquen a un tercero”.

Este deber de prevención comprende:

a) deber de evitar causar un daño injustificado.

Lo que significa que no debe mediar alguna causal de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular del derecho.

Este inciso está dirigido al autor, es decir, quien tiene todo el dominio del hecho y tiene toda la posibilidad de evitarlo y supone un deber positivo, de actuar para prevenir que acaezca el daño mediante acciones preventivas.

b) deber de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias del caso todas las medidas razonables.

Este refiere a quien no ha causado ese daño, un tercero, que puede adoptar medidas de

sentido común para evitar o impedir que se incremente el daño.

El tercero podrá cobrar los gastos del culpable de la conducta en la medida en la que se haya enriquecido o de la víctima conforme a las reglas de la gestión de negocios (art. 1710).

c) no agravar el daño producido.

Es el deber de mitigar el daño, novedoso también en la legislación argentina.

Pesa sobre la víctima e implica no agravar el daño, de lo contrario violaría la buena fe, y el autor del daño no sería responsable de la agravación.

6) Otra de las particularidades ahora establecidas es la Acción preventiva estipulada por el artículo 1711, la cual procederá si “...una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción del daño, su continuación o agravamiento...”, de este modo, reconoce expresamente la función preventiva.

Cabe aclarar que no requiere un factor de atribución y estará legitimado a reclamarla quien posee un interés razonable, demostrado, en la prevención de dicho daño (art. 1712)

7) Función resarcitoria: El artículo 1716 prescribe el deber jurídico de reparar “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.”

El CC no tenía ninguna disposición expresa por lo que la doctrina y la jurisprudencia recurría al artículo 19 de la Constitución Nacional.

Mediante la redacción del precepto se unifica el fenómeno resarcitorio en cuanto al deber de reparar, es decir, se debe indemnizar tanto si el daño es de origen contractual como extracontractual. Esto permite colocar el foco en la lesión (daño injusto) y la persona humana, porque la función resarcitoria de la responsabilidad no es castigar un hecho ilícito sino reparar el daño mediante la indemnización a la víctima.

8) El artículo 1719 incorpora la figura de la “asunción de riesgos” que contempla dos supuestos: a) la víctima que, consciente o inconscientemente, asume el peligro anormal y causa el daño perdiendo el derecho a ser indemnizada; y b) como acto voluntario de abnegación de un tercero que se expone a una situación de peligro para salvar la vida o bienes de otro; que tendrá la acción para pedir la indemnización del daño que sufra, al responsable y al beneficiado, en tanto tenga enriquecimiento sin causa.

9) Otra nota distintiva es la conceptualización del enriquecimiento sin causa en el art. 1794 en el que se dispone que toda persona que se enriquezca, sin una causa lícita, a expensas de otro, tendrá la obligación de resarcir la disminución del patrimonio del empobrecido, en la medida del beneficio, o bien a restituir el bien si el enriquecimiento consiste en un bien determinado. Para esto debe existir un nexo, una conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

10) En relación a las consecuencias por las cuales se responde deja establecido solamente a

las inmediatas y mediatas previsibles (art. 1727).

Las inmediatas dice que son las que “*acostumbran a suceder de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas*”, lo que el CC definía con la misma terminología. Y para lo que el juez debe establecer un pronóstico retrospectivo de probabilidad para determinar si dicha acción puede provocar normalmente tal consecuencia.

Mediatas: el CC distinguía las mediatas previsibles y las previstas, la actual redacción elimina las consecuencias previstas, porque esto no tiene que ver con la causa sino con la culpa, y juzga la previsibilidad en abstracto.

Además dice que “*Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias causales”*”. Eliminan las casuales por dolo porque tiene que ver con el factor subjetivo no con la causa.

Se eliminan también las consecuencias remotas “no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad”.

En este punto si distingue el plano contractual y dispone las reglas de la previsibilidad en este campo determinado que las partes son responsables por las consecuencias que al momento de celebrar un contrato prevén o pueden prever. Y si el deudor actúa con dolo se agrava su situación respondiendo también por las que se dan al momento del incumplimiento (art. 1728).

11) Establece y conceptualiza los eximentes de responsabilidad que se trataron en el punto correspondiente y que tanto sólo enumeramos: caso fortuito y fuerza mayor; hecho del damnificado, hecho de un tercero.

También cabe agregar el consentimiento del damnificado en el artículo 1720, por el cual se libera de responsabilidad, cuando existe: a) un consentimiento libre e informado del damnificado; y b) que no sea una cláusula abusiva.

El CC no contenía ninguna norma sobre el tema y la actual aclara que es residual, se aplica siempre que no existan disposiciones específicas. Además, debe recordarse que el consentimiento implica un acuerdo contractual y el bien al que se refiere debe ser disponible.

Por último, la imposibilidad de cumplimiento también exime al deudor de la obligación de cumplir, pero para ello debe ser: objetiva y absoluta no imputable al obligado (art. 1732).

12) El tema de la indemnización plena fue analizado en el punto pertinente a la misma.

13) Finalmente se destaca un nuevo sistema de prueba que establece qué se debe probar (fondo), dejando el cómo debo probar (procesal) a las legislaciones locales.

Como corolario, se advierte que, si bien expresamente se impide la aplicación del CCCN a la materia, no puede ignorarse que la regulación de la ley civil contiene conceptualizaciones, institutos y principios jurídicos aplicables al ordenamiento jurídico, reconocidos doctrinaria y

jurisprudencialmente, y que no pueden soslayarse.

Asimismo, se destaca que es positiva la colocación de la responsabilidad del Estado en su ámbito correspondiente de derecho público, pero no puede admitirse la existencia de infinitas reglas sobre responsabilidad del Estado, tantas como jurisdicciones administrativas haya, sobre todo porque determinadas cuestiones deben presentar una solución uniforme en todo el territorio nacional lo que exigirá una necesaria compatibilización de las legislaciones locales.

#### Responsabilidad del Estado. Ley N° 26.944.<sup>90</sup>

Sancionada el 02 de Julio de 2014, promulgada el 07 de ese año y publicada el 08 de agosto de 2014 ya se encuentra en vigencia a nivel nacional.

Hasta su dictado el ordenamiento jurídico argentino carecía de una ley que regulara todos los aspectos de la responsabilidad estatal. Sólo existía la ley 3952 de Demandas contra la Nación, dictada en el 1900, la cual determinaba los requisitos previos que posibilitaban demandar al estado.

Y, como se remarcó anteriormente, la carencia de norma específica llevó a que la evolución de la responsabilidad estatal fuera un producto pretoriano de interpretaciones analógicas y adaptación de los artículos 1113 y 1112 del Código Civil de Vélez, para darle una solución desde el marco del derecho privado aunque es un tema que tiene su fundamento en el derecho público y que con la nueva ley es abordado ya desde esta última rama del derecho.

El criterio iuspublicista fue sostenido en autos “Motor Once SA c. Municipalidad de Buenos Aires”<sup>91</sup>, como ya se enunció en el punto 5 del Capítulo I del presente escrito. Asimismo, el criterio lo utilizó la Corte in re Barreto<sup>92</sup> en el que abandona la postura que consideraba a la responsabilidad del estado como "causa civil" y, por ello, competencia originaria del máximo tribunal.

La actual ley, específica en la materia, pone punto final en el ámbito nacional a esa histórica aplicación supletoria del Código Civil al disponer en su artículo 1° "Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria."

Se entiende, como se lo ha dicho ut-supra, que ello no significa que, en caso de laguna normativa, no pueda auxiliarse con la legislación civil a fin de cubrirla a través de la analogía. La cuestión se explica en la nota de elevación del Poder Ejecutivo del proyecto, lo que implicaría adecuar las soluciones previstas en el Código Civil con los principios y normas del derecho público.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> ABELEDO PERROT N°:AP/LCON/OZZI.

<sup>91</sup> “Motor Once S.A. c. Municipalidad de Buenos Aires”, op.cit.

<sup>92</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” 21/03/06. Fallos, 329:759.

<sup>93</sup> PERRINO, Pablo Esteban, Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del

Esta nueva norma, resulta trascendental en cuanto es la primera Ley Nacional de Responsabilidad del Estado; es decir que, por primera vez se regula la materia a nivel nacional y constituye la recepción legislativa del desarrollo jurisprudencial argentino.

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

La responsabilidad de estado es objetiva y directa.

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

Así recepta la teoría de responsabilidad objetiva y directa que se venía sosteniendo en los tribunales argentinos desde “Vadell”.

Posteriormente, los artículos 3 y 4 regulan los presupuestos de la responsabilidad estatal los que, con algunas variantes, son similares a los del derecho privado: 1) el incumplimiento objetivo de un deber jurídico, 2) el factor o modo de atribución (subjetivo u objetivo), 3) el daño y 4) la relación de causalidad.<sup>94</sup>

Una de las diferencias con el derecho privado se da en la distinción, entre las conductas lícitas e ilícitas. En el derecho privado no se realiza porque no existe responsabilidad por conductas lícitas sino únicamente por conductas ilícitas, mientras que en el ámbito de la responsabilidad estatal se debe efectuar esta diferencia, entre las conductas lícitas e ilícitas del Estado, para determinar los presupuestos de cada una de ellas.

En base a ello, la ley 26.944 parte de la clasificación de la actividad o inactividad ilegítima y determina sus presupuestos, luego refiere a la actividad legítima y establece los suyos. Aclarando que la omisión o inactividad estatal siempre es ilícita, no es posible imaginar omisiones lícitas porque existe un mandato positivo de hacer y el Estado no cumple.<sup>95</sup>

Como se analizó parágrafos arriba, desde el fallo "Devoto"<sup>96</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo sustancialmente los mismos presupuestos que los señalados por la doctrina.

Así, realizando somero examen comparativo de los requisitos para la admisibilidad de la responsabilidad del Estado, en sus tres funciones, establecidos en la Ley 26.944 con los establecidos por el máximo tribunal, se observa:

1. Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero: este requisito ha sido requerido en los fallos: "Brumeco"<sup>97</sup>, "Olycon"<sup>98</sup>.

---

Estado y de los agentes públicos, LA LEY 2014-C, pág.1078.

<sup>94</sup> BALBIN, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, (Buenos Aires, 2011), Tomo IV, LA LEY, pág. 227.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 218.

<sup>96</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re Tomás Devoto y Cía. v. Estado Nacional, 22/09/1933, ABELEDO PERROT N° 1/70024198-1.

<sup>97</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re BRUMECO S.A. c Provincia de Buenos Aires, 18/09/1990, JA 1990-IV-550, ABELEDO PERROT N° 2/16878.

2. Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal: "Furnier"<sup>99</sup>.

3. Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue: "Olycon" ya citado.

4. Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. "Vadell", citado ut-supra.

En cuanto a la indemnización, la ley optó por criterio restrictivo para el caso de la actividad legítima del Estado, estableciendo una reparación limitada (art.5). Como consecuencia, el lucro cesante contemplado en fallos de la Corte, como in re "El Jacaranda S.A."<sup>100</sup> son excepciones en la historia jurisprudencial, lo que no impide que sean posibles de aplicar en posteriores fallos.

En relación al objeto de la tesis se debe resaltar que el citado artículo 5 expresamente elimina la responsabilidad del Estado por la actuación judicial legítima expresando "*Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.*" Es decir, que toma una postura más restrictiva a la hora de regular la responsabilidad por la actuación de la Justicia.

En otro orden de ideas, el artículo 7º norma el plazo de prescripción para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual estableciéndolo en tres años contados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

Antes, como no había normativa expresa, lo que se utilizaba como referencia, era el plazo bienal del artículo 4037 del Código Civil, conforme reforma por ley 17.711. Así se aplicó en fallos como Hotelera Río de la Plata<sup>101</sup>, en el que se determina cuándo debe entenderse como conocido el hecho, cuestión que la ley establece como inicio del cómputo del plazo (verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita).

La nueva ley optó por un plazo más beneficioso para el particular que el que había sentado la jurisprudencia.

En cuanto a la responsabilidad del funcionario o agente público el artículo 9 de la ley los hace responsables por los daños que causen con su actividad o inactividad en el ejercicio de sus funciones cuando cumple de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas.

La acción del damnificado contra éstos prescribe a los tres años y la acción de repetición que

---

<sup>98</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re OLYCON S.A. v Provincia de La Rioja, 01/01/1977, FALLOS: 298:198, ABELEDO PERROT N°5/4780.

<sup>99</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re FURNIER, Patricia M. v. Cáceres, Héctor O. y otro, 27/09/1994, publicado en JA 1995-II-193, ABELEDO PERROT N°1/30128.

<sup>100</sup> "EL JACARANDÁ S.A.", *op.cit.*

<sup>101</sup> "HOTELERA RÍO DE LA PLATA S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires, s/restitución de dólares", *op. cit.*

el Estado posee contra los mismos también prescribe a los tres años desde que la sentencia que estableció la indemnización quedó firme.

El artículo 10 dispone que la responsabilidad contractual del Estado se rige por las normas específicas y en caso de laguna se aplica esta ley supletoriamente.

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

En conclusión, se puede afirmar que la sanción de esta ley es positiva en virtud de que ha receptado la evolución pretoriana en esta materia, como así también trae mayor seguridad jurídica al sustraer del Poder Judicial la función legislativa en materia de Responsabilidad del Estado, función que debe ser abordada por el órgano constitucionalmente competente, el Poder Legislativo y ha encuadrado la responsabilidad estatal en el ámbito público al que pertenece.

Y, si bien se han planteado una infinidad de cuestionamientos sobre el tema, teniendo en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación excluye expresamente su aplicación directa y subsidiaria; se destaca la relevancia de la norma citada por ser la primera ley que en el orden nacional regula la responsabilidad del estado, plasma la evolución que se dio en los tribunales y ubica el tema en el derecho público; cuestión no menor, porque ambas ramas del derecho se basan en distintos principios, lo que da fundamento a determinadas características de la responsabilidad estatal congruente con la finalidad última de éstos, como por ejemplo: que la indemnización normada en esta ley para la actividad legítima sea restringida al daño emergente; o que se distinga entre conductas lícitas e ilícitas, determinando los presupuestos de responsabilidad para cada una de ellas, dando la posibilidad de que exista responsabilidad por los daños causados por el obrar lícito del Estado.

Sin dejar de ver, claro está, que la limitación a la responsabilidad estatal por actividad judicial legítima seguramente dará lugar a debate sobre todo para los partidarios de concepciones amplias de la responsabilidad estatal.

#### Incidencia de la nueva legislación en las Provincias

Sobre este punto se adelantaron comentarios ut-supra que, a continuación, se intentarán precisar.

#### Código Civil y Comercial de la Nación.

La exclusión expresa de la aplicación directa y subsidiaria del derecho civil a la responsabilidad del Estado y funcionarios públicos ha originado diversos debates doctrinarios acerca de su constitucionalidad.

El enfoque iuspublicista que entiende que todo lo concerniente a la responsabilidad del

Estado y de los funcionarios públicos es materia reservada por las provincias y, en consecuencia, no delegada a la Nación con acuerdo con la reforma realizada. En este sentido, advierte que la anterior aplicación del Código Civil de Vélez a la materia, se dio por un “*déficit del derecho público provincial*”<sup>102</sup> que justificó su aplicación subsidiaria a los fines de colmar el vacío legal de las provincias al momento de la organización nacional; y de ningún modo imposibilita a las provincias retomar la competencia para regular, dentro del derecho público local, la materia que constitucionalmente les pertenece.

En cambio, una perspectiva civilista, que reivindica el tratamiento dentro de la responsabilidad civil en general con las peculiaridades de toda responsabilidad especial,<sup>103</sup> efectúa algunos reparos acerca de la modificación sobre todo teniendo en cuenta el federalismo planteado en la Constitución Nacional y la ausencia de normativa sobre la materia en los gobiernos locales la cual podría ser suplida remitiéndose nuevamente al Código Civil.

Más allá de una u otra postura, es necesario puntualizar acerca de lo que la Constitución Nacional establece en relación a la forma de gobierno federal y la distribución de las facultades legislativas que poseen tanto los gobiernos locales (provincias y ciudad Autónoma de Buenos Aires) y el gobierno nacional.

Así, el art. 121 de la Carta fundamental<sup>104</sup> deslinda lo nacional de lo provincial, determinando un gobierno federal que tiene de facultades delegadas, limitadas y excepcionales y, por otro lado, gobiernos locales que poseen facultades reservadas que los autorizan a proveerse sus instituciones locales y regirse por ellas (art. 122) dictarse su propia Constitución (art. 5), y legislar en materia administrativa estableciendo regímenes locales de responsabilidad estatal y de sus funcionarios.

Dentro de esos gobiernos locales (provincias) debe sumarse a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que tiene, desde la reforma de 1994, un sistema de gobierno autónomo con facultades de jurisdicción y legislación; es decir, de establecer su régimen de responsabilidad estatal (art. 129 CN).

Por el contrario, no tienen potestad para precisar normas de responsabilidad del Estado, los municipios ya que el art. 123 de la Constitución Nacional les otorga una autonomía cuyo grado y alcance depende del poder constituyente provincial, sin perjuicio de las posibles delegaciones que

---

<sup>102</sup>ROSATTI, Horacio, Competencia para legislar sobre responsabilidad de Estado en la Argentina; en Horacio Rosatti (director), La ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal - Culzoni, (Santa Fe; 2014); pág. 25.

<sup>103</sup>CORREA, José Luis, Reforma del Código Civil y Comercial y Ley de Responsabilidad de Estado. Asunción iuspublicista de la reparación de daños causados por el estado. Consecuencia procesal en Mendoza: "necesidad de agotar la vía administrativa para demandar extracontractualmente o contractualmente al Estado"; LLGran Cuyo, 2015 (marzo), pág.119. Cita Online: AR/DOC/366/2015.

<sup>104</sup>Art. 121 C.N: "*las provincias conservan todos el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*".

las provincias dispongan.

Aclarado esto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es una ley dictada por el Congreso Nacional, en ejercicio de facultades delegadas por las provincias y que integra *"el bloque infraconstitucional con jerarquía de ley común u ordinaria, aplicable por las autoridades locales si las cosas o las personas cayeren bajo su respectiva jurisdicción (art. 75 inc. 12 y 23), a diferencia de las leyes federales y de las leyes locales"*.<sup>105</sup>

Por esa razón, Pérez Hualde<sup>106</sup> observa que no puede modificarse la distribución del poder vertical del país mediante la legislación civil. Es decir, no tiene facultades para prohibir de manera generalizada y unilateral, como lo hizo el Código en su artículo 1764, la aplicación directa ni aún subsidiaria de sus normas en las provincias que así lo dispusieren; tampoco puede vedar la aplicación analógica de sus principios.

Por tanto, aún cuando el nuevo ordenamiento coloca a la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público y encarga la regulación en la materia a las Provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Nación, en sus respectivos espacios de competencia; las provincias, que así lo deseen, pueden establecer la aplicación directa o subsidiaria del CCCN, y los jueces provinciales podrán aplicarlo de esa forma, o en su defecto mediante la analogía a los fines de resolver.

La remisión al Código Civil y Comercial Nacional, por parte de las provincias "no significaría una remisión al derecho "privado", sino a un cuerpo sistemático que contiene respuestas eficientes y justas desde sus contenidos esenciales comunes, que son numerosos de derecho privado y algunos de derecho público,<sup>107</sup> y que no admitirían soluciones disímiles por el sólo hecho de vivir en una u otra provincia; verbigracia, no podría una provincia excluir en su responsabilidad contractual el principio del "pactae sunt servandae" sin violentar la Constitución Nacional y la "coherencia y unidad del sistema jurídico"<sup>108</sup>.

También, hay que tener en cuenta que, una gran heterogeneidad normativa puede aparejar un debilitamiento en la efectivización de dicha responsabilidad haciendo necesario fijar un límite a la facultad provincial. Ante ello, cabe preguntarse ¿Cuál sería el espacio reservado a la determinación normativa de los gobiernos locales?

A lo cual debe responderse que las provincias no podrán establecer normas que regulen las relaciones que se den al margen del carácter público, lo que tienen vedado expresamente en el

---

<sup>105</sup> ÁBALOS, María Gabriela, Responsabilidad del Estado y principios constitucionales: pautas de interpretación, LA LEY 01/09/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/2234/2015.

<sup>106</sup> PÉREZ HUALDE, A., op.cit.

<sup>107</sup> Agustín A. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, prólogo de Jorge A. Sáenz, (Buenos Aires, 2009), T I, 10ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, pág. VIII-2.

<sup>108</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, La responsabilidad del Estado: fundamento constitucional y su regulación por una ley administrativa, en Pedro Aberastury (director), Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26944, (Buenos Aires, 2014), Abeledo Perrot, pág. 69 y 71.

artículo 126 de la Constitución Nacional; tampoco pueden omitir las soluciones trazadas por la Corte Suprema, los desarrollos de la doctrina, y los progresos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Esto se refuerza mediante el recurso extraordinario federal que cuida la vigencia Constitucional frente a las potestades reservadas de las provincias puesto que el control judicial de constitucionalidad y convencionalidad es la herramienta adecuada para restaurar el orden jurídico constitucional si las normas dictadas por los gobiernos locales conculcan principios, derechos o garantías constitucionales.<sup>109</sup>

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como custodia de la división de poderes vertical que imposibilita a las provincias el alejamiento del orden constitucional federal;<sup>110</sup> en oportunidades que ha impuesto límites a las provincias que han pretendido limitar su responsabilidad como en el caso de aquellas que han declarado la inembargabilidad de los bienes de la provincia y del municipio aun mediante la misma constitución local.<sup>111</sup>

Cabe resaltar que, antes de las reformas precitadas, varias provincias han regulado distintos aspectos de la materia en sus constituciones, como por ejemplo: supuestos específicos de responsabilidad del Estado por error judicial<sup>112</sup>; cuestiones procesales de demandabilidad del Estado<sup>113</sup>; responsabilidad de los funcionarios, juicio de residencia<sup>114</sup>; atribución al órgano legislativo local de la facultad de “dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios y empleados públicos;”<sup>115</sup> entre otras.

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Santa Fe en su artículo 18 establece que “en la esfera del Derecho Público, la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que le competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos...” “Tal responsabilidad se rige por las normas de derecho común en cuanto fueren aplicables”. El artículo 9 reconoce la responsabilidad del Estado

---

<sup>109</sup> ÁBALOS, *ob.cit.*

<sup>110</sup> SPOTA, Alberto Antonio, *Origen y naturaleza del poder constituyente provincial en una estructura de estado federal*, LALEY, t. 1988-C, pág. 937. *"el recurso extraordinario tiene por objeto exclusivo y excluyente, defender la distribución de competencias establecida en la Constitución Nacional, fundamentalmente en función de los poderes y capacidades delegadas expresa o tácitamente en el Estado Nacional..."*

<sup>111</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re "Provincia del Neuquén c/ Estado Nacional", FALLOS 321:3508, LALEY, t. 1999-B, pág. 684.

<sup>112</sup> Ejemplos: Neuquén, art. 40, Santa Cruz, art. 29, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 13 inciso 10, Salta, art. 5, La Pampa, art. 12, Chubut, art. 60, Formosa, art. 22, Chaco, art. 24.

<sup>113</sup> Ejemplos: San Juan, art. 8, San Luis, art. 12, Córdoba, art. 178, Catamarca, art. 41, Río Negro, art. 55, Chaco, art. 76 (demandabilidad de los municipios, art. 199), Santiago del Estero, art. 11, Salta, art. 5, La Rioja, art. 15, Tucumán, art. 20, Neuquén, art. 155, Chubut, art. 98, Corrientes, art. 20, Entre Ríos, art. 46.

<sup>114</sup> Ejemplo: Tierra del Fuego, art 90..

<sup>115</sup> Ejemplos: La Constitución de la Provincia de Mendoza establece, entre las atribuciones de la Legislatura, art. 99 inc. 11: *"dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios y empleados públicos"*. La Constitución de Formosa, art. 120 inc.23, Neuquén, art. 189, Corrientes, art. 118 inc. 10, Entre Ríos art. 122 inc. 15, entre otras.

por actos de los órganos judiciales, en caso de que prospere el recurso de revisión en materia penal; y el artículo 15 regula la expropiación por motivos de interés general contemplando un supuesto de responsabilidad por acto lícito.

Por último, no cabe duda de que la aplicación analógica de las disposiciones del derecho privado para integrar las lagunas del derecho administrativo no se encuentra vedada.

Ésta ha sido reconocida desde antaño por la doctrina y por la jurisprudencia.

Autores como Gordillo sostienen que la aplicación de las normas del Código Civil al Derecho Administrativo debe efectuarse a través del procedimiento de la analogía, que exige realizar una tarea previa de adaptación a las normas y principios del Derecho Público<sup>116</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, de manera afín, ha resuelto la aplicación analógica de las normas del Código Civil para integrar lagunas del derecho administrativo como en materia de nulidades del acto administrativo, contratos administrativos y con relación a la responsabilidad del Estado<sup>117</sup>.

#### Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.499.

La ley 26944, toma el criterio de la CSJN sustentado in re "Barreto", en el que redefine lo que debe entenderse por "causa civil", dejando afuere aquellas en las que se requiere la aplicación de normas de derecho público local, quedando excluida la competencia originaria de la Corte. Y reconoce que la responsabilidad estatal se rige por el derecho administrativo, por ende su regulación es facultad de los gobiernos locales<sup>118</sup>

Ahora bien, el régimen especial que crea bajo las "*reglas y estándares normativos propios del derecho público*", obliga a tener en consideración los intereses del damnificado "en armonía con los intereses públicos" en base a "*la relación equilibrada de la persona en su relación con la comunidad*"<sup>119</sup>.

Por ello, la doctrina ha sido conteste en afirmar que al momento de armonizar el ordenamiento jurídico se deberá tener en cuenta que ha instaurado un microsistema restrictivo que limita los supuestos de procedencia de la responsabilidad del Estado y de sus agentes; como así

<sup>116</sup> GORDILLO, Agustín; "Tratado de derecho administrativo"; tomo I, Ed. Macchi, Bs.As.; pág. VII-2.

<sup>117</sup> La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re "Ganadera Los Lagos" admitió la aplicación analógica, al decir: "*Las disposiciones del Código Civil sobre nulidad de los actos jurídicos son aplicables en la esfera del derecho administrativo, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último*". CSJN, " Fallos 190:142, 27/06/1941.

<sup>118</sup> CANDA, Fabián Omar, La responsabilidad del Estado se rige por el derecho administrativo. El derecho administrativo es esencialmente local. La responsabilidad del Estado es asunto de derecho público local, AAVV "Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes", pág. 625 y ss.

<sup>119</sup> Mensaje n° 1780 del Poder Ejecutivo de elevación al Congreso de la Nación del Proyecto de ley.

también, disminuye el catálogo de los daños reparables (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10 de la Ley 26944)<sup>120</sup>.

Dada su naturaleza de ley federal,<sup>121</sup> no rige automáticamente en los estados locales, a diferencia de las leyes de derecho común, por ello, en su artículo 11, invita a las provincias a adherirse en sus respectivos ámbitos.

Respecto a este tópico, y para entender como jugaría esta norma en relación a los ordenamientos locales y legislación civil, se debe observar que existen diversas formas de compatibilizar las legislaciones, mediante: 1) la adhesión; 2) la complementariedad; y, 3) la analogía.

1) Para este primer supuesto, la misma norma llama a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a la Ley Nacional.<sup>122</sup>

2) Para el caso de la complementariedad Bidart Campos<sup>123</sup> dice que "complementar" es "rellenar" los presupuestos mínimos de protección, siendo lo "máximo" de competencia provincial.<sup>124</sup>

3) Por último, la analogía<sup>125</sup> permite acudir a la legislación civil y comercial para llenar las lagunas que aparezcan en la materia. El art. 1 de la ley 26.944 excluye expresamente la aplicación directa y subsidiaria del Código Civil pero nada dice de su aplicación en forma analógica.

Como se mencionó ut-supra, la aplicación analógica de la legislación civil y comercial aparece en el Mensaje del Poder Ejecutivo de elevación del proyecto de ley de responsabilidad estatal a la Cámara de Diputados.<sup>126</sup>

Para una parte de la doctrina debió disponerse expresamente la posibilidad de acudir a la ley

---

<sup>120</sup> GALDÓS, Jorge Mario, La responsabilidad del Estado en la ley 26.944 por el daño causado por las cosas de su propiedad; en RCyS2014-XII, 20, cita Online: AR/DOC/4031/2014.

<sup>121</sup> PERRINO, Pablo E., Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos, LA LEY, diario del 18/06/2014.

<sup>122</sup> Un ejemplo de adhesión se da para el caso de las facultades tributarias que poseen tanto la Nación, como las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esto hace necesario la armonización de las normas tributarias, en forma vertical, entre los distintos órdenes de gobierno, ej: ley de Coparticipación Federal n° 23.548 y Pacto Fiscal Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento (12/08/1993); de manera horizontal, en un mismo nivel de gobierno, ej: el Convenio Multilateral (18/08/1977). La Corte Suprema Federal lo ha denominado "derecho intrafederal" y surge con el fin de evitar la superposición de tributos en un país federal.

<sup>123</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución reformada (Bs.As., 1998), T II, Ed. Ediar, págs. 89/90.

<sup>124</sup> Verbigracia: El art. 41 de la Constitución Nacional establece la potestad nacional para dictar los presupuestos mínimos de protección en materia ambiental sin que alteren las jurisdicciones locales y deja a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la facultad de dictar las normas complementarias.

<sup>125</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho; Ed. Porrúa, México, 1958, p. 369, citado por Pablo E. Perrino; "La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944" en RCyS 214. XII-31, cita online: *En la analogía se atribuye "a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial"*

<sup>126</sup> "La sanción de una ley de responsabilidad patrimonial del Estado permite que éste sea juzgado por reglas y estándares normativos propios del derecho público. En ese sentido expresamente se establece que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos: 190:142, 310:1578 y 321:174, entre otros)".

civil por analogía ya que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, en algunos casos, al aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad estatal, afirma que lo hace subsidiariamente, mientras que en otros invoca la analogía.<sup>127</sup>

Otra cuestión, a tener en cuenta, radica en que los gobiernos locales no podrán dejar de observar las bases constitucionales:

1) supremacía del bloque constitucional integrado por la Constitución Nacional más los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional;

2) forma republicana de gobierno que implica: división de poderes, responsabilidad de los funcionarios, igualdad ante la ley (art. 1 CN.)

3) garantía de los derechos fundamentales: igualdad ante la ley, igualdad ante las cargas públicas, igualdad real de oportunidades, acceso a la jurisdicción, defensa en juicio, derecho de propiedad, intimidad, libertad, integridad de la persona, a la vida y los principios de legalidad, razonabilidad y el principio general de no dañar; por el cual todo menoscabo que sufra en la persona, patrimonio y/o en los derechos, que sea susceptible de apreciación monetaria, debe ser reparado (art. 19 C.N).

De la misma forma, deberán tener en cuenta las disposiciones de sus Constituciones locales a la hora de adherirse o no a la ley 26.944. El caso de la Provincia de Santa Fe será tratado a continuación.

En definitiva, tanto a nivel nacional como del derecho público provincial, las legislaciones deberán respetar las directrices de las constituciones tanto nacional como provinciales.

### 11. Artículo 18 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe<sup>128</sup>

Párrafos arriba, se anticipó que la ley N° 26944 invita a adherirse a las provincias al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que ha creado. Esto trae aparejada la problemática de la compatibilización de las legislaciones locales, ya sea que opten o no por dicha adhesión.

La provincia de Santa Fe tiene la peculiaridad de poseer normas sobre responsabilidad del Estado, tanto en la constitución provincial, como en la legislación ordinaria, y que a continuación se enuncian:

El art. 18 de la Constitución provincial establece que "*en la esfera del Derecho Público, la*

---

<sup>127</sup> PERRINO, Pablo E.; "La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944" en RCyS 214.XII-31, Cita Online: AR/DOC/4032/2014.

<sup>128</sup> DOMINGO, Hugo L. Moscariello, Ricardo V, La provincia de Santa Fe no puede adherir sin cortapisa a la ley nacional de responsabilidad del Estado, LLLitoral 2015 (mayo), 21/05/2015, 358, Cita Online: AR/DOC/1227/2015.

*Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que le competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos...", "...Tal responsabilidad se rige por las normas de derecho común en cuanto fueren aplicables".*

El art. 9 reconoce la responsabilidad del Estado por actos de los órganos judiciales, en caso de que prospere el recurso de revisión en materia penal. Reglamentado por la Ley de Reparación por Error Judicial Excusable N° 7658.<sup>129</sup>

Y, el art. 15, reglamentado por la ley provincial N° 7534, regula la expropiación por motivos de interés general, supuesto de responsabilidad del Estado por acto lícito.

Entonces, a la hora de intentar armonizar el ordenamiento jurídico santafesino, la provincia podrá: a) adherir al régimen nacional con modificaciones; b) dictar una ley estableciendo su propio régimen de responsabilidad; c) guardar silencio, lo que equivale a continuar con un régimen pretoriano de responsabilidad.

a) Adherir al régimen nacional.

En este caso se presenta un problema porque la ley nacional "prohíbe" la aplicación directa o subsidiaria del código civil (art. 1°). Y como ya se dijo, la Constitución provincial específicamente dice que esta responsabilidad se rige por el derecho común en cuanto es aplicable.

En virtud de esta última parte del art. 18 de la Constitución santafesina, se puede decir que, si bien expone que la responsabilidad del Estado se rige por el derecho común, el enunciado "*en cuanto fueren aplicables*" implica que tales normas se emplean en tanto no exista otra, local, que la derogue o modifique, significando que "el derecho común sería subsidiario del local"<sup>130</sup>

La situación se complejiza teniendo en consideración que en el ordenamiento santafesino no existe norma local que regule todos los presupuestos básicos de la responsabilidad patrimonial del Estado, lo que hace necesario la aplicación del derecho común, vía subsidiaria.

Por ello, la provincia de Santa Fe no puede dictar una ley adhiriendo sin más a la ley nacional, si la adhesión fuese lisa y llana sería inconstitucional, ya que impediría la aplicación subsidiaria del código civil, transgrediendo el texto constitucional provincial. Además, existen antecedentes anteriores a la ley 26.944, que aconsejaban al Gobernador no aceptar la invitación de la Nación para adherir a la ley nacional<sup>131</sup>

En definitiva, si se adhiere debe efectuar algunas reservas:

---

<sup>129</sup> LEPENIES, Irmgard, La responsabilidad del Estado y del funcionario público en la provincia de Santa Fe, en AAVV Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ciencias de la Administración, (Bs.As., 2001), pag. 495 y ss.

<sup>130</sup> LISA, Federico, La responsabilidad del Estado en la provincia de Santa Fe, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVIII, Nro. 326, pág. 149.

<sup>131</sup> Dictamen N° 60 del 6/12/2013, del Consejo Consultivo para el Crecimiento de Santa Fe, suscripto por su presidente Dr. Luis Armando Carello, y los vocales Jorge Mosst Iturraspe, mario Miretti y Angel D'Ambrosio.

1) que su aplicación se da en el ámbito de la responsabilidad generada por la actuación del Estado en el campo del Derecho Público;

2) que se podrá aplicar el derecho común en forma subsidiaria, como lo dispone la constitución provincial;

3) que en los supuestos de actuación estatal en el marco del derecho privado, el derecho común se aplicará en forma directa.

Igualmente se reitera que la prohibición de aplicación de derecho común, efectuada por la ley nacional, no impide la utilización de la analogía para casos no previstos, oscuros o insuficientes.<sup>132</sup>

b) Dictar una ley provincial de responsabilidad del Estado, de conformidad a las prescripciones de la Constitución provincial, y permitiendo la aplicación subsidiaria del derecho común.

c) No adherirse ni dictar régimen propio. En este último supuesto se tendrá que atener a los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema Nacional, atento a que en este campo la doctrina jurisprudencial ha realizado toda la elaboración de los principios rectores en la materia y que la misma ley nacional ha tomado consagrándolos en su articulado.

---

<sup>132</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en el Código Civil y Comercial Proyecto", en La Ley del 01/10/2012.

## CAPITULO II

### RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-JUEZ

1. La Justicia. 2. El Juez. 3. Irresponsabilidad o Responsabilidad del ESTADO-JUEZ. 4. Características de la responsabilidad estatal por el obrar judicial. 5.Ámbito de aplicación. 6. Requisitos. 7. Factores de Atribución.8. El Error Judicial. 9. El anormal funcionamiento de la Justicia. 10. La Demora.11. La Omisión.12. La responsabilidad de los jueces por su hecho propio.

## 1. La Justicia.

Para abordar la problemática de la responsabilidad que surge del obrar judicial, se hace imprescindible efectuar, con antelación a otro análisis, precisiones acerca de lo que se entiende por Justicia, ya que es un término que posee varias acepciones: como Valor Superior, como Servicio Público, como Función estatal ejercida por uno de los tres Poderes republicanos.

A los efectos del trabajo se destaca dos de estas significaciones, como valor superior y como servicio público.

### 1.1. La justicia es un valor jurídico superior.

Lourido Rico<sup>133</sup> nos dice que como tal es un ideal que se persigue pero que es imposible de alcanzar plenamente. Se le opone un desvalor lo no justo o lo injusto. Es jurídico porque posee alteridad y dentro de la jerarquía axiológica es un valor supremo.

La autora recuerda que PLATON resaltó a la Justicia, dentro de las virtudes morales, como la más alta virtud social; GOLDSCHMIDT entiende que la justicia es el principio supremo y COSSIO sostiene que es el valor que preside a los restantes valores jurídicos<sup>134</sup>.

A este valor supremo Ulpiano, en su célebre definición, lo materializa al decir: "Constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere"<sup>135</sup> que transcripta significa que Justicia es: La constante y perpetua voluntad de dar a cada cual su derecho, o dar a cada uno lo suyo. Axioma que guiará el trabajo porque justamente son los jueces los encargados, por el Estado, de dar a cada uno su derecho.

### 1.2. La Justicia ¿es un servicio público básico o una función estatal?

Una postura doctrinaria sostiene que la Administración de Justicia, como parte de la función del Estado, es un servicio público que tiene a su cargo la solución jurídica de los conflictos de la población.<sup>136</sup>

Se postula, entonces, que la tutela judicial es una prestación estatal cuya necesidad es impostergable en un Estado constitucional de derecho y, por tanto, un servicio público, básico y fundamental que debe prestar el Estado.

---

<sup>133</sup> LOURIDO RICO, Ana M., La articulación de las relaciones entre la Seguridad Jurídica y la Justicia: La cosa Juzgada y algunos de los mecanismos procesales que permiten desconocerla, Anuario da Facultad de Derecho da Universidad de Coruña, 2003, 7: 493-509. ISSN: 1138-039X, ed. Universidad de Coruña, (España-2003), cita online: <http://hdl.handle.net/2183/2241>, págs. 497.

<sup>134</sup> Ibidem, pág. 498.

<sup>135</sup> ULPIANO, Digesto del Emperador Justiniano, Parte 1ª, Libro I, Título II, Traducción de García Corral, (Barcelona-1889), citado en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad del Estado por "error judicial" (El auto de prisión preventiva y la absolución), publicado en LA LEY 1996-B, 311-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2007, pág. 1301.

<sup>136</sup> SAGASTA, María Eugenia, Aporte a la perspectiva de género por parte de las asociaciones profesionales en el ámbito judicial, publicado en: Sup. Act. 07/04/2009, 1.

De ello deviene que el Estado y los servidores de la justicia deben responder por su actuación ante la comunidad de manera eficiente y adecuada.

Es decir, “...*el mejor modelo para lograr la responsabilidad no debe ser enfocado en función del prestigio e independencia del poder judicial, sino en función de los usuarios del servicio de justicia...*”<sup>137</sup>

Teniendo en cuenta esta postura se debe enfocar la cuestión desde la ley 26361 de Derechos del Consumidor, considerando al justiciable como usuario de sistema de servicios, en el caso el "sistema de servicios jurisdiccionales".

El art. 2º establece “*Proveedor: Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley...*”

En el art. 1º de la ley se especifica “*Objeto. Consumidor. Equiparación: La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social... Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.*”

En los términos de la ley los ciudadanos y habitantes de la Argentina "son usuarios" del sistema jurisdiccional y por consiguiente aplicando el artículo 5º: “*Protección al consumidor: Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.*”

El art. 40 reza “*Responsabilidad: Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio...La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.*”

---

<sup>137</sup> CAPPELLETTI, Mauro, La Responsabilidad de los Jueces, Fundación JUS, edición traducida por Samuel Amaral, (Buenos Aires,1987), pág. 97, citad en HITTERS, Juan Manuel, Responsabilidad del estado por error judicial, LA LEY 2003-F, 1070, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, T IV, 01/01/2007, 1337.

En definitiva, en el marco de esta legislación la responsabilidad del Estado por el servicio jurisdiccional es objetiva, no importando si se trata de un obrar lícito o antijurídico, se responde por el daño causado por el riesgo de proveer a la sociedad organizada el servicio de justicia.

También es de aplicación a la materia los principios centrales de la Ley 26.361: información; trato digno; presunción a favor del usuario, etc.

Otra corriente doctrinaria sostiene que la Actividad Judicial del Estado no es un servicio público sino una función pública y por ello indelegable, característica que la diferencia del servicio público, que puede ser prestado por el Estado o por los particulares.<sup>138</sup>

Dice Hitters<sup>139</sup> que si se aceptase la idea de justicia como servicio público se corre el riesgo de que cualquier “faute de service” origine responsabilidad del Estado. Sin perjuicio de ello, aduce que hay causales propias de responsabilidad como: error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia.

Se entiende que, la postura que sitúa a la actividad judicial del Estado como un servicio público deja abierta la puerta para un reconocimiento amplio de la responsabilidad estatal en la materia con una visión más protectoria del justiciable. En cambio, la tesitura que la considera de manera estricta función pública, con presupuestos propios de generación de responsabilidad, limita el reconocimiento cuando se trate de actividad legítima y la indemnización, teniendo en cuenta la misma finalidad del Estado, a los fines de que no se afecte la prestación de dicha función.

## 2. El Juez.

Otro de los tópicos a dilucidar es: ¿quién es el Juez? la importancia de responder este cuestionamiento radica en la imputabilidad o no al Estado de la responsabilidad extracontractual por los daños ocasionados como consecuencia del obrar de los jueces.

Nos dice Mosset Iturraspe, citando a Marienhoff, que el juez es un funcionario público que *“realiza funciones esenciales y específicas del Estado”*. *Integra uno de los “poderes” del Estado, el Judicial...* *“...Y como funcionario, en el sentido amplio del vocablo, aparece abarcado por el Derecho Administrativo, en orden a su quehacer y a su disciplina, y por el Derecho de Daños, en punto a su responsabilidad.”*<sup>140</sup>

Tiene una labor trascendental para el Estado Republicano de Derecho pues poseen el control de los demás poderes del Estado a través del control de razonabilidad<sup>141</sup>, que le asigna la

<sup>138</sup> MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, (Bs A., 1966), Ed. Abeledo-Perrot.,t. II, pág. 49.

<sup>139</sup> HITTERS, J. op.cit.,

<sup>140</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, El error judicial, (Santa Fe, 1999), Edit. Rubinzal-Culzoni, pág.26.

<sup>141</sup> Artículo 28 de la Constitución Nacional *“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”*

Constitución Nacional<sup>142</sup> y que erige a los Jueces custodios de la supremacía del orden jurídico constitucional<sup>143</sup>, siendo la sujeción de la magistratura a la ley presupuesto de legitimidad democrática.

En este sentido, detentan una cuota de poder del Estado que los coloca en una posición de supremacía respecto de otros funcionarios.<sup>144</sup>

Además, su función esencial es “decir el derecho”, que implica asegurar la JUSTICIA, actuando dentro de la legalidad y el respeto a los principios de seguridad jurídica, razonabilidad y prohibición de dañar al prójimo que abarca a todos los ámbitos de la actividad estatal.

Por ello, dada las particularidades de su tarea, algunos sostienen la irresponsabilidad en esta materia, postura a la que no adherimos, ya que habiendo dejado sentado que el Juez es un funcionario público, aun destacando la relevancia de su actividad, se debe aclarar que, como cualquier otro agente estatal, el mal desempeño de la función lo responsabiliza personalmente frente a la víctima de su conducta dañosa y, por tratarse de órganos públicos, hace nacer la responsabilidad del Estado.

### 3. Irresponsabilidad o Responsabilidad del ESTADO-JUEZ.

La responsabilidad de los jueces y del Estado por el accionar de éstos, fue paulatinamente

---

<sup>142</sup> Artículo 116 de la Constitución Nacional “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.” (y artículos conc., C.N.).

<sup>143</sup> Artículo 31 de la Constitución Nacional “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

<sup>144</sup> SAGÜES, Néstor P., La Constitución Nacional Argentina. Introducción, p. 35, Ed. LA LEY S.A., 1985.

incorporada por la jurisprudencia y se encuentra en plena evolución.

La corriente clásica pugnaba por la irresponsabilidad en esta materia, teniendo en cuenta diferentes argumentos:

a) Uno de ellos, se basa en el temor a que la amenaza de un reclamo indemnizatorio afecte la independencia intelectual de los magistrados y conduzca al dictado de sentencias cuidadosas de no avanzar sobre el patrimonio del litigante.<sup>145</sup>

b) También se ha dicho que tal responsabilidad no tendría asidero puesto que la sentencia errada podrá ser corregida mediante los recursos del proceso. Como el Poder Judicial tiene una estructura piramidal, los errores de los tribunales inferiores se podrían reparar en los tribunales superiores. Además, agotadas todas las revisiones posibles, cuando la resolución judicial queda firme y no admite recurso en su contra, se ha generado su propio derecho por lo que no podría ser fuente de reparación de ningún perjuicio.<sup>146</sup>

Se advierte como crítica a este postulado que: pueden existir errores que originan un daño irreparable, no superable por una decisión en contrario; pueden existir errores que por su índole no admitan una apelación; o tratarse de actos no jurisdiccionales propiamente dichos; o bien, que el tribunal niegue el recurso de arbitrariedad.<sup>147</sup>

c) Hay quienes sostienen que se afectaría el valor justicia y el valor seguridad. Advierte Mosset Iturraspe que el argumento de esta postura sería que *“...si las decisiones de los jueces, cualesquiera sean el fuero y la instancia, pueden ser revisadas so pretexto de error, desaparece la seguridad que emana del obrar del Poder Judicial.”*<sup>148</sup>

Pero tal fundamento es cuestionable si se considera que los jueces no son perfectos y su obrar está sujeto, como cualquier hombre, a aciertos y desaciertos, lo que no implica permitir

---

<sup>145</sup> VANOSSE, Jorge Reinaldo, Comentario al Fallo: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) -2001/06/14-G.T.C.c.L.B.R. y otro, publicado en LA LEY 2002-A, 373- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2007, pág. 1567: *“Si algo debe caracterizar el desempeño de los magistrados es que su labor jurisdiccional no pueda ser objeto de alguna coerción previa, concomitante o posterior al dictado de sus decisiones, ya fueran éstas de orden jurisdiccional, o bien lo sean de índole propia de sus facultades de superintendencia...Pues bien: si se quieren preservar esas condiciones en aras del mejor cumplimiento de las funciones judiciales, se impone entonces que los jueces tengan el goce de una atmósfera de libre discernimiento, intención y libertad, a fin de que quede claramente asegurada la validez de sus actos. Y en ese orden de cosas, la amenaza de una posible o eventual responsabilidad personal por supuestos ilícitos culposos o dolosos de naturaleza civil, es algo que configura un cuadro de patología que atenta contra el natural ejercicio de facultades que la Constitución (nacional o provincial) y las leyes y reglamentos ponen a cargo de los jueces...Bien señala en su sesudo dictamen el Procurador General, que si nos ubicáramos en un plano de razonamiento distinto al que precede, ello significaría "abrir un peligroso y amplio flanco en la materia, dentro del cual, los magistrados podrían, sentirse coaccionados ante la posibilidad de que sus decisiones los expusieran a padecer una eventual condena... cuando no se pruebe, con el rigor que es menester, que hayan actuado con iniquidad manifiesta”*

<sup>146</sup> Ibidem, : *“...para esos supuestos los afectados tienen a mano el arsenal de medidas recursivas que permiten acceder a instancias de revisión o revocatoria que, en casos de error, hagan factible la anulación del acto lesivo y hasta la reparación del daño causado...Queda bien claro, pues, que el ordenamiento jurídico contempla en el seno mismo del Poder Judicial los resortes procesales suficientes para impetrar la revisión de actos supuestamente lesivos, aunque el reclamo provenga de y se dirija a miembros del propio Poder en cuestión.”*

<sup>147</sup> SAGÜES, N, op. cit., págs. 101/102.

<sup>148</sup> Ibidem, págs. 99/100.

revisiones antojadizas. Por ello, la justicia y la seguridad deben conjugarse lo que para él sucedería cuando la revisión del entuerto, tiene todas las garantías de un proceso.

d) Otros, invocan como impedimento de la responsabilidad a la *cosa juzgada*.

Por ello Marienhoff, citando a Duguit dice que: “*Un sector de tratadistas sostiene que tal responsabilidad no es admisible, por oponerse a ello el propio carácter del acto jurisdiccional, que al adquirir valor de cosa juzgada (presunción de verdad legal) obsta que pueda volverse sobre él mismo, cosa ésta que sería socialmente imposible. Algunos agregan que esa irresponsabilidad se impone como una necesidad social, admitiéndose la responsabilidad del Estado sólo si una ley así lo dispusiere o estableciere.*”<sup>149</sup>

Es decir, que según esta posición doctrinaria, no podría atribuirse responsabilidad al Estado por la manera en que ha decidido un conflicto el órgano jurisdiccional que posee la atribución de decidir con fuerza de *cosa juzgada*.

Señala Dromi<sup>150</sup> que la solución clásica adoptada se basa en que el acto jurisdiccional se caracteriza por su fuerza de verdad legal “*cosa juzgada*”, la sentencia declara el derecho y, por tanto, no podría generar responsabilidad, pues el acto es conforme a derecho.

En palabras de Mosset Iturraspe: *La “muralla sacrosanta”, la “barrera absolutamente impenetrable” para la admisión del error judicial está constituida por la **res judicata**, la cosa juzgada, respecto de aquellas decisiones o actos judiciales definitivos. Los antiguos repetían el brocárdico: **res judicata pro veritate habetur**. La decisión definitiva tiene fuerza de verdad.*”<sup>151</sup> Lo cierto es que, como explica el mismo autor, el Derecho moderno rechaza este fundamento por considerar que el mismo se origina en creer que el juez no puede equivocarse y la sentencia corresponde siempre a la verdad.

Se puede agregar también que la irreversibilidad de la sentencia firme, como freno a la responsabilidad estatal, deja sin solución los supuestos en los cuales el perjuicio no se ocasiona con el dictado de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Esto último, acontece en materia de decisiones de primera instancia apeladas, con el recurso concedido con efecto devolutivo, que son ejecutadas para, finalmente, resultar revocadas por el superior provocando un daño es irreversible, en tales supuestos no puede oponerse a la víctima el efecto de cosa juzgada alguna.

Otro hipotético, ajeno a la cosa juzgada, lo constituye el daño ocasionado por el dictado de una medida cautelar, porque estas no tienen la aptitud de prolongarse en forma definitiva; lo mismo para los supuestos de resoluciones interlocutorias y de mero trámite, vías de hecho, demoras irrazonables y toda una gama de errores de variada índole (v.gr. pérdida de expedientes y de

---

<sup>149</sup> MARIENHOFF, M., *op.cit.*, pág. 767.

<sup>150</sup> DROMI, R., *op.cit.*, pág. 818.

<sup>151</sup> MOSSET ITURRASPE, J., *op.cit.*, págs. 104/105.

documentos u objetos depositados en los juzgados, etc.), que nada tienen que ver con la res judicata.

Hay una corriente de autores que si bien no bregan por la irresponsabilidad estatal, la aceptan pero en forma muy restringida.

Cassagne<sup>152</sup> sostiene que se trata de una responsabilidad de carácter excepcional, como consecuencia de que los miembros de toda comunidad jurídicamente organizada tienen el deber genérico de someterse a las decisiones jurisdiccionales, lo que implica, la carga de soportar sin indemnización tanto la obtención de una sentencia cuanto los daños que provoque una decisión.

La carga de contribuir al bien común, representado por la realización de la justicia en el seno de la comunidad, restringe el deber de reparar los daños provocados por esta actividad a situaciones excepcionales que sólo abarcan los casos de ilegitimidad. Esto último, es lo que permitirá la modificación de la cosa juzgada formal y material, si se trata de un proceso penal, civil o comercial y, para el caso de las medidas cautelares, que sean dejadas sin efecto. Lo que debe existir, en todos estos casos, es “*el error judicial o la arbitrariedad de la medida*”. De ahí que sostenga la postura, compartida por otros autores<sup>153</sup>, de que en esta materia la irresponsabilidad del Estado por error judicial es la regla y la responsabilidad la excepción.

Otro sector de la doctrina se enrola en la tesis contraria. Tawil<sup>154</sup> niega que se trate de una responsabilidad excepcional, salvo por la renuente actitud de los magistrados en reconocer la responsabilidad derivada en ocasiones por el obrar o las omisiones de sus pares, y propone la admisión de una responsabilidad plena del Estado, sus magistrados y funcionarios por el daño producido como consecuencia del mal funcionamiento de la administración de justicia en los ámbitos penal, civil, comercial, laboral, etc. con independencia de la falta de un régimen jurídico específico.

Expone que, a pesar de que normativamente sólo pueden encontrarse disposiciones legales que contemplan indemnizaciones por error judicial ocurrido en causas criminales, dichas limitaciones normativas no pueden impedir el reconocimiento de la responsabilidad en todos los ámbitos del ejercicio de la actividad judicial, pues esta responsabilidad tiene base constitucional, concretamente en los artículos 14, 16, 17, 19 y actual 116 de la Ley Suprema, e incluso puede hallársela en los artículos 33, 43, 515, inciso 4º, 1109, 1112 y 1113 del Código Civil.

---

<sup>152</sup> CASSAGNE, Derecho Administrativo, (Buenos Aires, 2000), Edit. Abeledo-Perrot, t.I., págs. 302/303.

<sup>153</sup> BUSTAMANTE ALSINA, op. cit., “...*el caso de la actividad del Poder Judicial cuya función es realizar la justicia, y en ello los jueces no tienen mucho margen de operatividad, pues la investigación de los hechos y la seguridad de sancionar a los culpables, les imponen la obligación de dictar medidas restrictivas de la libertad y de la disponibilidad de bienes durante el curso del proceso. Los daños en tales casos deben ser soportados por quienes los padecen, pues es el costo inevitable de una adecuada administración de justicia.*”

<sup>154</sup> TAWIL, Guido S., La responsabilidad del Estado y los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia, (Buenos Aires, 1993), Edit. Depalma, págs. 4 y 44.

Por su parte, Vázquez<sup>155</sup> reflexiona que la responsabilidad estatal en esta materia es más restrictiva tanto en doctrinaria como en jurisprudencia. Ello también se aprecia, en la responsabilidad personal e individual de los funcionarios judiciales comparándola con la de los demás funcionarios de la Administración General, evidenciado, a su entender, en la necesidad del antejuicio que destituya al juez para luego poder demandarlo civil o penalmente.

#### 4. Características de la responsabilidad estatal por el obrar judicial.

La doctrina mayoritaria del país admite hoy que la responsabilidad del estado por actividad jurisdiccional es de carácter excepcional. Ello así porque *"De las tres funciones estatales típicas, la judicial fue la última en reconocer la responsabilidad por los actos por ella emanados"*<sup>156</sup>

Esta responsabilidad tiene sus características y particularidades que se han venido tratando, aunque no de forma expresa, y que enunciaremos seguidamente:

Responsabilidad extracontractual: Como las partes no celebran un contrato con la justicia, la responsabilidad a la que nos referimos se caracteriza por ser extracontractual. Advierte Trigo de Represas que *"...las partes litigantes no pueden elegir a arbitrio a quienes habrán de juzgarlos, sino que ello resultará de las normas sobre jurisdicción y competencia de los tribunales, dictadas por el propio Estado, las que habrán de determinar quien o quienes serán el o los jueces de la causa. Amén de que muchas veces alguien se ve involucrado en una litis, penal o civil, contra su voluntad."*<sup>157</sup>

#### Prescripción:

En el CC El término de prescripción de la acción indemnizatoria era de dos (2) años (art. 4037 del Cód. Civil). Hoy se establece un plazo mayor, más beneficioso para el damnificado, de tres años (art. 2561 del CCCN), término igual al que fija la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado (art. 7).

Dicho plazo comienza a correr desde el momento en que al litigante tiene expedita su acción.

Para ello requerirá la existencia de una resolución que reconozca la falla judicial, sea del

---

<sup>155</sup> VAZQUEZ, A., op. cit., pág. 177/178.

<sup>156</sup> SAGARNA, Fernando Alfredo, La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas, en LA LEY, 1996-E, 890.

<sup>157</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A., Responsabilidad de los jueces y del Estado-juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial, Acad.Nac. de Derecho 2008 (junio), 01/01/2008, 1 - LA LEY 11/05/2009, 11/05/2009, 1 - LA LEY2009-C, 1002 - LLP 2009 (junio), 01/01/2009, 547.

propio juez, o del superior que revoque el acto lesivo.

En la esfera penal, se contará a partir de la absolución o sobreseimiento de aquel que se viera perjudicado por una resolución.<sup>158</sup>

En el derecho civil, salvo el supuesto de medidas cautelares ilegítimas, habrá que revisar la cosa juzgada y también comenzará a correr el plazo prescriptivo desde allí.

Hay pluralidad de responsables: Es responsable la persona física autora directa del daño, es decir, el juez o funcionario judicial que por su obrar culposo contrario a derecho causó el menoscabo y también, lo es el Estado. Los jueces son funcionarios, por tanto, su mal desempeño de la función los responsabiliza personalmente frente a la víctima de su conducta dañosa y, por tratarse de órganos públicos, hace nacer la responsabilidad directa del Estado.

El Poder Judicial es uno de los tres Poderes del Estado y, como persona jurídica de carácter público (arts. 32 y 33, inc. 1, del Código Civil), el Estado es responsable de los daños causados por acción u omisión ilícita de sus órganos (art. 43). Por esta razón debe responder por los daños que causare al dictar o realizar actos judiciales, ya que hay un deber de garantía de buena administración de justicia que surge del Preámbulo de la Constitución Nacional cuando expresa su objetivo de afianzar la justicia en el marco del estado de derecho.<sup>159</sup>

En definitiva, si el Juez efectúa un ejercicio irregular de su función, como órgano del Estado, compromete a la vez la responsabilidad directa del Estado por la ilegitimidad del acto que causa daño a las partes o a terceros.

Genera obligaciones mancomunadas (no solidarias): La responsabilidad del Estado es concurrente o conexas con la responsabilidad personal del funcionario. La acción indemnizatoria, en consecuencia, puede ser intentada indistintamente contra cualquiera de ellos: el Estado o el Juez o funcionario judicial, o contra todos.

Al ser obligaciones concurrentes se dan las siguientes características: a) no hay una sola obligación, sino varias que se conectan por tener idéntico objeto y existir en favor del mismo

---

<sup>158</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CS), in re Balda, Miguel A. c. Provincia de Buenos Aires, 19/10/1995, LA LEY 1996-B, 312, con nota de Jorge Bustamante Alsina; DJ1996-1, 993, cita online: AR/JUR/1852/1995. "...2. *Que corresponde comprobar si en el presente caso se ha operado la prescripción que, con fundamento en el art. 4037 del Código Civil, plantea la parte demandada...*3. *Que, en cuanto a lo primero, la actuación ilícita del personal policial habría sido instantánea o, en todo caso, habría cesado con el dictado judicial de la prisión preventiva, lo que tuvo lugar el 27 de mayo de 1987 (ver en fotocopia de fs. 152/155, causa 49.025, "Balda, Miguel A. y Génova, Juan J., incendio Rauch"). Toda vez que esta demanda se inició el 1º de diciembre de 1989, corresponde concluir que el plazo fijado en la antes mencionada disposición legal estaba cumplido.*4. *Que no ocurre lo mismo con la segunda parte de la pretensión, ya que --de corresponder resarcimiento por la prisión preventiva-- la acción únicamente habría podido quedar abierta a partir de la absolución del procesado, la cual quedó firme con el desistimiento por parte de la Fiscal de Cámara del recurso de apelación interpuesto por el agente fiscal contra la sentencia de primera instancia, lo que tuvo lugar el 2 de febrero de 1988 (fs. 306 vta., causa antes citada)."*

<sup>159</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J., op. cit.

acreedor; b) habrá dos o más legitimados pasivos: el Estado y el funcionario judicial causante material del perjuicio con su obrar; c) todos los legitimados pasivos resultan indistintamente obligados por el todo de la misma prestación: la indemnización del perjuicio; por último, d) si el damnificado logra la reparación plena de uno de ellos, ya no podrá perseguir al otro; pero si accionó solamente contra uno de ellos y no obtuvo la reparación integral de sus perjuicios, podrá intentar el cobro del saldo insoluto de su crédito contra el otro coobligado<sup>160</sup>.

En opinión de Mosset Iturraspe<sup>161</sup> en el Derecho Argentino el Estado y el juez responden indistintamente o in solidum, existe una solidaridad imperfecta, y advierte que no sería una buena solución que el juez no respondiera, dado que es el autor del hecho perjudicial, lo contrario violaría los principios del Estado de Derecho y la Justicia. Por lo que, la víctima puede elegir contra quién demandar o accionar contra ambos.

La falta de servicio: Es el factor de atribución de la responsabilidad estatal, que se basa en una mala prestación del servicio.

Aunque no se pueda individualizar ninguna conducta culposa del juez o funcionario judicial, la causa del perjuicio está dentro de la organización estatal, que debía suministrar apropiadamente el servicio de Justicia. Esa prestación adecuada no se logró si el justiciable padece un detrimento, en su integridad psicofísica o en su patrimonio, que no debería haber sufrido de acuerdo con el curso natural y ordinario de las cosas o de los acontecimientos.<sup>162</sup>

La responsabilidad estatal por la Administración de Justicia surge del error judicial; y del anormal funcionamiento de la administración de justicia (para algunos se encuentra incluida la morosidad).

La consecuencia de la conducta u omisión que configuran la falta de la prestación adecuada del servicio de justicia *“genera asimismo la responsabilidad del Estado al haber asumido éste en forma exclusiva la carga de prestar en debida forma justicia”*<sup>163</sup>

Norma aplicable:El fundamento normativo de la responsabilidad estatal radicaba en el artículo 1112 del Código Civil: *“Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.”*

---

<sup>160</sup>CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA F, (CNCiv) (Sala F), 04/04/95, in re O., M. A. c. Sanatorio y Policlínico del Norte S. A., LA LEY 1997-B, 202, cita online: AR/JUR/3389/1995. Voto de la Dra. Highton de Nolasco *“las obligaciones del médico y del sanatorio son concurrentes, el paciente tiene dos acciones que puede ejercer independientemente contra uno y otro, sin estar obligado a demandar a ambos conjuntamente.”*

<sup>161</sup> MOSSET ITURRASPE, J., op.cit., pág. 29.

<sup>162</sup> TRIGO DE REPRESAS, F., op. cit.

<sup>163</sup> TAWIL, G., op.cit., pág. 72.

El funcionario judicial es, en definitiva, un funcionario público que queda sujeto a esta norma. Por tanto, la responsabilidad del Estado-Juez es directa como consecuencia de que los funcionarios judiciales son órganos estatales que representan la persona jurídica pública que integran, excluyendo de este modo, la aplicación del artículo 1113 del Código Civil, que prevé una responsabilidad de carácter indirecto.

En relación a ello, se debe remitir al punto en que se trató la responsabilidad de los funcionarios en el presente trabajo, y se recuerda que a pesar de las modificaciones en la legislación común, en la que no existe un artículo semejante al 1112, los principios y requisitos determinados jurisprudencialmente seguirán aplicándose y se mantienen en la ley nacional de responsabilidad estatal.

##### 5. Ámbito de aplicación.

El Estado es responsable por los daños que un órgano judicial provoque en cumplimiento de funciones judiciales, responsabilidad ésta, que emerge de los actos judiciales.

Tal afirmación nos lleva a preguntarnos: ¿qué son actos judiciales?

Dice Podetti<sup>164</sup> que el acto judicial o procesal es un acto jurídico aunque con modalidades propias. Según Rejtman Farah<sup>165</sup>, quedan comprendidas las sentencias (de fondo), las medidas cautelares y en general todos los actos procesales previos, necesarios o no para arribar al dictado de la sentencia.

En relación a esto, Gordillo<sup>166</sup> opina que en el derecho comparado, la responsabilidad del Estado por actos judiciales, se da tanto en los casos de una conducta judicial ilegítima (por ejemplo una sentencia nula por vicio de forma, por incompetencia, etc.), como también, de una legítima, sea culpable o no. Un ejemplo de ello se daría cuando una persona es condenada en primera instancia y absuelta en última instancia, o procesada y detenida, siendo luego sobreseída definitivamente.

Marienhoff<sup>167</sup> afirma que una sector de la doctrina pretende incluir dentro de los actos judiciales capaces de generar responsabilidad del Estado, a los comportamientos del Estado-Juez, que no son sólo los errores judiciales, sino por ejemplo: actos procesales que no constituyen

---

<sup>164</sup> PODETTI, José R., Tratado de los actos procesales, Buenos Aires, Edit. Ediar, pág. 178, citado en MOSSET ITURRASPE, op.cit., pág. 33.

<sup>165</sup> REJTMAN FARAH, Mario, Responsabilidad del estado por Omisión Judicial: Una Tendencia que se Expande, en "LL" 1996-D-79.

<sup>166</sup> GORDILLO, M., op.cit., pág. XX-6/7.

<sup>167</sup> MARIENHOFF, M., op.cit., págs. 761/766

sentencias definitivas; conducta dolosa del juzgador; condena en primera instancia que se deja sin efecto en segunda instancia; detención y procesamiento de quien es después sobreseído o absuelto; detención preventiva exageradamente prolongada; etc.

Además, advierte que, aunque cierta parte de la doctrina pretende extenderla al ámbito civil y comercial, él se enrola en la postura que sólo acepta la responsabilidad del Estado-Juez en el ámbito penal. Ello así, porque en el juicio penal el Estado ejerce el control del proceso, mientras que en el fuero civil y comercial actúa como tercero que dirime las pretensiones de las partes, las que fiscalizan el proceso, ciñendo en gran medida la responsabilidad estatal.

Dentro del ámbito penal circunscribe la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales al supuesto específico del error judicial. El que configura cuando se ha condenado a un inocente, o sea, cuando alguien fue definitivamente condenado, sufrió prisión y al revisar la sentencia condenatoria, se advierte que era inocente. A su vez, diferencia dicha situación de aquella en la cual la persona permanece privada de libertad a raíz de la substanciación de un proceso penal en el que finalmente es sobreseída o absuelta. En este último caso, opina que, no surge responsabilidad alguna del Estado puesto que el perjuicio debe ser absorbido por el imputado como tributo debido por todos los integrantes de la comunidad a la institucionalización y afianzamiento de la justicia.

A su entender, *“la conducta del “Estado” se concreta con la sentencia definitiva y firme. La sentencia de primera instancia no constituye manifestación de la conducta estatal puesto que el proceso de formación de la voluntad no está terminado hasta que el organismo judicial de última instancia no se expida. Por ello, no hay nada que pueda imputársele al Estado hasta ese momento, en virtud de que su voluntad o conducta no aparece técnicamente expresada.*

Para Dromi<sup>168</sup>, las víctimas del error judicial tienen derecho indemnizatorio. Si el damnificado por el error judicial no obtuviera un resarcimiento por el daño que se le ha inferido, quedaría vulnerado el principio de la igualdad de las cargas públicas y el derecho de propiedad. Expresa que es indispensable que el Estado garantice la integridad y efectividad de la justicia que administra, por este motivo ante la eventual injusticia, aunque derive de sentencia definitiva, es su obligación reparar el daño producido.

Hitters<sup>169</sup> postula que la responsabilidad extracontractual estatal por deficiente administración de justicia, surge de la concepción del Estado de Derecho que implica la necesaria sujeción del ente al ordenamiento jurídico. En base a ello, sostiene que a pesar de que esta responsabilidad se encuentra legislada en algunas normas penales (vinculadas a detenciones ilegítimas), es posible

---

<sup>168</sup> DROMI, R., *op.cit.*, pág. 819.

<sup>169</sup> HITTERS, J., *op. cit.*

ampliar el espectro a todos los tipos de procesos; puede derivar de un accionar legítimo o ilegítimo de los órganos jurisdiccionales y compromete la responsabilidad directa y objetiva del Estado.

Es dable advertir, que la ley nacional excluye expresamente la responsabilidad estatal para los casos de daños causados por la actividad judicial legítima del Estado, en los que no generan derecho a indemnización (art. 5).

## 6. Requisitos.

La responsabilidad estatal que desarrollamos, posee requisitos comunes (daño y nexo causal)<sup>170</sup>, y presupuestos propios que se han elaborado desde la jurisprudencia y la doctrina, que obran como límites a la responsabilidad judicial:

a- Daño: Diez<sup>171</sup> nos dice que el daño debe ser: a) cierto y privativo de la persona afectada por la condena injusta; b) efectivo y que afecte una situación jurídicamente protegida (ej: la libertad); c) que una sentencia definitiva origine el daño; y d) que exista una relación de causalidad entre la sentencia y el daño.

b- Nexo causal: el daño cierto y efectivo debe ser consecuencia de la conducta estatal. Se hace imprescindible probar que existe una relación de causalidad directa de causa-efecto, entre el hecho y el daño cuya reparación se persigue, de modo que este último no se hubiera producido sin el primero.<sup>172</sup>

Ello implica que no puede existir una intervención extraña que influya en el nexo causal.

Es decir que, a los efectos de determinar la responsabilidad estatal, el carácter objetivo de la misma no exime de acreditar el nexo y el daño.<sup>173</sup>

c- La responsabilidad se origina por error judicial o ejercicio irregular del servicio: de lo contrario, los daños que resulten de un procedimiento judicial deben ser soportados por los

---

<sup>170</sup> ANDRADA, Alejandro Dalmacio, La responsabilidad del Estado-Juez, El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia, (Rosario), Junio 2008, N° 23-Año XLIV. [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

<sup>171</sup> DIEZ, M., op.cit., pág. 169/170.

<sup>172</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 28/06/2005, in re R.G.P. c. Provincia de Córdoba, DJ22/02/2006, 429 - LA LEY 21/12/2005, 21/12/2005, 12 - LA LEY 2006-A, 829 - DJ2005-3, 485, cita online: AR/JUR/2949/2005. "... esta Corte ha reiterado su doctrina en el sentido de que el ejercicio del poder de policía de seguridad que le corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tiene parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138, causa R.537.XXXIX. "Rosales, Paula Vitervo y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios" sentencia del 23 de diciembre de 2004)."

<sup>173</sup> TAWIL, G., op.cit.

particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia.<sup>174</sup>

In re Balda<sup>175</sup> la Corte expresó que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial. Por tanto, si los daños generados por las sentencias o actos judiciales no resultan del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los justiciables, como costo inevitable de una adecuada administración de justicia. Asimismo, es necesario que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto para hacer caer la cosa juzgada.

d- Cosa juzgada: se sostiene que previo a intentar la obtención de una indemnización es necesario derribar la cosa juzgada, por motivos de prejudicialidad.

Es necesario que: “*el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica...*”<sup>176</sup>

e- Interposición de recursos: el perjudicado debe haber interpuesto contra la resolución que lo afecta, los recursos que las leyes procesales le conceden, salvo casos de indefensión.<sup>177</sup>

f- Carga de la prueba: recae en quien alega la existencia de dolo, culpa o negligencia.

## 7. Factores de Atribución.

¿A título de que es responsable?

Los factores de atribución son diversos en virtud de que existen dos sistemas de responsabilidad: el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos fundamentados en distintos factores de atribución denominados factores de atribución subjetivas y objetivos.

Dolo o culpa: La conducta dolosa o negligente del funcionario judicial, que ocasiona el daño al litigante o a un tercero, acarrea la obligación de indemnizar. Esa conducta del órgano judicial puede ser positiva o provenir de su actitud omisiva y debe tratarse de una actividad dañosa judicial, es decir, proveniente de la decisión o actuación de un órgano del Poder Judicial no bastando que el hecho defectuoso acontezca en un proceso ya que aquél puede ser una falencia administrativa.

Establecer el dolo o culpa del funcionario judicial tendrá relevancia para atribuirle responsabilidad personal, in solidum con el Estado.

---

<sup>174</sup> DROMI, R., op. cit., pág. 819.

<sup>175</sup> CSJN, in re “Balda”, op. cit., “...cabe sentar como principio que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial... Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son costo inevitable de una adecuada administración de justicia (causa R. 89.XXIV, antes citada).”

<sup>176</sup> Ibidem.

<sup>177</sup> HITTERS, J., op. cit.

Falta de servicio: La evolución de la doctrina primero y de la jurisprudencia después hizo que el factor de atribución de la responsabilidad del Estado haya dejado de ser solamente la culpa o negligencia del agente sumándose la noción de falta de servicio. En estos casos se compromete la responsabilidad directa de la persona pública prescindiendo de la voluntad dolosa o negligente del funcionario.

La cuestión reviste suma trascendencia porque permite atribuir a la persona jurídica pública Estado las consecuencias dañosas del accionar de sus funcionarios judiciales sin que sea necesario endilgarles a estos en forma personal una actuación mal intencionada o negligente. Se trata de casos donde falla el sistema judicial debido a sus vicios y falencias internas sin que quepa reproche a la calidad del proceder de sus miembros considerados individualmente.

Entonces, haya existido o no negligencia del magistrado, cuando su accionar provocó daños que el justiciable no estaba obligado a soportar, se genera una situación antijurídica, configurándose el supuesto de falta en la correcta prestación del servicio de justicia.

Es la doctrina sentada por la Corte Nacional en el caso “Vadell”, que trata sobre la responsabilidad por falta de servicio derivada de la mala prestación de la tarea administrativa, pero que se aplica a los daños causados injustamente por falta de la prestación del servicio de justicia.

## 8. Error Judicial.

La responsabilidad estatal deviene del error judicial y del anormal funcionamiento de Justicia.

Siguiendo a Mosset Iturraspe<sup>178</sup> diremos que el error, “... *falsa representación de la realidad*”, es, en esta materia, el que “*influye sobre la formación de la voluntad del juez en el acto procesal...*”

Debiendo distinguir, en razón de que las decisiones judiciales están hechas de derecho y de hechos, entre el error judicial de derecho que “*se configura con la deficiencia en la aplicación del derecho al caso juzgado*”, y el error judicial de hecho, que se produce “*con la deficiencia en la interpretación de los hechos que conforman el caso.*”

Por tanto, el error judicial es entendido como “*todo acto judicial efectuado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo, al que naturalmente debió llegar*”.<sup>179</sup>

El error judicial se produce en el ejercicio de la potestad de juzgar o resolver sobre el modo de ejecutar lo juzgado. No puede demandarse al Juez que no se equivoque; pero sí que sea diligente

---

<sup>178</sup> MOSSET ITURRASPE, op.cit., págs. 34/35.

<sup>179</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J., op.cit.

en no equivocarse en la apreciación de los hechos y en su encuadramiento en el ordenamiento jurídico.<sup>180</sup>

Por lo tanto, se manifiesta en una decisión definitiva o provisoria que no se ajusta a derecho, por aplicarlo incorrectamente al caso concreto, o por establecer hechos que no se corresponden con la realidad.

La grave equivocación sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a hechos que no existen, puede producirse por deficiencias procesales, circunstancias fortuitas, coincidencias fatales, pruebas falsas o fraguadas, viciadas por el error, el odio o los prejuicios, por parcialidad o error de los peritos, etc.<sup>181</sup>

Para, parte de la doctrina no interesa, a los efectos de que esta causa de responsabilidad exista, que el juez haya obrado con culpa o dolo, pues el error se percibe como resultado.<sup>182</sup>

#### Error inexcusable - error excusable:

Nuestro Máximo tribunal ha dispuesto que el acto judicial que no importe un error inexcusable o dolo en la prestación del servicio de justicia no puede generar responsabilidad alguna.<sup>183</sup>

Tribunales inferiores, en cambio, ha intentado alimentar la postura de que el Estado responde por los errores excusables del Juez: *“Es ilegítimo el daño ocasionado a la persona que durante el trámite de la causa penal estuvo privada de la libertad sin que medie culpa de su parte. Dicha calificación abarca los supuestos en los cuales el juez haya incurrido en error excusable. En materia de responsabilidad del Estado por mala administración de justicia, cuando el daño se produce como consecuencia de un error excusable no hay responsabilidad del órgano -juez- pero sí del Estado...”*<sup>184</sup>

Es dable hacer notar que, el de fallo Primera Instancia citado fue revocado en la Cámara de Apelaciones, la que siguiendo el caso “Balda”, fundamento su postura en que el error debe trascender la materia meramente opinable y tener suficiente gravedad para conformar un

---

<sup>180</sup>JALIL, Julián, Responsabilidad por el anormal funcionamiento de justicia, LLGran Cuyo 2009 (septiembre), 731.

<sup>181</sup> MAIORANO, Jorge Luis, Responsabilidad del Estado por errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos, en LA LEY 1984-D-983, pág. 985.

<sup>182</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Fernando D., La responsabilidad del Estado por su actividad judicial, en la obra colectiva: La responsabilidad judicial y sus dimensiones, ed. Ábaco, (Bs. As., 2006), t. 2, pág. 311 y ss.

<sup>183</sup>CSJN, in re “Balda”, op. cit. “...En la medida en que no importen un error inexcusable o dolo en la prestación del servicio de justicia, no pueden generar responsabilidad alguna, ya que no se trata de actividades políticas para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Si la contienda es dirimida por el juez respetando los hechos y el derecho vigente, la discrecionalidad en la elección de las diversas alternativas posibles no puede quedar condicionada por la atribución de obligaciones reparatorias para el Estado por los daños que se pudieren causar a las partes en ocasión de la tramitación del juicio. Dichos daños, si alguna vez ocurrieren y en la medida en que no deriven de un ejercicio irregular del servicio prestado, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia.”

<sup>184</sup> JUZGADO DE 1A INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL Y DE FAMILIA DE 1A NOMINACIÓN DE RÍO CUARTO, in re González, Carlos H. c. Provincia de Córdoba, 29/03/1996, LLC 1998, 319.

indiscutible desvío de poder en la administración de justicia.<sup>185</sup>

#### Declaración de ilegitimidad:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha caracterizado al error judicial como aquel que deviene de una decisión de los órganos judiciales, cuyas consecuencias lesivas no han podido ser subsanadas por los medios procesales ordinarios previstos para tal fin. Es decir, que no bastará para que surja el derecho a la indemnización que se revoque o anule una resolución judicial (medios procesales ordinarios), sino que será necesario un nuevo pronunciamiento judicial que declare el error judicial.<sup>186</sup>

Por tanto, no habrá error judicial sin ilegitimidad, ni acción de resarcimiento sin sentencia previa que declare la existencia del error y deje sin efecto el fallo impugnado, removiendo la cosa juzgada<sup>187</sup>.

En definitiva, la declaración de ilegitimidad del acto judicial que origina el daño es un requisito ineludible, puesto que, hasta ese el momento, el carácter de verdad legal que posee la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide juzgar que hay error.<sup>188</sup>

#### 9. El anormal funcionamiento de la justicia:

*“Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios*

---

<sup>185</sup> CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RIO CUARTO (CivComyContenciosoAdministrativoRíoCuarto), in re González, Carlos H. c. Provincia de Córdoba, 27/09/1996, LLCA 1998, 128, cita online: AR/JUR/4424/1996.

<sup>186</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CS), in re Larocca, Salvador R. c. Provincia de Buenos Aires y otro, 11/04/2000, LA LEY 2000-E, 687 -RCyS 2000, 788, cita online: AR/JUR/4154/2000: “...corresponde recordar que esta Corte ha establecido en casos semejantes que la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho de solicitar indemnización pues, a dicho propósito, sólo cabe considerar como error judicial a aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de la justicia, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento. Su existencia debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de sentencia y mediante el cual se determinen la naturaleza y gravedad del error (ver fallos: 311:1007; 317:1233 y 319:2824 - La Ley, 1988-E, 225; 1995-B, 440 -).”

<sup>187</sup> VÁZQUEZ, A., *op.cit.*, págs. 182/183.

<sup>188</sup> CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I, in re Reymundo Furtado, Luis A. c. Ministerio de Justicia, 31/03/2000, LA LEY 2000-D, 661, con nota de Redacción - LA LEY 2000-F, 637 - DJ 2001-2, 394 - LA LEY 21/06/2002, 5, cita online: AR/JUR/3910/2000. “El error judicial “es aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de órganos de justicia, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efectos de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento (Fallos: 308:2095 y A. 418.XXIII “Asociación Mutual Latinoamericana c. Provincia de Misiones s/daños y perjuicios”, del 3 de diciembre de 1996), en cuyo caso -conforme a la doctrina de nuestro Alto Tribunal- se exige que el acto que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, puesto que, mientras no existe esta declaración el acto mantiene su carácter de legitimidad y, por tanto, impide juzgar la presencia de error (Fallos: 311:1007; cfr. asimismo el comentario a este precedente de Germán J. Bidart Campos en ED, 129-521).”

*que causare su incumplimiento o irregular ejecución.*”<sup>189</sup>

El irregular funcionamiento de la justicia supone una defectuosa prestación del servicio, que se configura cuando al contrastar el caso concreto con un modelo abstracto de lo que se considera un adecuado desenvolvimiento judicial, surge el apartamiento del mismo, de conformidad con las normas que lo definen.<sup>190</sup>

Es dable aclarar que el funcionamiento anormal de la justicia es un subgénero dentro del género “falta de servicio” por lo que trae aparejada una responsabilidad de carácter objetivo. Aunque, normalmente, entendemos que la “falta de servicio” es el factor de atribución, lo realmente determinante es que representa el irregular funcionamiento de servicio, es decir, la ilegitimidad de ese funcionamiento.

Un ejemplo de ello es la dilación indebida de la tramitación del proceso, configurada por su prolongación en el tiempo, sin respuestas ni actividad conducente, omitiendo el pronunciamiento dentro de un tiempo razonable<sup>191</sup>.

#### 10. La Demora.

La morosidad constituye en los tiempos actuales una realidad corriente que sufren los litigantes y también los jueces, quienes se enfrentan a una situación insuperable.<sup>192</sup>

Una decisión tardía, cuando el tiempo útil ha pasado, llega cuando el daño se ha causado o la cuestión ha devenido en abstracta. En conclusión, se dice que “la Justicia tardía no es Justicia”.<sup>193</sup> Es por ello que, la dilación indebida del proceso es una de causales del anormal funcionamiento del servicio de administración de justicia y posible generadora de responsabilidad estatal.

En el derecho penal esta cuestión adquiere vital importancia, sobre todo cuando nos referimos a la situación de las personas que se encuentran privadas de libertad durante el proceso.

¿Qué sucede cuando durante la sustanciación de un proceso penal, un imputado ha

---

<sup>189</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CS), in re De Gandia, Beatriz I. c. Provincia de Buenos Aires, 04/05/1995, LA LEY 1996-D , 80, con nota de Mario Rejtman Farah; DJ1996-2, 532, cita online: AR/JUR/1464/1995. “*Que, en tales condiciones, es responsable la provincia por la omisión procesal en que se incurrió, toda vez que ello implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias. En ese sentido, cabe recordar lo expresado en reiterados casos por el tribunal cuando sostuvo que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan su incumplimiento o su irregular ejecución” (Fallos: 182:5; 307:821 --La Ley, 12-123; 86-B, 108--). En el presente caso, la conducta procesal ya puntualizada se constituyó en la causa eficiente del perjuicio sufrido por la actora.*”

<sup>190</sup>JALIL, J. op. cit.

<sup>191</sup>Ibidem.

<sup>192</sup>TAWIL, G. op. cit., pág. 75: “...las dilaciones indebidas que son sufridas con mucha reiteración por el justiciable, son frecuentemente consecuencia de distintos factores: escasez de medios materiales, de personas, exceso de trabajo. Las deficiencias del servicio, sin embargo, no tienen que soportarlas el usuario, que debe tener una acción expedita contra el Estado, responsable de la buena organización del servicio.”

<sup>193</sup>MOSSET ITURRASPE, J., op.cit., págs. 67/68.

permanecido privado de su libertad y luego es absuelto o sobreseído definitivamente?

En doctrina las opiniones aparecen divididas. Algunos autores niegan todo derecho a indemnización (Altamira Gigena, Escola, Maiorano, Marienhoff); otros consideran que existe derecho a resarcimiento (Bidart Campos, Diez, Kemelmajer de Carlucci); y están quienes condicionan el derecho a recibir una compensación a la excesiva duración de la prisión preventiva (Cassagne).

La Corte Nacional colocó a la prisión preventiva en la condición de medida cautelar<sup>194</sup>, y se ha mantenido reacia a reconocer derecho a compensación por los padecimientos del procesado detenido preventivamente que luego fue absuelto, entendiendo que el derecho de gozar de la libertad cede frente a la necesidad de sufrir detención preventiva para facilitar la investigación y asegurar la función punitiva del Estado.

Así pues, si el trámite no presentó anomalías que lo tornen irrazonable y, especialmente, si el sometimiento de esa persona al proceso obedeció a circunstancias motivadas en su aparente actuación, no genera responsabilidad del Estado.<sup>195</sup>

Es dable aclarar que, el privado de libertad no tendrá derecho a indemnización por parte del Estado, aunque con posterioridad haya sido absuelto o sobreseído, si tales actos jurisdiccionales se dictaron dentro de un razonable criterio judicial y en el marco de una apreciación provisional de los hechos que les sirvieron de fundamentación.

El cimio de esta postura lo hallamos en el sacrificio que debe soportar el justiciable como costo inevitable de una adecuada administración de justicia “...*los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son costos inevitables de una adecuada administración de justicia (Fallos: 317:1233, consid. 13, y, asimismo, cfr. consid. 11 y 12; 318:1990).*”<sup>196</sup>

A contrario sensu, el Estado es responsable del perjuicio ocasionado en estas condiciones: cuando la absolución haya sido dictada en virtud de no haberse observado durante el proceso ciertos principios, como el *in dubio pro reo*; y que el auto de prisión preventiva sea infundado o arbitrario.

---

<sup>194</sup> CSJN, in re “Balda”, op.cit. “...en el “sub lite” el actor no atribuya el perjuicio a la sentencia definitiva --que le fue favorable--, sino a la prisión preventiva dictada en la etapa sumaria y confirmada por la alzada, ya que la sentencia absolutoria pronunciada tras la sustanciación del plenario --y en función de nuevos elementos de convicción arrimados a la causa-- no importó descalificar la medida cautelar adoptada en su momento respecto del procesado, sobre la base de una “semiplena prueba o indicios vehementes para creerlo responsable del hecho” (art. 183 inc. 3º, Cód. Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires). Tal medida provisoria sólo traducía la existencia de un serio estado de sospecha, fundado en los elementos de juicio existentes hasta ese momento y desvinculado de la detención provocada por la irregular actuación del personal policial, de modo que no cabe admitir que por esta vía resarcitoria se pretenda revisar el acierto o error de un pronunciamiento cautelar firme.”

<sup>195</sup> MARIENHOFF, Miguel S, Tratado de Derecho Administrativo, t. IV., (Buenos Aires, 1997), 6ª ed, Abeledo-Perrot, págs. 806-807.

<sup>196</sup>CNFEDCONTENCIOSOADMINISTRATIVO, Sala I, in re “Reymundo Furtado”, op. cit.

Jurisprudencialmente se plasmaron dos presupuestos: 1) que la absolución haya sido dictada en virtud de su inocencia manifiesta; y 2) que el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario.<sup>197</sup>

También se ha dicho que las medidas de seguridad, aún “...*al no estar atada al principio de culpabilidad, no resulta indicativa de la gravedad del reproche personal por el hecho cometido; no significa por ello que no esté sujeta al principio de proporcionalidad en el sentido de "prohibición de exceso" del actuar estatal...*” (Del voto del doctor Petracchi).<sup>198</sup>

### Evolución Jurisprudencial:

#### a- En los precitados autos “Balda”<sup>199</sup>

El actor demandó al Estado Nacional y a la Provincia de Buenos Aires por los daños y perjuicios, consecuencia de la actuación ilícita del personal policial y, por otra parte, de la prisión preventiva que le fue dictada en sede judicial durante un proceso que concluyó con sentencia absolutoria.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, rechazó la demanda en base a una posición restrictiva, negatoria de la indemnización por los daños irrogados a causa de la prisión preventiva.

En el mismo fallo, la mayoría estableció como única excepción a esa postura el supuesto de que el acto jurisdiccional, que origina el daño, sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto por un recurso de revisión de la cosa juzgada.

El voto en minoría de los Dres. Fayt, Belluscio y Petracchi añadió, con mayor apertura, que la indemnización es viable cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario.

#### b- “Rosa, Carlos A. c. Ministerio de Justicia y otro”.

En el caso citado, un agente de la Policía Federal Argentina participó en un operativo en el que murieron dos personas. Iniciado el proceso penal fue detenido decretándose la prisión

---

<sup>197</sup>CSJN, in re “Balda”, op. cit., voto concurrente de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi.

<sup>198</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN(CS), in re “Gramajo, Marcelo E.”, 5-9-06, LA LEY2006-E, 65 - DJ 25/10/2006 , 547, con nota de Adrián Norberto Martín; Sup. Penal2006 (setiembre), 65, cita online: AR/JUR/4219/2006. “...*medida de seguridad*”, tal aplicación no podría realizarse de cualquier modo ni con cualquier alcance, sino con estricta sujeción al principio de proporcionalidad. En este sentido, es errada la afirmación del a quo con relación a que “*la proporcionalidad es fundamental en tanto vincula al delito cometido con la pena*” mientras que “*la medida de seguridad por su naturaleza es ajena al hecho por el que se condenó y depende de otros factores, como el de la peligrosidad*”. Si bien es verdad que una medida de seguridad, al no estar atada al principio de culpabilidad, no resulta indicativa de la gravedad del reproche personal por el hecho cometido (la llamada “*proporcionalidad cardinal*”)...”

<sup>199</sup>CSJN, in re “Balda”, op.cit.

preventiva por considerarlo prima facie responsable del delito. Si bien solicitó su excarcelación en varias oportunidades, ésta le fue denegada y concedida recién cuatro años después. Finalmente se lo absolvió.

Posteriormente, “Rosa” demandó al Estado Nacional la indemnización de los daños y perjuicios derivados del auto de prisión y su prolongación indebida en un proceso que concluyó con su absolución.

Al intervenir la Cámara Nacional de Apelaciones, en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, negó el derecho a la indemnización del damnificado, aplicando una postura restrictiva: *“El mero hecho de que un procesado sea detenido y luego absuelto no determina, de por sí, la responsabilidad del Estado por sus actos legítimos, éste sólo puede resultar responsable por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto...”*<sup>200</sup>

También se basó en que la demora, en la terminación de la etapa probatoria, fue causada exclusivamente por actuaciones de las partes (diligencias, oficios, peritaciones) y no del juzgado, considerando de este modo que no hubo defecto en la administración de justicia.<sup>201</sup>

Al llegar al Máximo Tribunal de la Nación, como alzada extraordinaria, por mayoría, se resolvió declarar desierto el recurso en lo relativo a la responsabilidad del Estado Nacional por el actuar del magistrado penal y revocar la sentencia apelada condenando a la demandada.

La Corte admite aquí la responsabilidad estatal como deficiente prestación del servicio de justicia, si en el momento de existir razones para no mantener la prisión preventiva, se prolongó la misma (durante más de 18 meses), sin que se hubiese demostrado la necesidad imperiosa de su mantenimiento.<sup>202</sup>

Consideró también que la denegación de la libertad provisional basada en causales genéricas no es razonable siendo necesario para ello, que los magistrados justifiquen dicha medida en las circunstancias fácticas del caso.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, SALA III, in re Rosa, Carlos A. c. Ministerio de Justicia y otro, 02/05/1997, LA LEY, 1998-B, 560.

<sup>201</sup> Ibidem: “No se configura defecto en la administración de justicia si las demoras no son imputables a los funcionarios judiciales o la ausencia de ellos, máxime, si el proceso duró casi 5 años debido a la complejidad de la causa y a la cantidad de medidas de prueba, por aplicación del art. 442 Cód. Procesal que excluye expresamente del cómputo de plazos del art. 701 del mismo cuerpo legal las demoras causadas por articulaciones de las partes, diligenciamiento de oficios o exhortos, realización de peritaciones u otros trámites necesarios, cuya duración no dependa de la actividad del juzgado.”, Ibidem.

<sup>202</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN(CS), in re R., C. A. c. Ministerio de Justicia y otro, 01/11/1999, LA LEY2000-D, 557, cita online: AR/JUR/4104/1999:“Que el juez penal no tuvo en cuenta que aun cuando el tiempo de duración del proceso pudiese considerarse razonable en virtud de su complejidad y de la naturaleza del delito imputado, ello no justificaba de por sí el mantenimiento de una medida de tal gravedad pues, al faltar tan sólo la producción de una prueba peritaje el magistrado penal tenía ya a su alcance pautas objetivas y subjetivas, según da cuenta el art. 380 del Cód. de Proced. en Materia Penal, para presumir, fundadamente, que R. no intentaría eludir la acción de la justicia.”

<sup>203</sup> Ibidem:“...para denegar la libertad provisional a un procesado aún no condenado, no bastan las fórmulas genéricas

Se abre así la posibilidad de reparar los daños causados por la prisión preventiva exigiendo que el imputado haya sido finalmente absuelto y la detención se haya dispuesto en apartamiento palmario de los hechos comprobados de la causa y de las normas que regulan su aplicación.

c- "Robles, Ramón c. Provincia de Buenos Aires".<sup>204</sup>

Robles demandó a la provincia de Buenos Aires y al Estado nacional el pago de una indemnización por los daños padecidos como consecuencia del dictado de prisión preventiva durante un proceso que concluyó con su absolución. La Corte Suprema rechazó la demanda.

En el caso la Corte conservó la postura de que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que ocasiona el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error.

Continúa exigiendo, para que exista responsabilidad del estado, que la prisión preventiva se haya dictado en apartamiento notorio de los hechos comprobados de la causa, y de modo insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación.

d- "Cura Carlos A. c. Prov. de Buenos Aires".<sup>205</sup>

En este caso, Cura fue imputado de un delito de narcotráfico y luego fue absuelto. Demandó a la Provincia de Buenos Aires y al Estado nacional por los daños que se le ocasionaron a raíz de que fue privado de su libertad durante dos años y 46 días. Se basó en el accionar irregular de la policía bonaerense, que lo detuvo y allanó su comercio, y en el dictado de la prisión preventiva por el juez de la investigación.

La Corte sostuvo que era improcedente la acción de indemnización contra el Estado Nacional, basándose en precedentes en los que desestimó reclamos semejantes (Fallos: 318:1990; 321:1712; 325:1855) y en que la absolución de Cura no importó reconocer la arbitrariedad del auto de procesamiento y de la prisión preventiva, ya que tales actos procesales se basaron en una apreciación razonada de la prueba y en la aplicación de las normas procesales vigentes. La absolución sólo obedeció a la declaración de nulidad del auto de allanamiento y de los actos

---

*ni la sola referencia a la imposibilidad de gozar de una eventual condenación condicional, a la gravedad del delito imputado o a las características personales del procesado, sino que a fin de que la prolongación de la detención sea razonable, es necesario que los jueces penales precisen las diversas circunstancias del caso que permitirían hacer esas calificaciones (Fallos: 307:549; 311:652 y 314:85, entre otros). La ley sólo autoriza al juez a denegar la libertad, no obstante verificarse el supuesto del art. 379, inc. 6º, del Código de Procedimientos en Materia Penal, en el caso estrictamente delimitado por el art. 380 del mismo código (Fallos: 312:772 y 314: 791)."*

<sup>204</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CS), 18/07/2002, in re Robles, Ramón C. c. Provincia de Buenos Aires y otros, RCyS2002, 890, cita online: AR/JUR/3361/2002.

<sup>205</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CS), in re Cura, Carlos A. c. Provincia de Buenos Aires y otro (Est. Nacional), 27/05/2004, RCyS2004, 1087 - DJ2004-3, 483 - LA LEY05/11/2004, 7, cita online: AR/JUR/1879/2004.

posteriores a éste.

Por otra parte, admitió la demanda sólo contra la Provincia responsabilizándola en base a que quedó acreditado el irregular cumplimiento de la policía bonaerense que tenía a su cargo la investigación, lo que surgió de la declaración de nulidad de la orden de allanamiento y de los actos que fueron consecuencia directa y necesaria de éste. De ese modo se mostró más flexible permitiendo indemnizar los daños sufridos por la privación de la libertad, aunque no como consecuencia del obrar judicial.

e-“Muñoz Fernández Mauricio c. Prov. de Buenos Aires”.<sup>206</sup>

Muñoz demandó a la Provincia de Buenos Aires a fin de obtener una indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de la pena privativa de libertad que, según dijo, debió soportar a causa del ejercicio irregular de un funcionario judicial. Como fundamento sostuvo que fue privado de su libertad por la policía provincial y que se violó la garantía constitucional de su derecho a la defensa al ser asistido por un defensor oficial que al mismo tiempo defendía a los policías procesados en la misma causa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la demanda basándose en que el hecho que Muñoz alegaba como fundamento de su pretensión no le causó perjuicio alguno y, por tanto, no existió nexo de causalidad jurídicamente relevante entre la actuación irregular del defensor oficial y el perjuicio cuya reparación se pretendía.

El Máximo Tribunal aclaró que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al reconocer la existencia de intereses contrapuestos, decretó la nulidad de ciertas actuaciones y el proceso continuó su curso hasta el dictado del sobreseimiento.

De esta forma, la restricción de la libertad no fue consecuencia del hecho denunciado como lesivo sino que tuvo su soporte en la imputación de los delitos (robo de automotor agravado por el uso de armas en concurso real con robo calificado por el uso de armas de fuego), por los cuales fue condenado y que sólo fue absuelto por la única imputación en que la existencia de intereses contrapuestos podría haberle causado algún perjuicio.

f- “Mollard, Carlos c. Estado Nacional”.<sup>207</sup>

Un comerciante fue detenido, aproximadamente doce horas, por error en el Aeropuerto

---

<sup>206</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CS), 28/07/2005, in re Muñoz Fernández, Mauricio Alejandro c. Provincia de Buenos Aires, DJ2005-3, 570 - LA LEY 03/11/2005, 03/11/2005, 7, cita online: AR/JUR/2967/2005.

<sup>207</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN(CS), in re Mollard, Carlos A. c. Estado Nacional y otro, 27/12/2005, LA LEY 2006-B , 52, con nota de Mario A. Midón; LA LEY 02/02/2006, 02/02/2006, 4 - LA LEY2006-A, 608 - DJ01/02/2006, 219, cita online: AR/JUR/5745/2005.

Internacional de Ezeiza cuando se disponía a viajar al extranjero. Entabló una demanda resarcitoria que fue desestimada por el juez de primera instancia y la alzada, considerando que el juez, que ordenó la detención de una persona homónima, había obrado correctamente.

El actor interpuso recurso extraordinario, fundado en que fue detenido sin tener en cuenta que su domicilio no coincidía con el requerido ni tampoco el nombre completo. Se le denegó el recurso extraordinario. Dedujo una queja y la Corte Suprema, por mayoría, consideró inadmisibile el remedio federal.

Queremos destacar los votos en disidencia de los doctores Zaffaroni y Lorenzetti, quienes expresaron que: la sentencia resolvió erróneamente hacer soportar al actor la carga de las consecuencias de una inadecuada actuación estatal. Ello así porque, aunque sea correcto que en las causas penales a veces las personas sean privadas transitoriamente de su libertad, esto no es óbice para que, en caso de corresponder, posteriormente se reconozca su derecho resarcitorio por el sacrificio soportado.<sup>208</sup>

Así, la detención que no tuvo fundamento razonable alguno o se debió al simple error, no puede aniquilar el derecho a la posterior indemnización; justamente, en el caso en cuestión, la detención del actor no se basó en su conducta sospechosa, sino que fue el producto de un error de homonimia.

Afianzando lo antedicho recalcaron que: *“ni la pueril referencia a la mala suerte del demandante hecha en la sentencia recurrida, ni la consideración del poco o mucho tiempo que aquél permaneció detenido injustificadamente, bastan para desplazar la regla del art. 9.5 del Pacto de Internacional de Derechos Civil y Políticos -ley 23.313- en cuanto dispone que “... Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación ...” (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).”*

g- “Gerbaudo, José c. Prov. de Buenos Aires”.<sup>209</sup>

La Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional fueron demandados por Gerbaudo con motivo de haber sido privado de su libertad y sometido a un proceso, por infracción a la ley de estupefacientes, que concluyó con su absolución.

---

<sup>208</sup> *Ibidem*: “En tal sentido, la mirada global del problema tiene que coordinar dos enfoques: uno, el fuerte interés social que inicialmente hace prevalecer el *ius persecuendi* y el *ius puniendi* del Estado sobre el derecho a la libertad; el otro, la defensa de la libertad de las personas como nota típica e irrenunciable de un Estado constitucional. Una vez que el detenido hizo su aporte al logro de aquél interés social, probado que la privación de su libertad fue improcedente, el afectado alcanza título jurídico para exigir la compensación reparatoria, porque ya no tiene asidero conferir prelación a aquellos derechos de persecución y punición estatales cuando sus fines han quedado oportunamente satisfechos (Bidart Campos, Germán, *¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de la libertad?*, *Revista de Derecho de Daños*, N° 9, p. 227, cap. III).” (Del voto en disidencia de Zaffaroni y Lorenzetti).

<sup>209</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CS), in re Gerbaudo, José Luis c. Provincia de Buenos Aires y otro, 29/11/2005, DJ01/03/2006, 518, cita online: AR/JUR/5868/2005.

Fundó su pretensión contra la Provincia en la privación ilegítima de su libertad por parte de funcionarios policiales que obraron de manera irregular. Por su parte, al Estado Nacional le imputó el dictado de la prisión preventiva en el proceso que concluyó con su absolución.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación por mayoría rechazó la demanda respecto del Estado Nacional aplicando precedentes que establecieron que la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso sólo procede cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario.

h-“Arisnabarreta, Rubén J. c/Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia de la Nación.”<sup>210</sup>

El escribano Arisnabarreta demandó al Estado Nacional, por los daños y perjuicios que sufrió con motivo de la excesiva demora en la tramitación de un sumario penal concluido por sobreseimiento. En dicho proceso penal, se le decretó la prisión preventiva sin detención efectiva y la suspensión de su matrícula, impidiendo que ejerza su profesión durante seis años aproximadamente.

El juez de primera instancia rechazó la demanda. El tribunal de Alzada revocó el fallo de grado, e hizo lugar parcialmente al reclamo del actor. Al llegar en Queja a la Corte Suprema de Justicia de la Nación se hizo lugar parcialmente a los recursos de apelación ordinarios deducidos por el demandado y por la actora.

En su decisorio sostuvo el Máximo Tribunal que el Estado Nacional es responsable por la deficiente prestación del servicio de justicia, por haberse prolongado de modo indebido una medida restrictiva de derechos, pues la extensión de la etapa de investigación durante ese lapso no estuvo basada en una apreciación razonada de los elementos de juicio existentes, y fue en contradicción con las disposiciones vigentes.<sup>211</sup>

Es importante resaltar que, en dicho fallo, se efectuó un análisis extenso sobre la dilación indebida en el trámite del proceso, partiendo de la base de que el Estado de Derecho exige que los

---

<sup>210</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CS), in re Arisnabarreta, Rubén J. c/ Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, 06/10/2009, LA LEY 29/10/2009, 7, con nota de María Florencia Ramos Martínez; LA LEY 2009-F, 371, con nota de María Florencia Ramos Martínez; Sup. Adm.2009 (noviembre), 49 - LA LEY 12/11/2009, 12/11/2009, 7 - DJ09/12/2009, 3496 - LA LEY2009-F, 512 - RCyS 2010-IV, 129, con nota de José M. Aroza; cita online: AR/JUR/34623/2009.

<sup>211</sup> CSJN, in re “Arisnabarreta”, op. cit. “...de las constancias de la causa penal surge que los actos procesales realizados en la primera fase de la instrucción se basaron en una apreciación razonada de los elementos de juicio existentes hasta ese momento y en las normas procesales vigentes. Por ello, no corresponde responsabilizar al Estado Nacional por este lapso...22) Que al dilatar el trámite del sumario durante dos años y tres meses sin que a esa altura del proceso se hubiese producido alguna prueba que tuviese idoneidad suficiente para reafirmar la imputación realizada en el auto de prisión preventiva y sin atender los diversos planteos del procesado para que se clausurara tal etapa, el magistrado incurrió en morosidad judicial manifiesta, grave y fuera de los términos corrientes que establecen las normas procesales. Tal situación debe asimilarse a un supuesto de denegación de justicia. ... Que las conclusiones desarrolladas precedentemente comprometen la responsabilidad del Estado por la deficiente prestación de justicia al haber incurrido el juez penal en denegación de justicia...”

ciudadanos tengan garantizado el derecho a la jurisdicción, a la defensa en juicio, y a la celeridad en el acceso a tales garantías. Afirmando que la Constitución Nacional garantiza como derivación del debido proceso el derecho a que las personas vean definidos sus derechos en un proceso sin indebidas dilaciones.<sup>212</sup>

Se aclara que la postergación del trámite del proceso por la conducta negligente del órgano judicial es Denegación de Justicia.<sup>213</sup> Exigiéndose, por tanto, que la tramitación del proceso sea lo más breve posible, “plazo razonable”, al que deben ajustarse los órganos judiciales.

i- “Rojo, Laura C. c. Provincia de Mendoza”<sup>214</sup>

En este fallo la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza, realiza un profundo análisis sobre la materia destacando la evolución jurisprudencial y las posiciones doctrinales de mayor apertura.

El decisorio llega -a nuestro entender- a una solución justa, acogiendo a una postura más amplia haciendo lugar a la demanda por daños y perjuicios incoada en virtud de que la detención de la actora, durante más de ocho meses, en la penitenciaría provincial se apoyó, exclusivamente, en las declaraciones de un coimputado que reconoció e identificó tres veces a la persona que, según él, le había encomendado matar a su marido por un precio, sin que exista a lo largo de todo el proceso ninguna otra prueba ni indicio que lo corrobore. Así, basándose en la carencia de sustento lógico que tuvo la cuestionada detención la Corte Suprema de Justicia de Mendoza responsabilizó al Estado.

Ibarlucía<sup>215</sup>, en su comentario al fallo llega a las siguientes conclusiones: a) procede la indemnización por la prisión preventiva de quien es sobreseído o absuelto, en el caso de la administración irregular de justicia; b) la duración de la prisión preventiva en exceso de los plazos previstos en los códigos procesales o leyes, implica una administración irregular de justicia y por

---

<sup>212</sup> Ibidem, “... esta Corte ha decidido en reiteradas oportunidades que la garantía del debido proceso (artículo 18 de la Constitución Nacional) incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve posible a la situación de incertidumbre y a las restricciones que comporta el enjuiciamiento penal, aun sin prisión preventiva efectiva (Fallos: 272:188; 298:50; 300:226; 302:1333; 306:1688; 310:1476; 316: 2063 y 323:982, entre otros)...”

<sup>213</sup> Ibidem, “...el concepto de denegación de justicia que, como lo ha destacado esta Corte, se configura no sólo cuando a las personas se les impide acudir al órgano judicial para la tutela de sus derechos —derecho a la jurisdicción— sino también cuando la postergación del trámite del proceso se debe, esencialmente, a la conducta negligente del órgano judicial en la conducción de la causa, que impide el dictado de la sentencia definitiva en tiempo útil (Fallos: 244:34; 261:166; 264:192; 300:152; 305:504; 308: 694; 314:1757; 315:1553 y 2173; 316:35 y 324:1944).”

<sup>214</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SALA I, in re Rojo, Laura C. c. Provincia de Mendoza, 19/05/2008, LLGran Cuyo2008 (agosto), 664 - Sup. Const. 2008 (octubre), 28, con nota de Emilio A. Ibarlucía; RCyS 2008, 629, con nota de Emilio A. Ibarlucía; LA LEY 2008-F, 161, con nota de Emilio A. Ibarlucía; JA 2008-III, 208, con nota de Mauricio Boretto; cita online: AR/JUR/3332/2008.

<sup>215</sup> IBARLUCÍA, Emilio A., Un fallo esclarecedor sobre la responsabilidad del Estado por la privación de libertad del procesado y posterior absolución, en Sup. Const. 2008 (octubre), 01/01/2008, 27 - RCyS2008, 628 - LA LEY2008-F, 160.

tanto genera responsabilidad estatal; c) aun cuando la prisión preventiva no haya sido revocada o declarada nula en el trámite de la causa respectiva, el juez civil llamado a responder un reclamo de indemnización por el padecimiento de quien ha sido absuelto, se halla facultado para analizar la razonabilidad de la decisión en el momento en que fue dictada; d) la falta de apelación de la prisión preventiva por el procesado, no puede tomarse como consentimiento y no es obstáculo para que el juez civil efectúe tal revisión.

Como corolario se desea asentar que la demora indebida es un supuesto de responsabilidad directa y objetiva, demostrativo en sí mismo no sólo del mal funcionamiento del servicio de Justicia sino de su propia inexistencia, ya que la excesiva demora es equivalente a la ausencia absoluta de Justicia, resultando irrelevante la existencia de dolo o culpa de funcionario alguno. Y aún, cuando todavía no haya sido reconocido con amplitud por la Corte Suprema Nacional, se advierte una tendencia creciente en la doctrina y jurisprudencia a reconocer el derecho a la reparación de quien ha sufrido privación de libertad durante el proceso y luego ha sido absuelto.

## 11. La Omisión.

La omisión se da cuando no se hizo lo que se debería haber hecho.

Ahora bien, no siempre la inactividad es generadora de responsabilidad, para que ello suceda es necesario que exista una obligación legal que imponga el deber de actuar.

En efecto, la omisión se convierte en un hecho ilícito sancionable cuando el hecho omiso constituye un deber jurídico que el sujeto omiso debió cumplir. Por ello, cuando el Estado no realiza una actividad a la que, implícita o explícitamente lo obliga la Constitución, la ley o el reglamento, y con ello causa en forma directa un daño a la persona o los bienes de un particular, el Estado deberá responder por "falta de servicio"<sup>216</sup>.

La temática lleva a preguntarse: ¿puede responsabilizarse a los jueces y al Estado que representan por no haber actuado encontrándose obligados a hacerlo?

Continuando en la anterior tendencia las omisiones pueden generar supuestos de responsabilidad del Estado derivada del ejercicio de su actividad jurisdiccional. Pero para que ello suceda entendemos que deben darse los siguientes presupuestos: a) que el juez este obligado a adoptar una decisión y no lo hace; b) cuando una disposición expresa así lo imponga o si la necesidad de asegurar el buen funcionamiento del servicio de Justicia evidencie la necesidad de actuar; c) y que con esa inacción se dañe al justiciable o a terceros.

---

<sup>216</sup> ALVAREZ TAGLIABUE, Cynthia, Responsabilidad del Estado por omisión del deber de seguridad, LA LEY-2002-A, 126.

La jurisprudencia ha venido responsabilizando al Estado por omisión cuando el deber de actuar viene impuesto por el ordenamiento jurídico:

Ejemplo de ello se dio en los autos: “De Gandia, Beatriz I. c. Provincia de Buenos Aires”<sup>217</sup>.

En el caso la actora inició demanda contra la Provincia de Buenos Aires con el objeto de obtener el cobro de una indemnización por el daño moral sufrido a raíz de haber sido detenida, con motivo del error de un juez penal que no notificó a las autoridades pertinentes la orden de dejar sin efecto el oportuno pedido de secuestro de un automotor, omisión que provocó la detención de la propietaria actual del mismo (De Gandia).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, hizo lugar al reclamo y obligó a la provincia a responder por los daños y perjuicios ocasionados por la omisión procesal en que incurrió el Poder Judicial local, pues tal conducta que fue causa eficiente del perjuicio sufrido por la actora, implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias.

Reiteró, también el argumento de que *“quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que fue establecido y resulta responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o irregular ejecución.”*

Rejtman Farah<sup>218</sup>, en el comentario a dicho fallo, llega a la conclusión de que *“...la obligación del Estado de resarcir los daños causados por omisión existe en tanto ésta presupone un irregular ejercicio de la función.”* Sostiene que no es necesario que exista una obligación legal de cumplir el hecho omitido puesto que se encuentra implícito en el ejercicio regular de la función, por tanto, para que la omisión responsabilizadora quede configurada como tal, bastará que con ese no hacer se viole el orden jurídico en general o la naturaleza de la función.

Se aplica en estos casos la noción de falta de servicio, es decir que no es necesario que el magistrado haya actuado con culpa o dolo para hacer efectiva la responsabilidad estatal por omisión judicial, será suficiente que de dicha omisión se derive en forma directa el perjuicio. Ello así, porque como remarca *“...ante cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley manda o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del art. 1112 lo soluciona afirmativamente; aunque la ley o el reglamento no mande la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad...”*

Este decisorio supone un enriquecedor y valioso precedente a la hora de reconocer, en un supuesto no tradicional, la responsabilidad estatal por el daño moral derivado de una omisión en el funcionamiento de la administración de justicia.

---

<sup>217</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re De Gandia, *op. cit.*

<sup>218</sup>REJTMAN FARAH, *op. cit.*

## 12. La responsabilidad de los jueces por su hecho propio.

¿El Juez, como funcionario público, es responsable personalmente del daño que le cause a las partes o a terceros, en el ejercicio de sus funciones?

En la actualidad se encuentran superadas las posturas basadas en la irresponsabilidad del iudex, por lo que hoy se alude a tres tipos de responsabilidad de los magistrados y funcionarios: 1) Civil; 2) Penal; y 3) Administrativa.

Aquí sólo se referire a la responsabilidad civil del juez, que precisa se den los siguientes presupuestos: a) obrar contrario a derecho (antijuridicidad o ilicitud); b) que origine un daño a otro; c) relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio; y d) factor de atribución de la responsabilidad, que en este caso, será la posibilidad de imputarle jurídicamente el daño a la persona del Juez.<sup>219</sup>

El error judicial puede ser producto de la culpa o del dolo del magistrado (art. 515, inc. 4º, in fine, C. C.) o bien producto de un acto de juzgamiento hecho sin factor de atribución subjetivo, (Nota del art. 1112 C.C.),<sup>220</sup> en este caso la responsabilidad del Estado puede existir independientemente de la ausencia de responsabilidad del juez.<sup>221</sup>

Doctrinariamente se han sostenido las siguientes premisas: 1) el acto reputado culpable, pero que excluye la voluntad del individuo dirigida a obtener alguna ventaja personal, responsabiliza al Estado y no al funcionario; 2) la responsabilidad personal del funcionario que establece el artículo 1112 del Código Civil, concurre en la mayoría de los casos con la del Estado; 3) si el funcionario origina daños cumpliendo regularmente sus obligaciones legales, sólo responde el Estado; 4) si el funcionario actúa irregularmente, dentro del ejercicio de sus funciones, responde juntamente con el Estado; 5) si el funcionario acciona con dolo o culpa, fuera del ejercicio objetivo de su función, no actúa como órgano del Estado y sólo es responsable el funcionario; 6) la acumulación de responsabilidades no implica una doble reparación del mismo daño, pues el resarcimiento aunque integral es siempre único y lo contrario implicaría un enriquecimiento injustificado de la víctima.

Necesidad de desafuero: Una discusión que se ha generado en la materia se basa la necesidad de remover de su cargo a los jueces en caso de querer iniciar contra ellos una demanda civil o acusarlos penalmente.

¿Existe la posibilidad de incoar una demanda sin previamente perpetrar la destitución del

<sup>219</sup> TRIGO REPRESAS, F., op. cit.

<sup>220</sup> Nota Art. 1112 C.C.: “De los Jueces y oficiales del Ministerio Público, de los párrocos en los actos del estado civil, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos procuradores y de todos los empleados en la administración del Estado. Véase AUBRY y RAU, nota 7.”

<sup>221</sup> VAZQUEZ, R., op.cit., págs. 188/189.

funcionario en cuestión?

Una parte de la doctrina<sup>222</sup>, ha sostenido que es necesario el desafuero previo.

Constitucionalistas como Sagüés propician un sistema de exclusiva responsabilidad del Estado frente a la víctima, con sólo una eventual posterior acción de regreso del Estado contra el juez.

Mientras que otra parte de la doctrina sostiene lo contrario, así para Kemelmajer de Carlucci, este requisito conduce a que los juicios se tramiten sólo contra el Estado, sin oír al juez al que se le imputa el error y a quien le será inoponible la sentencia, el cual se vería perjudicado en un ulterior juicio de repetición. Asimismo, aclara que hay supuestos que justifican la responsabilidad civil pero no la remoción del magistrado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación hasta la reforma constitucional de 1994, siempre exigió el desafuero del magistrado, como paso previo a toda acción judicial contra el mismo en base a los artículos 45, 51 y 52 de nuestra Constitución Nacional.

En el caso “Irurzun” se dejó sentado que el desafuero, es un requisito indispensable para poder someter al magistrado nacional a un proceso civil o penal, por los actos que haya efectuado en ejercicio de sus funciones.

Se destacó que la destitución se lleva a cabo mediante el juicio político (conf. arts. 45, 51, y 52 CN), y una vez cumplido, no existe impedimento alguno para someter a la justicia a los funcionarios comprendidos en el art. 45 de la Ley Fundamental.<sup>223</sup>

En caso “Tortorelli”, se demandó por daños y perjuicios a la Provincia de Buenos Aires y a los dos jueces intervinientes en la causa, por hechos acaecidos antes de la reforma constitucional de 1994.

El daño consistió en que una persona no pudo salir del país, en razón de pesar sobre ella una interdicción provocada por la declaración de quiebra, tratándose en realidad de un homónimo de primer nombre y de apellido.

Intervinieron dos jueces: uno provincial, que fue quien decretó la quiebra del homónimo y ordenó las medidas cautelares que fueron la causa del daño; y otro nacional, que actuó en un juicio

---

<sup>222</sup> BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Obligaciones, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, (Buenos Aires, 2008), Edit. La Ley, t. II, págs. 512/514. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, (Buenos Aires, 1970), Edit. Perrot, t. IV-B, págs. 116/117.

<sup>223</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Irurzun, Ricardo E. c. Estado nacional --Secretaría de Justicia-- y otro, 12/04/1994, LA LEY1995-A, 494 - DJ1995-2, 132, cita online: AR/JUR/1189/1994. “... *Que los jueces nacionales sólo pueden ser acusados "por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes", por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación ante el Honorable Senado, a quien incumbirá eventualmente juzgarlos. Si su decisión fuera condenatoria, "Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación". Es sólo tras esta decisión que "la parte condenada quedará... sujeta a acusación, juicio y castigo, conforme a las leyes, ante los tribunales ordinarios" (Constitución Nacional, arts. 45, 51 y 52), sin que surja distingo alguno entre la responsabilidad penal y la civil.*”

ejecutivo individual, en el que dictó un auto de identidad que posibilitó la confusión de las personas en el proceso de quiebra.

La actitud de los magistrados fue diferente: pues el juez provincial declinó expresamente la necesidad del desafuero y se sometió al juicio en el que resultara en definitiva condenado; en tanto que el Juez nacional se opuso a su juzgamiento a través de la defensa de falta de legitimación pasiva, que fue acogida por la Corte Suprema.<sup>224</sup>

Del mismo modo en este decisorio el Máximo Tribunal reiteró que: la necesidad de desafuero previo es un requisito indispensable pero, cumplido, no es óbice para el posterior juzgamiento de los magistrados judiciales y que tampoco puede ser considerado como un privilegio violatorio de la igualdad (art. 16 Constitución Nacional) ya que ha sido impuesto por razones de orden público.<sup>225</sup>

Después de la reforma constitucional de 1994, los arts. 45, 51 y 52 de la vieja Constitución, se mantuvieron con otra numeración (arts. 53, 59 y 60 de la Constitución vigente), no cambiando dichas exigencias.

Sí ha modificado la facultad de la Cámara de Diputados de acusar ante el Senado a los miembros de los "demás Tribunales inferiores de la Nación", puesto que ahora esa atribución la posee del Consejo de la Magistratura (art. 114 inc. 5° Constitución Nacional). Este último, decide sobre la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, ordena la suspensión y formula la acusación correspondiente. Por su parte, el juzgamiento corresponderá a un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal (art. 115 CN).

---

<sup>224</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Tortorelli, Mario Nicolás c. Provincia de Buenos Aires y otros, 23/05/2006, RCyS 2006, 515, con nota de José F. Márquez – LA LEY 13/07/2006, 5, con nota de Alejandro Dalmacio Andrada, cita online: AR/JUR/5766/2000. *“Que la excepción debe prosperar. En efecto, como lo ha señalado el Tribunal en Fallos: 317:365, “del examen de una larga y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema, surge claramente que constituye un requisito indispensable... la previa destitución de aquél mediante el juicio político regulado en los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional (anterior reforma 1994) o el cese en sus funciones por cualquier otra causa (Fallos: 1:302, 8:466; doctrina de Fallos: 113:317; 116:409; 300:75, entre otros)”.*

<sup>225</sup>*Ibidem*.: *“...el objetivo de la doctrina reseñada no ha sido el de impedir a los tribunales el conocimiento de las causas en las que se encuentran involucrados magistrados judiciales pues, tal como lo señaló el señor Procurador General al dictaminar en Fallos: 113:317, no existe impedimento alguno, una vez cumplidas las formalidades del juicio político, en someter ante la justicia a los funcionarios... y tampoco la citada excepción tiende a establecer un privilegio contrario al art. 16 de la Constitución Nacional en favor de los magistrados judiciales toda vez que aquélla se funda en razones de orden público, relacionadas con la marcha regular del gobierno creado por la Ley Fundamental (Fallos: 113:317).”*

### CAPITULO III

#### RESPONSABILIDAD DEL ESTADO –JUEZ. MARCO LEGAL

1. Recepción legislativa. 2. Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. 3. Convencionalismo. 4. Su tratamiento en la Provincia de Santa Fe. 5. Breve reseña de Derecho Comparado.

## 1. Recepción legislativa.

### Ámbito nacional.

Se destaca que antes de la reforma constitucional de 1994, ya la ley nacional 23054<sup>226</sup>, vigente desde 05/09/1984, aprobó la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, que en su artículo 10 dispone que “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

Por su parte la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado excluye la responsabilidad del Estado para los daños causados por la actividad judicial legítima (art.5).

### Ámbito provincial.

En las distintas provincias la idea de responsabilidad Estatal por la actividad jurisdiccional ha tenido recepción, con limitaciones, tanto en las distintas Constituciones como leyes provinciales.

**Santiago del Estero**, fue una de las primeras provincias mediante la ley 3603, cuya vigencia inicial data del 09/05/1971 y que finaliza el 01/01/2013, que establece dentro del ámbito de la organización y procedimiento ante los Tribunales de Trabajo, el Recurso de Casación que procede para ante el Superior Tribunal de Justicia, contra toda sentencia definitiva únicamente para los casos de quebrantamiento de formas, violación de la ley o errónea aplicación del derecho (art. 145). Definiendo la violación de la ley o errónea aplicación del derecho como aquellos casos en que la sentencia recae contra persona no demandada o sobre autos no sometidos a decisiones o cuando el fallo no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones deducidas oportunamente o contuviere disposiciones contradictorias; también, si la sentencia fuera contraria a la cosa juzgada o por aplicarse al caso disposiciones legales que no corresponden (art. 147). El fallo que resuelva el recurso resolverá sobre el fondo del asunto (art. 153).

**Chubut** su Constitución Provincial, de fecha 15/10/1994, establece que el Estado garantiza la plena reparación de los daños causados por error judicial, sin otro requisito que su demostración y especialmente indemniza los daños ocasionados por la indebida privación de la libertad, su indebido agravamiento o por incumplimiento de los preceptos referidos al tratamiento de detenidos y presos (art. 60).

**Chaco**, determina la responsabilidad por error judicial y dispone que si de la revisión de una causa resultare la inocencia del condenado, la Provincia tomará a su cargo el pago de la indemnización de los daños causados (art. 24, Constitución de la Provincia de Chaco).

---

<sup>226</sup> Cita online: AR/LCON/2MJI, Boletín Oficial 27/03/1984.

**Tierra del Fuego**, también constitucionalmente, prevé la responsabilidad por privación de la libertad por error o violación de disposiciones constitucionales (art. 40).

El Código Procesal Penal de dicha provincia, vigente desde 18/09/1994, preceptúa que la sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá pronunciarse, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena, los que serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial.

La reparación sólo podrá acordarse al condenado o, por su muerte, a sus herederos forzosos (art. 451).

**Santa Cruz**, prevé la responsabilidad del Estado por detenciones arbitrarias, debiendo fijarse las indemnizaciones por ley (art. 29 Constitución de la Provincia de Santa Cruz).

**Córdoba**, constitucionalmente dispone la responsabilidad por detenciones con privación de la libertad cuando haya habido sobreseimiento o absolución (art. 42).

**Jujuy** el art. 29 inc. 11 de la Constitución de esta provincia establece que la responsabilidad por error judicial debe ser determinada por ley.

**La Pampa**, estatuye la responsabilidad por error judicial con indemnizaciones que serán determinadas por ley (art. 12 de la Constitución de La Pampa).

**Neuquén**, la Constitución determina que la Provincia indemnizará los perjuicios que ocasionen las privaciones de la libertad por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales (art. 71).

La Constitución de la **Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, vigencia 10/10/1996, en su articulado reza:

Artículo 13. *“La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienen estrictamente a las siguientes reglas: ...inc.10. Toda persona condenada por sentencia firme en virtud de error judicial tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley...”*

La Provincia de **Salta** reconoce constitucionalmente, desde 23/04/1998, que el Estado, y en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen. Esta responsabilidad se extiende a los errores judiciales.

El Estado provincial es plenamente justiciable sin necesidad de autorización previa, en los términos de las leyes pertinentes. Los embargos no pueden recaer sobre los bienes afectados a la función asistencial del Estado ni exceder el veinticinco por ciento de los recursos ordinarios (art. 5).

**Mendoza**. El Código Procesal Penal de esta provincia, cuya vigencia comienza el 16/07/2004, prevé que la sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá decidir, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena. Estos serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación

sólo podrá acordarse al condenado, o por su muerte, a sus herederos forzosos (art 504, concs. Art. 498 CPP Cba.; Art. 534 CPP Mza.).

## 2. Tratados Internacionales de Jerarquía Constitucional.

En el ámbito internacional se suscribieron tratados que fueron añadidos a nuestro derecho positivo en función de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional del 94' que incorpora los tratados internacionales de derechos humanos regulando, principalmente, los derechos y garantías de acceso a la justicia, debido proceso, proceso regular, sencillo y breve, a la designación de los tribunales naturales e independientes y la responsabilidad del Estado por los errores judiciales.

### "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

El artículo 1 establece el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento sencillo y breve; el art. 18 dispone: *"Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen en perjuicio suyo alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente."* En los artículos 24, 25 y 26 se prevé un derecho contra la detención arbitraria y a un proceso regular.

### "Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos"

Establece en el art. 9 inc. 5, que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá derecho efectivo a obtener reparación. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido, art. 14 inc. 6.

### "Convención Americana sobre Derechos Humanos"(conocido como Pacto de San José de Costa Rica).

El artículo 8 establece las garantías judiciales para proteger la libertad personal, que surge del art. 7 con la protección a la libertad y seguridad, y el derecho de recurrir ante un juez, las garantías del debido proceso, presunción de inocencia, el principio de legalidad y retroactividad de la ley penal más benigna del art. 9.

Además, reconoce el derecho a indemnización por error judicial: *"Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial"* (art. 10).

El artículo 25 dispone que: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales...”*

Estos tratados constitucionalizados son totalmente operativos, al firmarlos, la Argentina, se compromete a realizar acciones positivas con el objeto de que se cumplan. Por lo que, el Estado Nacional responde en el exterior por las violaciones de los derechos humanos que las autoridades, de los tres poderes, tanto provinciales como nacionales cometan.

La Corte Interamericana de Justicia, recientemente responsabilizó al Estado Argentino en dos fallos por la actuación de sus órganos judiciales.

En el fallo “Forneron e hija c. Argentina”<sup>227</sup>, la Corte Interamericana fundó su decisión en la conducta de funcionarios judiciales que dilataron un proceso, con consecuencias fácticas graves e irreversibles para los derechos de una niña y su padre.

La niña había sido entregada por su madre a un matrimonio, mediante escritura pública, sin el consentimiento del padre biológico. El progenitor inició varios procesos legales con el objeto de que le restituyan su hija, logró interrumpir la guarda otorgada pero no tuvo acceso a la niña por doce años, salvo por 45 minutos de contacto con su hija en todo ese lapso.

La CIDH observó las transgresiones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño del corpus juris internacional que determina el contenido y los alcances de las obligaciones tomadas por el Estado en el plano internacional.

Asimismo, recalcó que la falta de razonabilidad en el plazo constituye, por sí misma, una violación de las garantías judiciales y, que en el caso de marras, sobrepasaron en exceso el plazo razonable.

Subrayó que el acatamiento de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son indispensables para proteger el interés superior del niño.

En definitiva, concluyó que los procesos judiciales no garantizaron las normas constitucionales y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Por lo que responsabilizó al Estado Argentino por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención

---

<sup>227</sup> RCyS 2012-VIII , 261, con nota de Marcelo F. Trucco; DFyP 2012 (agosto) , 101, con nota de Gabriela Yuba; LA LEY 06/09/2012 , 5, con nota de Eloísa B. Raya de Vera; LA LEY 2012-E , 253, con nota de Eloísa B. Raya de Vera; RCyS 2012-X , 240, con nota de Jeremías Capaccio; DJ07/11/2012, 29

Americana, en relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última. E incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación a dichos artículos.

Dispuso que su Sentencia constituye una forma de reparación ordenando: que el Estado Argentino debe: “...b) verificar la conformidad a derecho de la conducta de determinados funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos y, en su caso, establecer las responsabilidades que correspondan; d) implementar un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación; y f) el citado Tribunal impuso una reparación de US\$ 150.000 (ciento cincuenta mil dólares), por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, así como por el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.”

Expresó que la CIDH supervisará el cumplimiento de la Sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado total observancia a lo dispuesto en la misma. De lo contrario, sino cumple con alguno de los puntos dispositivos luego de los plazos impuestos por la Convención o por la CIDH, el peticionante podrá acudir al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación u optar por la vía judicial.

Caso “Furlan y Familiares c. Argentina”<sup>228</sup>.

En el caso en análisis el padre de un niño con discapacidad, adulto en la actualidad, interpuso una demanda contra el Estado Argentino ante la demora por más de doce años en resolver la acción civil contra el Estado, de la cual dependía el tratamiento médico del hijo, que finalmente se resolvió con una indemnización (por aplicación de la Ley 23.982).

Es dable aclarar que, la discapacidad del niño devino como consecuencia de un accidente mientras jugaba en un predio abandonado del Ejército.

La CIDH halló al Estado Argentino responsable por la demora excesiva en resolver la acción de daños que involucró al niño con discapacidad, siendo que los argumentos expresados por el demandado justificaban que un proceso que debió durar dos años duró más de doce.

Expresó que hubo falta de diligencia por parte de las autoridades judiciales que tuvieron a

---

<sup>228</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS in re “Furlan y Familiares c. Argentina”, 31/08/2012, cita online: AR/JUR/52082/2012.

cargo el proceso judicial en relación a los plazos establecidos.

Asimismo, el Estado Argentino vulneró el derecho a ser oído y tomado en cuenta, art. 8.1, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la CADH, del niño con discapacidad puesto que aquel no fue escuchado directamente por el juez a cargo del proceso civil en ninguna etapa.

También, violó el derecho a las garantías judiciales del art. 8.1, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la CADH, ya que durante el proceso civil el asesor de menores no fue notificado ni durante la minoridad ni con posterioridad a los peritajes que precisaron su discapacidad, lo cual era indispensable para la efectiva tutela de la víctima.

Del mismo modo, el Estado argentino violó el derecho a la integridad personal, art. 5 de la CADH, y el derecho al acceso a la justicia, arts. 8.1 y 25 de la CADH, puesto que se acreditó que la desintegración de la familia del niño con discapacidad, y el padecimiento de todos sus integrantes, fue secuela de la demora excesiva en el proceso civil, de la forma de ejecución de la sentencia y de los problemas para el acceso a una rehabilitación apropiada.

Se responsabilizó al Estado Argentino por la violación del derecho a la protección judicial y el derecho de propiedad de un niño pobre y discapacitado, por la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía, como resultado de la aplicación de la Ley 23.982 que regula la forma de pago en las demandas contra el estado, porque el caso exigía una justificación mucho mayor que la restricción del derecho de propiedad, no comprobada en la causa.

Consideró que el lapso correspondiente a la etapa de ejecución de la sentencia judicial para el cobro de la indemnización, es parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable.

Advirtió que, el debido acceso a la justicia juega un papel primordial para luchar contra la discriminación que pueden sufrir las personas con discapacidad.

Aclara que, no puede exigirse en un caso como el de marras, que el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación deba ser agotado previamente a la interposición de la demanda ante la Corte Interamericana, en razón de que aquel es un remedio excepcional que sólo se habría circunscrito a dilucidar la constitucionalidad de la norma regulatoria de la forma de pago de la indemnización, Ley 23.982, siendo en definitiva insuficiente para proteger la situación jurídica infringida.

Por último, se expuso que el Estado Argentino violó el art. 26 de la CADH, derechos económicos, sociales y culturales, en relación a los arts. 5 y 1.1 de la norma, en tanto las omisiones y deficiencias en la atención médica y la falta de orientación adicional por las distintas instituciones del estado involucradas en el caso, impidieron el acceso a los beneficios de seguridad social y a un tratamiento oportuno, real, permanente, integral y adecuadamente supervisado, que hubiera prevenido o disminuido el deterioro de la salud física y mental de la víctima (del voto concurrente

de la Jueza May Macaulay).

### 3. Convencionalismo.

Asimismo, no podemos dejar de remarcar que la obligatoriedad de los tratados constitucionalizados determina la actuación de todos los órganos del Estado, incluso el obrar judicial y la manera que interpreta el bloque jurídico vigente en el país, en esto se enmarca el llamado “control de convencionalidad” que propugna la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Esta terminología utilizada, “control de convencionalidad”, a partir del caso Myrna Mack Chang (2003),<sup>229</sup> en el voto del Juez Sergio García Ramírez, expresa el contralor que ejercita la CIDH sobre *“los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa”* (in re Tibi vs. Ecuador)<sup>230</sup>, implicando una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y las otras convenciones a las que el país se ha plegado y las decisiones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo.

Ahora bien, no sólo el tribunal internacional lleva a cabo el contralor de marras, sino que previamente los jueces locales deben realizar esta tarea *“...en el ámbito regional, el país debe tener en cuenta “la jurisprudencia” de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico”*.<sup>231</sup>

Es decir que, la actual doctrina de la CIDH exige a todos los magistrados integrantes del Poder Judicial Argentino efectúen el control de convencionalidad, quedando obligados a respetar, para fundar sus decisiones, la primacía de la normativa convencional por sobre las mismas normas del Derecho interno que las controviertan.<sup>232</sup>

En tal sentido, tanto los judicantes domésticos como los de la CIDH deben buscar la compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, abarcando todos Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por la Argentina, el ius cogens, la jurisprudencia de la CIDH y sus opiniones consultivas.

Cabe aclarar que, dicho control se debe hacer de oficio, sin necesidad que las partes lo soliciten y dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales sobre presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia. La CIDH en el caso

---

<sup>229</sup> CIDH, “Myrna Mack Chang Vs. Guatemala”, (2003), publicado en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>230</sup> CIDH, “Tibi Vs. Ecuador”, (2004), [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>231</sup> Ibidem.

<sup>232</sup> CIDH in re “Almonacid Arellano Vs. Chile”, (26/9/2006), se establece que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

“Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” (2006)<sup>233</sup> invoca el precedente “Almonacid Arellano”<sup>234</sup> y precisa los aspectos mencionados “*los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...*”

Los magistrados argentinos se encuentran obligados a realizar el control ex officio, aunque las partes no lo soliciten, de igual manera que realizan el control de constitucionalidad, de conformidad a la doctrina de la CSJN in re “Mill de Pereyra”<sup>235</sup>.

#### 4. Su tratamiento en la Provincia de Santa Fe.

a-Ámbito normativo.

Responsabilidad del Estado-Juez.

Constitución Provincial:

El Artículo 18 de la Constitución provincial estipula la responsabilidad de la Provincia, por los daños que causara, en el ámbito del derecho público, como consecuencia de los actos ilícitos de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Asienta también el principio de que dicha responsabilidad se rige por el derecho común en la medida que sea aplicable.

Ya en el punto en análisis, el art. 9 de la constitución santafesina reconoce la responsabilidad del Estado por actos de los órganos judiciales, en caso de que prospere el recurso de revisión en materia penal. Reglamentado por la Ley de Reparación por Error Judicial Excusable N° 7658.<sup>236</sup>

Ley 7658<sup>237</sup>: En sus siete artículos regula la responsabilidad del Estado Provincial en los casos en los que una persona sea condenada a pena privativa de libertad o inhabilitación de cumplimiento efectivo y luego se la absuelva por revisión.

Establece dos requisitos: 1) interposición de un recurso de revisión; y 2) existencia de error judicial excusable.

El damnificado tendrá derecho a una indemnización equitativa, ajustada a la duración de la eventual excarcelación y a las consecuencias personales y familiares derivadas de la condena. El resarcimiento no puede ser inferior a la suma que hubiere podido percibir el condenado durante el

<sup>233</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS in re “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, (2006), [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>234</sup> “Almonacid Arellano”, op. cit.

<sup>235</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re “Mill de Pereyra, Rita A. y otros v. Provincia de Corrientes”, 27/09/2001, ABELEDO PERROT N°: 20020778.

<sup>236</sup> LEPENIES, Irmgard, op. cit.

<sup>237</sup> Ley 7658: sanción: 31/10/1975; promulgación n° 4553/75, fecha: 19/11/1975; publicación:07/01/1976; autor del proyecto: Vidal, Tito; boletín oficial: 15694.

tiempo de la privación de la libertad y se calcula sobre la base del salario mínimo vital y móvil que rigió durante ese período.

Coloca como titulares del derecho a la reparación al condenado, luego absuelto, y a sus herederos forzosos.

Por otra parte, estipula que no nacerá ese derecho a indemnización cuando el recurrente, por dolo o culpa grave, haya dado o concurrido a dar causa al error del Juez o Tribunal.

Determina que el plazo de prescripción ordinario comenzará a correr desde el día en que queda ejecutoriada la sentencia absolutoria.

Y otorga competencia para entender sobre el tema a los jueces en lo civil y comercial, disponiendo el trámite del juicio sumario.

Ley 7234<sup>238</sup>: Establece el procedimiento de reclamación previa al acceso a la Justicia, el cual se debería utilizar para los casos en que se pretenda obtener la reparación por parte del Estado santafesino.

Los Jueces no darán curso a las demandas que se deduzcan contra la Provincia sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegatoria por parte de éste (art. 1).

Es decir, esta ley prevé un reclamo que se configura como requisito de procedibilidad previo a la interposición de una demanda ordinaria; el trámite que regula preliminarmente debe cumplimentarse para demandar ante los tribunales ordinarios a fin de dilucidar cuestiones ajenas a la materia contencioso-administrativa.

Entonces, quien pretenda demandar judicialmente a la Provincia como responsable de los daños que ha padecido a causa del obrar judicial debe realizar previamente el reclamo administrativo ante el Poder Ejecutivo y agotar la vía a los fines de acceder a los tribunales ordinarios de conformidad a lo que establece la Constitución provincial que enmarca los supuestos de responsabilidad estatal en el ámbito del derecho común y no en el del contencioso-administrativo.

El procedimiento establecido exige que sea promovido sólo por quien tiene interés legítimo<sup>239</sup> ante el Poder Ejecutivo u órgano que corresponda (art. 2).

La Administración deberá expedirse dentro de los treinta días hábiles de presentado el reclamo.

---

<sup>238</sup> Ley 7234, sancionada el 11/10/1974; promulgada el 7/11/1974 y publicada en fecha 20/11/1974 en el Boletín oficial: 15419.

<sup>239</sup> Esta enunciación supone que la legitimación activa frente a la Administración abarca, aunque no lo diga, al titular del derecho subjetivo dado que el interés legítimo es un interés individual ocasionalmente protegido por el ordenamiento jurídico a diferencia del derecho subjetivo, en el que la tutela es exclusiva e inmediata; por tanto, si se le permite al titular del interés legítimo accionar contra el Estado, con mayor razón tendrá legitimación activa quien detente un derecho subjetivo.

Si el Poder Ejecutivo dicta una resolución negativa a las pretensiones del particular, dicho acto habilita al interesado a acudir a la justicia ordinaria.

Si la Administración no se expide, habiendo transcurrido dicho plazo, el interesado deberá presentar pronto despacho, pasado quince días de la presentación del pronto despacho y sin que la Administración hubiese dictado resolución, el interesado tendrá expedita la vía judicial y podrá accionar ante los tribunales ordinarios simplemente acreditando el vencimiento de tales plazos y el silencio de la Administración (art. 3).

Decreto-acuerdo 10.204/58: Esta norma, de antigua data, regulaba el procedimiento administrativo santafesino, a fin de efectuar un reclamo sobre materia administrativa y/o impugnar un acto administrativo firme.<sup>240</sup>

Se advierte que en la actualidad fue derogado por el Decreto 4174/15 que a su vez aprueba el nuevo reglamento para el trámite de actuaciones administrativas. Igualmente el antiguo Decreto acuerdo seguirá vigente hasta el 1 de abril de 2016 (art. 4 del decreto 4174/15).

El derogado 10204/58 instituía y reglamentaba el trámite del agotamiento de la vía administrativa, previo a interponer un recurso contencioso-administrativo (Ley 11.330). Configuraba un régimen básico en materia impugnativa, aplicable a toda gestión, expediente o

---

<sup>240</sup> Siguiendo a los autores FERULLO y GRAU en el texto comentado del Decreto-acuerdo 10204/ 58, se realiza una breve reseña del respectivo procedimiento: El artículo 1° establece que únicamente pueden iniciar gestiones ante la Administración Provincial quienes tienen “interés legítimo”. Establece un procedimiento regido por el principio del informalismo en favor del administrado y en virtud del cual puede evitarse la observancia de los requisitos formales cuando no fundamentales. Tal procedimiento debe concluir con un decreto o resolución que reconozca el derecho del administrado o lo niegue; en el último caso prevé los recursos contra dicho acto administrativo, a los fines de tener por agotada la vía administrativa y habilitar el acceso a la justicia provincial. Entre los recursos se puede enunciar: Recurso de Revocatoria que se interpone, ante la misma autoridad que dicta la resolución impugnada, contra los decretos y las resoluciones de las actuaciones administrativas que nieguen un derecho o impugnen una obligación (art. 42). Si es interpuesto contra un decreto o resolución del Poder Ejecutivo la resolución que éste dicte al pronunciarse sobre el recurso pone fin a la instancia administrativa. Recurso de Apelación es interpuesto ante la autoridad administrativa que hubiera dictado la resolución que lo motiva y se eleva al Poder Ejecutivo por vía del Ministerio correspondiente (Art. 47). Es el Poder Ejecutivo el que dictará una resolución resolviendo la apelación y con ello pondrá fin a la instancia administrativa (Art. 53). En ambos casos el acto administrativo que emite el Gobernador, agota la vía administrativa y queda expedita la vía judicial. Por último, el Recurso Jerárquico ante el Poder Ejecutivo procede cuando existe una denegación tácita del derecho postulado, la que se da cuando la autoridad administrativa no se expide o hay una retardación en la resolución (art. 55). En el caso de que la actuación se encuentra en estado de ser resuelta de manera definitiva, será necesario que la parte interesada solicite, por escrito, a la Administración que resuelva (pronto despacho), cumplido los treinta días desde la presentación de tal requerimiento (art. 56); y no habiéndose dictado la resolución definitiva, habilita a interponer el recurso jerárquico como si la resolución se hubiera dictado y fuera contraria a sus derechos (art. 57). Asimismo, para el caso en el que el Estado se encuentre en mora procedimental, el interesado interpone el pronto despacho, en cualquier etapa del procedimiento administrativo, espera el plazo del artículo 56 (treinta días) y, si no se expide podrá concurrir ante el Gobernador mediante el recurso jerárquico. El recurso jerárquico se promueve directamente ante el Poder Ejecutivo (art.58), que dictará una resolución resolviéndolo dándole término a la instancia administrativa, la que cobra firmeza a los quince días de notificada (art. 63). De cualquier forma, el art. 9 de la ley 11.330 dispone que “El recurso debe interponerse dentro del plazo de treinta días contados desde la notificación o publicación oficial de la resolución que el interesado exteriorizara en el expediente administrativo”. Por ello, se entiende que resuelto en forma expresa el recurso jerárquico, pone fin a la vía administrativa, quedando firme el acto administrativo a los treinta días a contar desde su notificación. FERULLO, César; GRAU, César Antonio, Procedimiento y Recursos Administrativos en la Provincia de Santa Fe Decreto 10.204/58, (Rosario, 1997), Ed. FAS.

actuación administrativa, y que regía siempre que no existiera uno especial, resultando un presupuesto procesal del recurso contencioso-administrativo.

El mismo no era aplicable a la materia, tal y cómo está regulada en este momento en la Provincia, en virtud de que constitucionalmente dispone que la responsabilidad estatal en el ámbito del derecho público se rige por el derecho común en la medida de que sea aplicable, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Provincial.

Sin perjuicio de ello, y si se dictara una ley provincial sobre responsabilidad del Estado o se decidiera adherir a la ley nacional, que la enrola dentro del ámbito del derecho administrativo con la salvedad de respetar la aplicación subsidiaria si se deberá utilizar el procedimiento administrativo correspondiente a los fines de obtener el agotamiento de la vía y expedita la acción judicial.

#### Agotamiento de la vía.

Sobre este punto es importante destacar lo siguiente: a los efectos de realizar una reclamación contra el Estado, tanto en materia civil (Ley 7234), como administrativa (Ley 11330), se exige que previamente se agote la vía administrativa mediante los recursos reglamentados en sede administrativa y sólo podrán juzgar y resolverse las pretensiones propuestas y resueltas expresa o presuntamente en dicha sede. Así, la vía administrativa, en la provincia se agota mediante denegatoria expresa o tácita del Gobernador.

*“En el ordenamiento jurídico santafesino, el agotamiento de la vía administrativa previa (exigencia o presupuesto esencial para la admisibilidad del recurso) tiene base constitucional, por imperio de lo que establece el art. 72 inc. 18 de la Carta Fundamental que atribuye al Gobernador la potestad de resolver “los recursos administrativos que se deduzcan contra sus propios actos los de sus inferiores jerárquicos y entidades autárquicas de la Administración Provincial”<sup>241</sup>.*

Algunos autores están a favor de la necesidad de agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad a la vía judicial y otros se postulan en contra.

Quienes están a favor suponen que la reclamación administrativa previa y obligatoria actuaría como causa de una necesaria disminución de la litigiosidad. Máxime teniendo en cuenta que Ricardo Lorenzetti ha manifestado que la lentitud de la Justicia es por culpa del Estado, advirtiendo que el principal litigante, el que ocupa más causas, es el Estado; y llamando a disminuir la litigiosidad innecesaria. Ello debería ser tomado por los órganos ejecutivos, los cuales tienen que resolver con justicia en sede administrativa los reclamos, a los fines de no litigar de mala fe, con "chicanas" impropias de cualquier actuación estatal<sup>242</sup>

---

<sup>241</sup> CJSE, “MECONOR S.R.L. c/Provincia de Santa Fe s/Rec. cont. adm. plena jurisdicción”, 03-12-86, expte. CSJ n° 441/85.

<sup>242</sup> SARMIENTO GARCÍA; Jorge, Se debe reclamar la indemnización en sede administrativa siempre que la

Otra postura ha argumentado que la disminución de la litigiosidad es una falacia.

Justificar el reclamo previo en la disminución de la litigiosidad es una falsedad que pretende en la que *"razonamientos incorrectos que aparentan ser correctos, pero que resultan no serlo cuando se los analiza cuidadosamente"*<sup>243</sup>

Se ha dicho que *"nunca la Administración resuelve los reclamos y ello ha llevado a la S.C. de Justicia a considerar que cualquiera se al grado dentro de la línea donde se produzca el silencio o la denegatoria tácita, quede habilitada la instancia procesal sin necesidad de agotar la vía."*<sup>244</sup>

### Responsabilidad de los Jueces.

#### Constitución de la Provincia de Santa Fe:

La máxima legislación provincial sólo hace referencia al caso de la responsabilidad civil de los jueces facultando a la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, exclusivamente, para que entienda en el conocimiento y resolución de los juicios de responsabilidad civil contra los magistrados judiciales (artículo 93, inc. 7° de la Constitución Provincial).

Dispone que sólo los miembros de la Corte Suprema están sujetos a juicio político y que los demás jueces son enjuiciables, en la forma que establezca una ley especial, ante la Corte Suprema de Justicia, integrada a ese sólo efecto por un senador, un diputado y dos abogados de la matrícula (art. 91 y 98).

La Constitución Santafesina se diferencia de la Constitución Nacional, que establece el juicio político para los miembros de la Corte Suprema y demás Tribunales Inferiores de la Nación, en que estipula que los demás magistrados del Poder Judicial Provincial no están sometidos a ese proceso especial (Juicio Político) aunque si requiere, a los efectos penales y políticos, la previa remoción de un jurado de enjuiciamiento.

En materia de responsabilidad civil, el ordenamiento provincial autoriza a incoar la pretensión resarcitoria sin que sea necesaria la previa suspensión o remoción del magistrado, demandando directamente al juez ante el Superior Tribunal de Justicia.

Ley 10.160<sup>245</sup>: Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe establece la competencia personal de la Corte Suprema de Justicia de esta Provincia, para entender en los juicios

---

responsabilidad del estado se encuentra regulada por el derecho público. La Revista del Foro de Cuyo, On line: 14/05/2007.

<sup>243</sup> GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T. 3, "El Acto Administrativo Buenos Aires, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Novena Reimpresión- IX-23 y ss.

<sup>244</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA. in re "Díaz Mercedes, Vicente c. Municipalidad de Maipú" E.D. 20/01/199. LLGran Cuyo 1998, 49, AR/JUR/1690/1998.

<sup>245</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial; sanción: 10/12/1987; promulgación: 10/12/1987; autor del proyecto: Poder Ejecutivo boletín oficial n° 18640; expte. n° 418-PE.

de responsabilidad civil promovidos contra los magistrados judiciales (art. 18 inc. 2).

Ley 1486<sup>246</sup>: que regula la Responsabilidad de los Funcionarios y Empleados Públicos de la Provincia de Santa Fe, dispone que los miembros del Poder Judicial son responsables civilmente sin previo desafuero, de las faltas que cometieran en el ejercicio de sus funciones y que ocasionaren perjuicios materiales (art. 7).

Describe como falta a los actos que los funcionarios cometieran en sus funciones en violación a las leyes o excediéndose de los límites de sus facultades legales (art. 2).

Aclara que las extralimitaciones de los funcionarios no responsabilizan al Estado Provincial sino a ellos directamente (art. 4).

Ahora bien, si el daño resulta de actos que encuadran dentro de las prescripciones de la ley, la responsabilidad de los funcionarios desaparece, haciendo la salvedad de los casos de culpa o negligencia (art. 10).

A su vez, establece una responsabilidad por la morosidad que recae sobre los Miembros del Superior Tribunal, Cámara de Apelaciones y Jueces de Primera Instancia que no fallen dentro de los plazos constitucionales, siempre y cuando conlleve daños efectivos. Lo que los hace pasibles de las sanciones establecidas en el artículo 119 de la Constitución (art. 8).

Por último, indica que a los fines de iniciar juicio de responsabilidad contra el Juez o Magistrado que hubiese dictado una sentencia manifiestamente injusta o violatoria de la ley, será preciso que el juicio, en que dicha sentencia se dicte, haya concluido. Requisito que no se exige para caso del juicio político (art. 18).

Ley 7050<sup>247</sup>: Norma el enjuiciamiento a los magistrados a los efectos de su remoción de los cargos que desempeñan.

En estos casos, actuará como tribunal la Corte Suprema de Justicia de la Provincia integrada con un senador, un diputado y dos abogados de la matrícula (art. 2).

Las causas de remoción de los jueces son las siguientes: *“1.-Ignorancia manifiesta del Derecho o carencia de alguna otra aptitud esencial para el ejercicio de la función judicial, reiteradamente demostrada; 2.-Incumplimiento reiterado de las obligaciones del cargo impuestas por la Constitución, leyes o reglamentos, acordadas o resoluciones judiciales, o infracción de sus normas prohibitivas; 3.-Desorden de conducta privada o actividad privada incompatible con el decoro y dignidad de la función judicial; 4.-Comisión u omisión de actos previstos por las leyes como delitos dolosos; y 5.-Inhabilidad física o mental permanente que obste al ejercicio adecuado del cargo.”* (art.7).

---

<sup>246</sup> Ley 1416; sanción: 25/06/1908; promulgación: 27/06/1908; autor del proyecto: Pesenti, Victor.

<sup>247</sup> Ley 7050: autor del proyecto: Poder Ejecutivo; sanción:30/11/1973; promulgación: 19/12 1973; publicación: 04/01/1974; boletín oficial n°: 15209.

Estas causas podrán ser denunciadas por toda persona capaz, ante la Corte Suprema de Justicia (art. 8), o por el Procurador General de la Corte Suprema, quien está obligado a ello cuando tuviere conocimiento por sí mismo o por comunicación de la Corte Suprema, de las Cámaras de Apelaciones, de los fiscales o de los directorios de los colegios profesionales de la Provincia (art. 11).

La resolución que dicte el Tribunal será definitiva y absolverá o condenará al acusado. En éste último caso, la condena se entenderá sin perjuicio de las responsabilidades civiles y criminales que le pudieren corresponder al magistrado, a cuyo efecto aquélla no hará cosa juzgada (art.17).

b- Ámbito jurisprudencial.

Se destacan los siguientes fallos que permiten tener un panorama de la evolución en el pensamiento de los estrados judiciales santafecinos:

a- “González, Echenique, J. A. M. c/ C.B.G.”<sup>248</sup>.

El actor demanda por cobro de pesos a una Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Santa Fe, por responsabilidad civil emergente del ejercicio del cargo. Funda su pretensión en los arts. 43 y 1112 y concordantes del Cód. Civil e imputa una conexidad causal directa entre el acto erróneo del magistrado (conceder un recurso con efecto devolutivo debiendo ser suspensivo) y el evento dañoso (venta total del inmueble embargado).

El sentenciante al examinar los hechos observa que el resultado disvalioso no aparece de una causa única, sino que éste es producto de causas concurrentes. Considerando que a los yerros de la Jueza se suman los provenientes del propio litigante, de las actividades de los curiales, del Registro General que informa erróneamente y de la Cámara de Apelaciones que dispone la citación por edictos, cuando no correspondía.

En base a la tesis de "la causalidad adecuada" (art. 906 del Código Civil), aprecia que la compensación se impone a todos ellos, puesto que el presunto daño pudo evitarse de haber actuado los curiales actores con mayor diligencia y el Registro General informando correctamente. Por lo que, en definitiva, decidió que la demanda no prospere por no tener acreditada la causalidad adecuada entre el accionar de la Jueza y el daño reclamado.

Se resalta que el fallo realizó un pormenorizado análisis doctrinario y jurisprudencial, arrojando conclusiones valiosas sobre la materia:

Así, luego de aclarar las distintas posturas, efectuar un examen comparativo entre Constitución provincial y la Constitución Nacional, y describir la legislación provincial, afirmó que

---

<sup>248</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, in re GONZALEZ, Echenique, J.A.M.c.C.B.G., publicado en DJ, 1991-2, 583, cita online: AR/JUR/242/1990.

los jueces pueden llegar a ser responsables por sus yerros que originen perjuicios y, conforme a la Constitución y leyes locales, pueden ser juzgados sin el requisito de su previa remoción del cargo.

En efecto, de acuerdo a la normativa vigente en la provincia los magistrados judiciales son enjuiciables por responsabilidad civil sin necesidad de su destitución por juicio político o jury de enjuiciamiento.

Ahora bien, para responsabilizar civilmente a los jueces por el ejercicio de sus funciones, es necesario que haya incurrido en una grave violación legal determinada por negligencia inexcusable, excluyéndose la actividad de interpretación de las normas de derecho y las referidas a la valoración de los hechos y de las pruebas. Concluyendo que deben rechazarse las pretensiones cuando no hay un daño injusto debido a un comportamiento o acto emitido por un juez con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.

El Dr. Ulla en su voto aclaró que si se exigiera la destitución del magistrado a los efectos de poder someterlo a juicio de responsabilidad civil, podría traer mayores consecuencias perjudiciales tanto para la Provincia como para el Juez, puesto que si el mismo fuera absuelto en el proceso de responsabilidad, una vez destituido previamente, no podría ser restituido a su cargo, con lo cual seguramente iniciaría un juicio por responsabilidad patrimonial a la Provincia.

Advirtió a su vez que el tema es muy delicado puesto que si bien no puede eximirse al juez de toda responsabilidad, conforme el principio de igualdad (art. 8º, Constitución Provincial, 16 Constitución Nacional); se hace preciso resguardar la independencia de la función judicial del peligro que conllevaría que el iudex sea llamado a juicio, para responder patrimonialmente, cada vez que un justiciable esté disconforme con el resultado del pleito.

b-“R.U.L. c/ Provincia de Santa Fe”<sup>249</sup>

El actor demandó a la Provincia de Santa Fe por los daños y perjuicios que sufrió como consecuencia de haber permanecido privado de su libertad en el marco de un proceso penal, en el cual fue condenado y, con posterioridad, la Cámara de Apelaciones revocó la sentencia absolviéndolo por ser inocente.

El Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual que intervino en primera instancia resolvió hacer lugar a la acción entablada. Llegado a la Corte, ésta ratificó la postura de responsabilizar patrimonialmente a la Provincia.

La sentencia del a-quo consideró que la Provincia prestó de modo irregular el servicio de justicia, que de haber funcionado correctamente, no habría condenado a un inocente, este resultado

---

<sup>249</sup>TRIBUNAL COLEGIADO DE INSTANCIA ÚNICA EN LO CIVIL DE LA NOMINACIÓN DE ROSARIO, DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, in R.U.L. c/ Provincia de Santa Fe, 01/12/2004, LLLitoral 2005 (abril), 307, cita online: AR/JUR/4500/2004.

lesivo es contrario a la finalidad del proceso penal, y genera una responsabilidad objetiva y directa del Estado. Máxime cuando su inocencia se acreditó por una circunstancia extraña al proceso, otra persona confesó la autoría de los hechos, configurando un error judicial.

Por ello, en el caso no puede sostenerse el argumento de que la prisión sufrida por el actor es un costo inevitable de una adecuada administración de justicia, aún cuando en un primer momento, haya habido suficientemente razonabilidad para imponerle tal sacrificio, porque esto no es óbice para el reconocimiento posterior de su derecho a la reparación.

Concluye que, en un Estado de Derecho, los derechos fundamentales a la libertad y a la honra, son de naturaleza y jerarquía superior a la norma común y su afectación, que ocasione un daño injusto, debe ser resarcida.

Apoyándose también en que el derecho a indemnización, cuando hubo una sentencia firme condenatoria de un inocente, se encuentra previsto en normas constitucionales: Convención Americana de Derechos Humanos, tratado de jerarquía constitucional, que consagra el derecho de toda persona a ser indemnizada en caso de haber sido condenada en sentencia firme derivada de error judicial (art. 10). Y en el art. 9 párrafo 6, de la Constitución de la Provincia de Santa Fe que dispone: *“Cuando prospere el recurso de revisión por verificarse la inocencia del condenado, la Provincia indemnizará los daños que se le hubieren causado.”*. Y leyes inferiores, la ley provincial 7658 establece el derecho a indemnización de la persona condenada por error judicial excusable a pena privativa de la libertad.

c- “ARAGÓN, Víctor G. c/ Provincia de Santa Fe”<sup>250</sup>

En el caso en análisis el actor dedujo demanda contra la Provincia de Santa Fe con el objeto de obtener el cobro de una indemnización por daños y perjuicios en base a que adquirió un inmueble en subasta pública y posteriormente, un juez de la Provincia de Entre Ríos comunicó al juez de la subasta que el deudor estaba concursado, razón por la cual la subasta fue anulada.

Normativamente fundó su pretensión en el artículo 1112 del Código Civil, por la responsabilidad objetiva del Estado santafesino por falta de servicio y/o error judicial, considerando que el magistrado violó la obligación de dictar sus resoluciones conforme a derecho, siéndole por ello imputable al Estado sin necesidad de identificar una conducta negligente o culpable del funcionario.

Se le rechazó el reclamo en ambas instancias; interpuso recurso de inconstitucionalidad; y la Corte Suprema local lo declaró inadmisibile por considerar a la responsabilidad del Estado por los

---

<sup>250</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE in re ARAGÓN, Víctor. G. c/ Provincia de Santa Fe, LLLitoral 2007 (agosto), 739, cita online: AR/JUR/1907/2007.

daños ocasionados en su función jurisdiccional de carácter excepcional basada en que es un sacrificio que el individuo debe soportar con miras a la paz social y la vida comunitaria.

Advierte, además, que la posición mayoritaria de los tribunales santafesinos y de la Corte nacional ha sido denegatoria de la posibilidad de que exista responsabilidad del Estado por actividad judicial lícita.

Concluyendo que, si bien la idea de falta de servicio es objetiva, lo que la independiza de la culpa y permite responsabilizar al Estado, no exime de la necesidad de que exista un nexo causal entre el perjuicio y el acto judicial (subasta).

Por ello, no admite el recurso entendiendo que el daño no tuvo como causa la subasta sino conductas atribuibles a terceros por los cuales la provincia no debe responder

#### c-Ámbito Administrativo.

En el ámbito provincial, a los efectos de obtener una indemnización por la responsabilidad del Estado derivada de la actuación judicial, se exige que previamente se efectúe el reclamo administrativo previo.<sup>251</sup>

En razón de ello, se presentan los reclamos ante la Administración Pública Provincial a los fines de dar cumplimiento a mencionado requisito y obtener así un pronunciamiento favorable con mayor celeridad que si se acudiera directamente al Poder Judicial.

El iter administrativo exige que el reclamo sea presentado ante el órgano administrativo correspondiente, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y una vez resuelto, en apelación subirá a Fiscalía de Estado, órgano asesor del Poder Ejecutivo provincial<sup>252</sup>, que dará el último dictamen sobre el tema, el cual será finalmente decidido mediante Decreto del Señor Gobernador de la Provincia.

Fiscalía de Estado, en numerosos Dictámenes entre otros: N° 0956/1995, 0444/1997, 1056/1999, 0932/2000, 0716/2001, 0638/2002, 0056/2004, 0874/2004, 0007/2005, 0077/2005, 0140/2006, 0145/2006, 0154/2006, 0050/2007, 0261/2007, 0273/2007, 0461/2007, 0467/2007; se ha pronunciado a favor de la tesis restrictiva exigiendo para el reconocimiento del "error judicial", su previa acreditación y resolución en sede judicial.

---

<sup>251</sup> Ley 7234, *op cit.*

<sup>252</sup> Es el órgano de asesoramiento jurídico y la defensa legal del Poder Ejecutivo. Defiende judicial y administrativamente a la Provincia de Santa Fe en todo asunto en que corresponda intervenir según las disposiciones procedimentales. Proyecta actos administrativos y normas técnicas legales que fueren necesarios para el mejor desarrollo de su función.

Según el Art. 82 de la Constitución Provincial sancionada en 1962 debe considerarse como asesor jurídico del gobierno; como defensor del fisco provincial; como representante de la Provincia en los juicios contencioso-administrativos; y como defensor de la Provincia en todos los asuntos en los que se controviertan sus intereses.

Es decir, que el error tipificante de la responsabilidad estatal debe resultar de un acto jurisdiccional manifiestamente ilegítimo, declarado tal por el órgano revisor. Por lo que, para habilitar la responsabilidad aquiliana del Estado en la materia, es presupuesto que la labor judicial desplegada por los magistrados intervinientes, más allá del resultado definitivo de ésta, pueda conceptualizarse y demostrarse como arbitraria y fuera de los preceptos que les corresponde aplicar, esto es, que concurra una desviación de poder en el ejercicio de la función judicial.

Asimismo, aconseja el rechazo de reclamaciones administrativas previas tendientes al cobro de indemnización por la responsabilidad del Estado provincial en la materia, en base a que el particular debe soportar los daños causados por la actividad jurisdiccional al tratarse de una carga social: *“Los avatares de un proceso judicial deben ser soportados como carga por los habitantes del país quienes deben someterse al juicio efectuado por el Estado juez en cumplimiento del deber imperioso de actuar en aras de la seguridad y paz públicas.”* (Dictamen 0474/2004).

En dictamen citado, destaca que en el cumplimiento del mandato constitucional de "afianzar la justicia", el Estado puede provocar ciertos perjuicios a los particulares los que -en la medida en que sean razonables- no pueden ser objeto de reclamo posterior alguno, pues existe una carga general de contribución al logro de aquél *“...el deber de no perjudicar cede cuando, pese a desarrollarse una actividad perfectamente acorde las leyes, los reglamentos, los usos y la ética colectiva, es imprescindible e inevitable herir intereses ajenos. García de Enterría y Fernández engloban tal premisa bajo la idea de "cargas comunes de la vida social" (citados por VÁZQUEZ, Adolfo R.: "Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1990, pág. 195).”*

Aclara que *“el deber de soportar puede provenir tanto de una norma expresa como de principios jurídicos diversos, entre ellos y predominantemente, el deber de solidaridad social. Este es el principio ético-jurídico que encuentra raíz constitucional en el artº 16 de la CN. -al establecer la exclusión de cualquier tipo de privilegio o excepción injustificada, como así también el requerimiento ineludible de participar en el soporte de las cargas públicas- y que llega al máximo de exigencia en la disposición del artículo 21 por la cual, al ciudadano se le puede pedir hasta la vida en defensa de la Patria y de esta Constitución (Fallos: 316,1513/14).”*

En apoyo a esta tesitura cita la jurisprudencia que sustenta el criterio restrictivo considerando que los actos judiciales no generan la responsabilidad del Estado por su actividad lícita y que los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (CSJN in re “Balda”<sup>253</sup>).

---

<sup>253</sup> CSJN, in re “Balda”, op.cit.

Explica que “hallándonos ante un supuesto de actividad lícita del Estado, íntimamente ligada al bien común de la sociedad en su conjunto, en doctrina y jurisprudencia nacional se ha forjado un criterio restrictivo en orden a la procedencia de reclamos indemnizatorios. Así, se ha señalado que *“los avatares de un proceso judicial deben ser soportados como carga por los habitantes del país, quienes deben someterse al juicio efectuado por el Estado-Juez en cumplimiento del deber imperioso de actuar en aras de la seguridad y la paz pública”*, y que *“los componentes de una comunidad jurídicamente organizada tienen el deber o carga genérica de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo que acarrea la carga de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable. En consecuencia, la restitución constituye un supuesto excepcional, aún cuando la actividad jurisdiccional cause perjuicios especiales ya sea que éstos provengan de la actividad legítima o de sentencias judiciales posteriormente anuladas por otro tribunal de instancia superior, pues tales posibilidades forman parte de las reglas de juego del procedimiento y se dan dentro de la actividad regular de los tribunales”*, concluyéndose que *“la privación de la libertad de una persona a raíz de un proceso penal en el que finalmente la misma resulta sobreseída o absuelta, no genera responsabilidad alguna del Estado”* (CNFed. Contencioso Administrativa, sala IV, 5-4-94, Perla, Roberto O. c/Estado Nacional)” (Dictamen n°0939/2000).

En cuanto a la órbita penal, advierte que la cuestión es más compleja puesto que *“se produce una permanente tensión entre dos funciones u obligaciones estatales: la persecución eficaz del delito y el aseguramiento del ámbito de libertad del ciudadano (GARCÍA PONS, Enrique: “Responsabilidad del Estado...”, Ed. J.M.Bosch Editor, Barcelona, 1997,pág. 233).”* (Dictamen 469/2007), pero se mantiene en una postura restrictiva.

En el Dictamen 469/2007 expone que *“El proceso penal muchas veces exige detener al imputado, siendo inherente a la actividad jurisdiccional la potestad de restringir la libertad personal cuando ello resulte indispensable para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley (CACC de Paraná, Sala II, 02/06/1998: “R. M. R. c/ A., C.A.y Otro).*

*De ahí que, si el criterio del Juez no aparece como caprichoso o infundado, pues fue el resultado de una apreciación razonada de los elementos reunidos en la causa hasta el momento, y respetándose las normas procesales vigentes, el deber jurídico que pesa sobre los ciudadanos frente al proceso penal, según el cual los avatares de un proceso judicial deben ser soportados como carga por los habitantes del país, quienes deben someterse al juicio efectuado por el Estado-Juez en cumplimiento del deber imperioso de actuar en aras de la seguridad y la paz pública (CNFed Cadm, Sala V, 05/04/1997: “Perla, Roberto O. c/ EN.”).*

Asimismo, rechaza la aplicación de los artículos 10 y 7, inc. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si no se está en presencia de los presupuestos previstos por tales normas, o sea, una persona condenada en sentencia firme por error judicial, en la primera de ellas, o una

detención o encarcelamiento arbitrarios, en la segunda, basados en el fallo: CS, 11-06-98, S.A.I.J. Sumario nro. A0050907, del voto de los Dres. Belluscio y Petracchi (Dictamen n° 0939/2000).

Además, justifica tal postura en diversas opiniones doctrinarias, así en el Dictamen 474/2004 menciona alguna de ellas y aclara que *“...El lapso que una persona permanezca privada de su libertad a raíz de la sustanciación de un proceso penal, en que dicha persona es finalmente sobreseído o absuelto, no debe dar lugar a responsabilidad alguna del Estado, o sea no puede generar derecho a resarcimiento a favor de quien sea sobreseído o absuelto (Conf. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, ed. 1973, T IV, pág. 759/764).*

*“...procede la responsabilidad estatal siempre que la absolución del imputado hubiese sido dispuesta en virtud de su inocencia manifiesta y el auto que ordenó dicha prisión preventiva (aún confirmado en instancias superiores) “se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario” (Cassagne, Juan Carlos “El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites” LL 2002-A,484).*

*“..Los poderes políticos del Estado representados por las ramas legislativas y ejecutiva tienen una gerencia discrecional del bien común para determinar qué es lo conveniente o inconveniente a ese propósito...Distinto es el caso de la actividad del Poder Judicial cuya función es realizar la justicia, y en ello los jueces no tienen mucho margen de operatividad, pues la investigación de los hechos y la seguridad de sancionar a los culpables, les imponen la obligación de dictar medidas restrictivas de la libertad y de la disponibilidad de los bienes durante el curso del proceso. Los daños en tales casos deben ser soportados por quienes los padecen, pues es el costo inevitable de una adecuada administración de justicia. Tales actos jurisdiccionales son formalmente regulares dentro de un razonable criterio judicial y en el marco de una apreciación provisional de los hechos que les sirven de fundamentación, aunque, las partes a quienes les afectan puedan considerarse perjudicadas y estimen arbitrarias esas medidas. Tal es lo que sucede con la prisión preventiva dispuesta en el curso de un proceso en relación a un detenido, cuando aquella está justificada por lo menos por una semiplena prueba de la existencia del delito, después de haberse tomado declaración indagatoria y haberse impuesto de la causa de su prisión existiendo indicios suficientes para creerlo responsable del hecho” (Bustamante Alsina, Jorge “Responsabilidad del Estado “por error judicial” (El auto de prisión preventiva y la absolución)” LL 1996-B, 311).*

De los fundamentos transcritos se aprecia que los criterios adoptados por los órganos asesores, encargados de dar la opinión técnico legal en la que se sustentará finalmente la decisión del Poder Ejecutivo Provincial, mantienen una postura restrictiva que a lo largo de 20 años ha rechazado sistemáticamente las reclamaciones en la materia, no ajustándose a la evolución jurisprudencial ni a los requerimientos internacionales.

Es dable aclarar que, además, los órganos asesores inferiores dentro de la Administración deben sujetar sus decisiones al criterio determinado por Fiscalía de Estado<sup>254</sup> perpetuando de este modo esta tesitura y colocando a la instancia administrativa como obstáculo a la hora de obtener una justa reparación por los daños sufridos a causa del obrar judicial.

## 5. Breve reseña de Derecho Comparado.

a- Países Europeos.

### Derecho Francés.

En el derecho francés<sup>255</sup>, la evolución de la responsabilidad del Estado-Juez ha sido el resultado de sucesivas reformas legislativas de carácter pragmático, la que distingue entre los daños derivados de las actividades no jurisdiccionales de la Administración de Justicia, normados por las reglas generales de la responsabilidad administrativa y los que son consecuencia de la actividad estrictamente jurisdiccional que dispone los siguientes supuestos generadores de responsabilidad estatal:

- Inocencia del condenado. Debe ser declarada en juicio de revisión penal, según la ley de 8 de junio de 1885<sup>256</sup>, con regulación en el art. 626 del Código de Procedimiento Penal.
- Prisión preventiva indebida. Regulado desde la ley del 17 de julio de 1970, arts. 149 y 150 del Código de Procedimiento Penal. Exige que el damnificado haya sido posteriormente sobreseído o absuelto y sufrido daños graves. El reclamo debe plantearse ante una Comisión integrada por tres Magistrados de la Corte de Casación, que decide sin necesidad de motivación.
- Daños por culpa o negligencia personal de los Magistrados. De conformidad a lo dispuesto en la ley del 5 de julio de 1972<sup>257</sup>, y al procedimiento establecido por ley orgánica del 18 de enero de 1979. El Estado responde directamente sin perjuicio de la acción de regreso.
- Daños producidos por el funcionamiento defectuoso de la Justicia. Abarca los retrasos graves e injustificados. “El Estado está obligado a reparar el daño causado por el

---

<sup>254</sup> El Decreto provincial nº132/94 establece que los dictámenes de Fiscalía de Estado son de seguimiento obligatorio para el resto de las asesorías, sin perjuicio de ello la autoridad administrativa puede apartarse de ellos por razones fundadas.

<sup>255</sup> *Vid.* De Vita, “La responsabilità civile del giudice e dello Stata come problema nel diritto francese (note comparative)”, *Il Foro Italiano*, vol. 102, Parte Quinta: Monografie E Varietà, 1979, pp. 198 y ss.

<sup>256</sup> *Vid.* Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction jurisdictionelle*, Paris. 1956, p. 195

<sup>257</sup> Dicha ley dispone la responsabilidad directa del Estado por los daños provocados por dolo, culpa grave o denegación de justicia de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones. *Vid.* De Vita, “La responsabilità civile del giudice e dello Stata come problema nel diritto francese (note comparative)”, *Il Foro Italiano*, Parte Quinta: Monografie E Varietà, 1979, pp. 225 y226.

funcionamiento defectuoso del servicio de la Justicia. Esta responsabilidad sólo podrá hacerse derivar por la existencia de una falta grave o una denegación de Justicia.”(artículo 11 de la ley del 5 de julio de 1972).

### Derecho italiano.

En Italia hasta finales de los años sesenta, la situación era de total falta de responsabilidad del Estado por actos de sus jueces<sup>258</sup>. Con un sistema basado en la exclusiva responsabilidad personal de los magistrados, la Constitución de 1947 viene a establecer la responsabilidad directa de los funcionarios y dependientes del Estado y Entes públicos, conforme a las leyes, por los actos realizados en violación de derechos, añadiendo que tal responsabilidad se extiende al Estado y demás Entes públicos<sup>259</sup>.

La Constitución italiana de 1947, en su parte dogmática de los derechos y deberes de los ciudadanos, art. 24.4 reza “*la ley determina las condiciones y las forma para reparación de los errores judiciales.*”

Las leyes del 23 de mayo de 1960 y el 1 de mayo de 1965, regularon la responsabilidad del Estado en el supuesto del error judicial. Determinado en juicio de revisión penal, el error judicial hacía nacer un derecho de indemnización en caso de prisión (art. 24 de la Constitución). Era competente, para otorgar la indemnización, el Tribunal que había dictado la sentencia de anulación sin reenvío (Corte de Casación), o el propio Juez de reenvío, que había resuelto la absolución. Intervenían el Ministerio Fiscal y el Ministerio del Tesoro. Si la fijación de la indemnización correspondía al juez de reenvío cabía recurso de casación contra su decisión.

Pese a que la ley no lo estipulaba, el Estado respondía aún en el caso de que los daños fueran derivados de la culpa o negligencia personal del Juez, en virtud a la sentencia de la Corte Constitucional del 14 de marzo de 1968, aplicando el art. 28 de la Constitución que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por el hecho de sus funcionarios.

En relación a ello, se dio un extenso debate sobre las especies de culpa por las cuales debía responder el juez y el Estado, lo que fue resuelto por la ley 117 del 13 de abril de 1988.

Antes de 1988 el afectado tenía la opción de demandar al Juez o al Estado, o ambos conjuntamente porque su responsabilidad era directa y concurrente, a partir del obrar culposo del Juez.

La nueva ley limita la acción por lo que el sujeto activo sólo puede exigir el resarcimiento de los daños sufridos al Estado, perdiendo la acción contra el Juez, y quedando al Estado la acción de

---

<sup>258</sup> Vid. Picardi, “Risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità dei magistrati”, *Introduzione, en Le nuove leggi civili commentate*, noviembre-diciembre 1989, pp. 1213 y 1214.

<sup>259</sup> Guzmán Fluja, Vicente, “La extensión del principio de Responsabilidad del Estado a la actividad de la administración de Justicia”, *Dereito*, Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, III, 1, 1994, p. 115.

regreso contra el Juez.

La ley deja el sistema existente para la reparación de los daños sufridos por errores judiciales y a causa de prisión preventiva indebida.

Se aplica tanto a los Jueces y Magistrados que pertenezcan a las diversas jurisdicciones como al resto del personal que participa en el ejercicio de la función judicial.

Contempla dos supuestos de imputación:

a) Dolo o culpa grave de los jueces en el ejercicio sus funciones. Ejemplo de culpa grave es adoptar resoluciones sobre libertad personal fuera de los casos permitidos por la ley o sin motivación. Excluye la interpretación de normas y la valoración de hechos y pruebas.

b) Denegación de justicia. Abarcando el rechazo, la omisión o el retraso del juez en el cumplimiento de actos de su función, habiendo transcurrido el plazo legal establecido y siendo necesario que la parte haya instado la resolución y, pese a ello, pasen 30 días sin que se resuelva, sin causa justificada. Plazo prorrogable en ciertos casos (excesiva complejidad de sentencias). Cuando se refieren a la libertad personal del imputado el plazo final se reduce a 5 días improrrogables.

Estipula que el reclamo de indemnizatorio debe ser presentado ante el Presidente del Consejo de Ministros y se sustancia en el Tribunal del lugar donde tiene su sede la Corte de Apelación de la circunscripción más próxima a la del Magistrado afectado.

Colocando un plazo de caducidad de 2 años para presentar la demanda contados desde que la acción pudo ejercitarse.

El Juez o Magistrado implicado puede, intervenir en el procedimiento, aunque no es parte demanda.

El Estado posee acción de repetición frente al Magistrado, la cual tiene un año para ejercitar contados desde el resarcimiento del daño. La debe promover el Presidente del Consejo de Ministros y se tramita ante el Tribunal del lugar donde tiene la sede la Corte de Apelación de la circunscripción más próxima a la del juez afectado.

Asimismo, la ley fija como tope máximo para la cantidad que puede ser objeto de repetición un tercio de la retribución anual neta del Magistrado a la fecha de la acción de resarcimiento. Límite que no se aplica en los casos de actuación dolosa del Juez.

Por su parte, los Órganos Colegiados tiene un régimen específico mediante el cual, la ley trata de discernir si la resolución judicial fue adoptada por todos o sólo por alguno de los integrantes a efectos de exigencia de responsabilidad. Para lo cual estipula la elaboración de un acta en la que exprese si la decisión es unánime o si hay criterios disidentes, designándolos nominalmente y haciendo constar su voto disidente.

### Otras regulaciones en Derecho europeo.

Se puede apreciar que los dos supuestos de imputación más comunes son el de la absolución en juicio de revisión penal (Alemania, Bélgica, Holanda, Portugal, Suiza), y el de la absolución o sobreseimiento si antes se han aplicado al imputado medidas cautelares, en especial, la prisión preventiva; en Alemania, a partir de la ley de 8 de marzo de 1971, y en Bélgica, por la ley del 13 de marzo de 1973.

En Suiza no se concede derecho a una indemnización íntegra sino solamente equitativa.

En España: el artículo 411 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial establece que *“Los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causearen cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa”*.

### b- Regulación en países latinoamericanos.

#### Paraguay.

La evolución de la responsabilidad en la materia se puede observar de la siguiente forma:

#### 1) Responsabilidad fundada en el Código Civil hasta la promulgación de la ley 1506/35.

Art. 1109 estipula la responsabilidad general por daños causados por culpa o negligencia; el artículo 1112 determina el régimen por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales que le están impuestas a los funcionarios en el ejercicio de sus funciones; y el artículo 1113, responsabiliza por los daños que causaren los que están bajo su dependencia. Bajo este régimen extensivo quedaba comprendida la responsabilidad de la Administración por actos ilícitos de sus agentes.

La responsabilidad estatal fundada en el Código Civil es una responsabilidad subjetiva que exige indagar sobre la existencia de la culpa del agente para responsabilizar al productor del acto dañoso.

#### 2) La irresponsabilidad del Estado por ciertos actos de sus funcionarios, establecida en la ley 1506/35, que estableció el Estatuto del Funcionario Público,

La mencionada ley de fecha 31 de octubre de 1935, en su Art. 32, eliminó la responsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios al disponer: *“El Estado no es responsable por hechos o actos de los funcionarios que importen delitos o cuasidelitos”*.

La Constitución de 1940 dio lugar a la responsabilidad indirecta del Estado al disponer que los funcionarios serán personalmente responsables por actos ilícitos *“...sin perjuicio de la responsabilidad indirecta del Estado que podrá ser establecida en la Ley”* (art. 31). Pero como no llegó a dictarse la ley que la estableciera, siguió, vigente el régimen general de la irresponsabilidad del Estado de la ley 1506/35.

La Constitución de 1967 estableció la responsabilidad personal de los agentes públicos sin

perjuicio de la responsabilidad del Estado, que sería luego reglamentada (art. 41). Si bien no se dictó la ley reglamentaria, debe considerarse vigente la responsabilidad del Estado, como garantía constitucional para la protección de las personas y de sus derechos, en razón del art. 80 que dice: *“La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar ningún derecho o garantía”*.

La responsabilidad directa del Estado, fue establecida en el Art. 53 de la Constitución de 1967, que dice: *“Los paraguayos y los extranjeros tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado o los Municipios por los daños y perjuicios de que hayan sido objeto por parte de la autoridad legítima en el ejercicio de sus funciones”*.

Es decir que el Estado tiene responsabilidad directa por los actos legítimos de la autoridad (art. 53) y subsidiaria en caso de ilícitos atribuidos a los funcionarios (art. 41).

Responsabilidad del Estado en el Derecho en la Constitución Nacional de 1992:

En el orden jurídico nacional vigente la responsabilidad del Estado en forma directa surge: en los supuestos de: 1) daños causados por actos legítimos de la autoridad; 2) por error judicial. La responsabilidad subsidiaria o indirecta: por las irregularidades cometidas por sus funcionarios, en caso de insolvencia de estos.

La responsabilidad directa del Estado por las actividades legítimas tiene como base constitucional el art. 36, y en el caso de condena por error judicial, el art. 17.11. La Indemnización por error judicial exige la “condena por error judicial” y no por daños que pudieran surgir por actos procesales como sobreseimiento o prisión preventiva.

### Méjico.

El artículo 94 de la Constitución Federal, quinto párrafo, establece que las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se regirán por lo que dispongan las leyes, de conformidad con las bases establecidas en nuestro máximo ordenamiento, asimismo, el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 109 del ordenamiento precitado.

La responsabilidad personal del juez puede ser: penal, disciplinaria y civil<sup>260</sup>:

- Penal: En los jueces pueden cometer delitos que son exclusivos de los juzgadores; como así también, delitos comunes a todos los agentes de la función pública.

---

<sup>260</sup> NAVA RODRÍGUEZ, María Angélica, *La Responsabilidad del Estado en la Función Judicial*, *Ciencia Jurídica*, Año 1, No. 1, Universidad de Guanajuato, 2011, pp. 148 y 149.

- Disciplinaria: su objeto es asegurar el cumplimiento efectivo de los deberes de los jueces por medios coercitivos de amenaza de sanciones disciplinarias de las que los jueces pueden ser pasibles por ser funcionarios públicos calificados por los deberes de sus cargos.
- Civil: la Constitución Federal, contempla la responsabilidad de los servidores públicos, entre los que están los jueces, en el título cuarto denominado “*De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimoniales del Estado*”. En el artículo 108 responsabiliza a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y a los miembros de los Consejos de la Judicatura Locales, por las violaciones a la Constitución y a las leyes federales; por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Tratándose de la responsabilidad civil judicial están los supuestos de error judicial y de funcionamiento anormal no jurisdiccional, caso de las dilaciones indebidas.

Como ejemplo de regulación en materia de error judicial el Código penal del Estado de Tamaulipas, reza “*el Estado cubrirá una indemnización a quien hubiese obtenido el reconocimiento de su inocencia en los términos previstos en este Código o a sus derechohabientes. La reparación del daño será dispuesta de oficio por la autoridad que resuelva el reconocimiento de la inocencia, tomando en cuenta el salario mínimo general correspondiente a la zona que se hubiese supuesto la comisión del delio, a razón de dos días de salario mínimo vigente en la fecha en que se haga el pago por cada día que la persona hubiere estado privada de su libertad durante el procedimiento y la ejecución de la pena o medida de seguridad.*” (art. 92 bis del código mencionado).

En cuanto al supuesto de funcionamiento anormal de la función judicial: El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de Méjico ha interpretado que “*la adición al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2002, tuvo por objeto establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados en los bienes y derechos de los ciudadanos, otorgándole las características de directa y objetiva.*”<sup>261</sup> Establece la responsabilidad objetiva patrimonial del Estado por los actos realizados de manera irregular, desvinculada de la negligencia, dolo o intencionalidad. Excluye la reparación por los daños causados por la actividad regular del Estado y con dolo en la actuación del servidor público, y se centra en los actos propios de la administración realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a los parámetros creados por la propia

---

<sup>261</sup> Antes de dicha reforma constitucional, se habían realizado otras reformas sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, tales como la denominada Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal de 1941, las reformas de 1994 al Código Civil Federal que introducen el concepto de responsabilidad solidaria del Estado, las de 1982 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos y las reformas de 1994 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, entre otras.

administración<sup>262</sup>.

El Código civil para el Distrito Federal, 2005, regula la responsabilidad del Estado dentro de las obligaciones que nacen de los actos lícitos<sup>263</sup>, de manera semejante al Estado de Tamaulipas y la ley federal de responsabilidad de los servidores públicos.

El Código civil para el Estado de Tamaulipas, 2010, en su artículo 1409 reza “*El Estado y los Municipios tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros, empleados o servidores públicos en el ejercicio de sus actividades o labores que les estén encomendadas.*” El precepto siguiente 1410, establece que esa obligación es subsidiaria y sólo se podrá hacer efectiva contra el Estado o los Municipios cuando el directamente responsable no tenga bienes o los que tiene no son suficientes para reparar el daño causado.

La responsabilidad civil de los jueces surge cuando éstos, en el desempeño de sus funciones, infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables.

El reclamo puede ser realizado por el damnificado o sus causahabientes, mediante juicio ordinario que se tramita ante el inmediato superior del juez infractor. La resolución en este juicio no modifica la sentencia firme dictada en el proceso en el que se originó el daño. Por otra parte, no podrá reclamar si el afectado no utilizó los recursos legales ordinarios contra la sentencia, auto o resolución que le causó el daño.

La Ley de Amparo de 2010, hace referencia a funcionarios judiciales que intervienen en los juicios de amparo. Además, hace remisión expresa al Código penal para el Distrito Federal, aplicable en materia federal en lo relativo a los delitos cometidos contra la administración de justicia.

En el artículo 198, establece los responsables por los delitos que se consumen en la sustanciación y en las sentencias de los juicios de amparo. En el artículo 199, dispone la no suspensión del acto reclamado, cuando se trate de alguno de los actos prohibidos por el art. 22 constitucional, si se llevó adelante la ejecución el funcionario es castigado por abuso de autoridad de acuerdo al Código Federal, 2003.

En el supuesto de comisión de un delito contra la administración de justicia o contra la función pública, el ordenamiento penal prevé que los obligados a reparar el daño son, tanto el responsable del ilícito (funcionario judicial), como el Estado.

La Suprema Corte de Justicia Mexicana se ha pronunciado en relación al error judicial y al anormal funcionamiento de la administración de justicia diciendo “...*La acción de pago de daños*

---

<sup>262</sup> Nava Rodríguez, María Angélica, La Responsabilidad del Estado en la Función Judicial, *Ciencia Jurídica*, Año 1, No. 1, Universidad de Guanajuato, 2011, p. 155.

<sup>263</sup> *Vid.* art. 1927 del Código Civil del DF: “*El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños causado por sus empleados y servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será objetiva y directa por la actividad administrativa irregular conforme a la Ley de la materia y en los demás casos en términos del presente Código.*”

*contra el Estado prevista en el artículo 154, fracción III, de la Constitución Política, en relación con los numerales 83 y 84 del Código procesal civil, ambos del Estado de Coahuila, por error judicial grave o funcionamiento anormal de la administración de justicia, únicamente debe prosperar cuando se causa de manera directa e indiscutible un daño objetivo, grave y trascendente a la esfera de derechos de alguna persona, pero no cuando en uso de su arbitrio judicial las autoridades jurisdiccionales resuelvan de manera contraria a sus intereses algún litigio y, por ello, se vea orillada a interponer los medios de defensa correspondientes a fin de corregir la actuación judicial que considera equivocada pues, de admitir lo contrario, se llegaría al extremo de que cada vez que se declara fundado en recurso y, por ende, se revoca, modifica o nulifica una determinación o resolución de primera instancia, habría responsabilidad de indemnizar con cargo al órgano recurrido que volvería caótica la prestación del servicio público de administración de justicia.”<sup>264</sup>*

---

<sup>264</sup> Tesis VIII.5o.1 C de Tribunales Colegiados de Circuito, de la novena época, localizable en la página 1691 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, marzo del 2007, número de registro 173009.

## CONCLUSIONES.

Hemos podido apreciar como la responsabilidad del Estado ha evolucionado desde su negación total, basada en la soberanía Estatal, hasta su consagración en la actualidad, como una responsabilidad estatal directa y objetiva.

Hoy podemos decir, sin dudar, que el Estado tiene la obligación de resarcir económicamente los daños causados a terceros por los actos (acciones u omisiones), legítimos o ilegítimos de sus agentes basándose en la teoría organicista.

En este esquema, el Poder Judicial, cuya finalidad primigenia y última es la justicia no puede desconocer los principios elementales de legalidad y seguridad jurídica, por lo que no está exento de las responsabilidades que surgen de los perjuicios derivados de su obrar.

Justamente, en un Estado de derecho todos debemos estar sometidos al contralor que asegure se cumpla con la más alta finalidad del ordenamiento jurídico, la Justicia, para lo cual no puede desconocerse la obligación de reparar en caso de existencia de un daño injusto.

Un avance jurídico importante es la modificación legislativa llevada a cabo en 2014 tanto del Código Civil y Comercial de la Nación como de la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado.

El nuevo Código ha efectuado avances en la teoría de la responsabilidad, que ya hemos destacado, y que se inclinan en resaltar la persona humana estableciendo un sistema más amplio como por ejemplo con el expreso reconocimiento de la función preventiva y la indemnización plena, entre otros. Y, aunque ha vedado su aplicación directa y subsidiaria, en el plano de la responsabilidad estatal, ya hemos señalado que existe la posibilidad de que las provincias lo apliquen si así lo disponen o aún en forma analógica, la cual no está prohibida.

La ley Nacional también ha quitado de la órbita del derecho privado todo lo referente a responsabilidad estatal, otorgándole la exclusividad de su regulación a la legislación administrativa local.

Se puede afirmar que, más allá de las críticas ya efectuadas, una regulación local en la materia traería una mayor seguridad jurídica al sustraer del Poder Judicial la función legislativa en materia de Responsabilidad del Estado, siendo abordada por el órgano constitucionalmente competente, el Poder Legislativo.

Se subraya, también, que ha encuadrado la responsabilidad estatal en el ámbito público al que pertenece, cuestión que no carece de relevancia en virtud de que ambas ramas del derecho se basan en distintos principios, dando fundamento a determinadas características de la responsabilidad estatal congruente con la finalidad última de éstos. Sin perjuicio de ello, no se desconoce que ha creado un régimen más restrictivo como en el supuesto de limitación de la responsabilidad estatal por actividad judicial legítima, lo que sería contrario a las concepciones

amplias de la responsabilidad estatal.

Las mencionadas reformas llevan a los gobiernos locales a tener que replantear su postura, debiendo analizar si adhieren a la ley nacional, dictan su propia ley o guardan silencio a la espera de las soluciones jurisprudenciales. Ante lo cual advertimos que existen niveles muy dispares de una provincia a otra; diferencias sociales, económicas y culturales entre las provincias más ricas y las más postergadas. Lo que se traduce en la posibilidad de establecer niveles disímiles de exigibilidad de los estándares previstos por las Convenciones internacionales incorporadas por la Constitución Nacional. No están en la misma situación provincias como Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Mendoza que son centrales que aquellas con mayor pobreza estructural, y, por tanto, las primeras están más constreñidas al reconocimiento de un mayor nivel de deberes implícitos frente a su comunidad que aquellas más postergadas.

En el plano de la jurisprudencia, notamos que el avance se ha dado a una concepción más amplia, como en autos “Rojo, Laura C. c. Provincia de Mendoza”, ya analizados, en los que la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza plantea una postura mucho más amplia considerando una prestación irregular de la justicia el caso de prisión preventiva de quien es sobreseído o absuelto; y la duración de la prisión preventiva en exceso de los plazos legales, aún cuando la prisión preventiva no haya sido revocada o declarada nula en el trámite de la causa respectiva; que el juez civil que atiende el reclamo indemnizatorio se encuentra facultado para analizar la razonabilidad de la decisión en el momento en que fue dictada; y que la falta de apelación de la prisión preventiva por el procesado, no puede tomarse como consentimiento, por lo que no es obstáculo para que el juez civil efectúe tal revisión.

En el marco de nuestra legislación provincial carecemos de una ley que establezca todos los presupuestos básicos de la responsabilidad estatal. Si destacamos su reconocimiento expreso en el artículo 18 de la Constitución Provincial que como dijimos la hace responsable por su actuación, en la esfera derecho público, rigiéndose por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables.

En el nuevo panorama que brinda el ordenamiento jurídico la Provincia de Santa Fe podrá: atenerse a los criterios jurisprudenciales elaborados por la Corte Suprema Nacional y aplicar la legislación civil ( art. 1753, 1763 y cc), si así lo dispone; b) dictar su propia normativa de conformidad a lo previsto en la constitución provincial, que aplica subsidiariamente el derecho común a los supuestos de responsabilidad del Estado en el campo del Derecho Público; c) adherir con las citadas reservas a la ley nacional.

Todo ello siguiendo los principios constitucionales, especialmente los de igualdad ante las

cargas públicas, inviolabilidad de la propiedad privada y obligación de reparar los daños causados injustamente;<sup>265</sup>

Resaltamos que la jurisprudencia y doctrina provinciales, nacidas de la necesidad de brindar respuestas justas, fueron evolucionando paulatinamente con avances y retrocesos.

En el autos R.U.L. c/ Provincia de Santa Fe”, toma una postura amplia tutelar de los derechos fundamentales a la libertad y a la honra, que remarca son de naturaleza y jerarquía superior a la norma común, causando su detrimento un daño injusto que debe ser reparado.

Y utiliza como fundamento el derecho internacional otorgando la indemnización en base a la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado de jerarquía constitucional, que consagra el derecho de toda persona a ser indemnizada en caso de haber sido condenada en sentencia firme derivada de error judicial (art. 10). Y en el art. 9 párrafo 6, de la Constitución de la Provincia de Santa Fe que dispone: “*Cuando prospere el recurso de revisión por verificarse la inocencia del condenado, la Provincia indemnizará los daños que se le hubieren causado.*”. Y leyes inferiores, la ley provincial 7658 establece el derecho a indemnización de la persona condenada por error judicial excusable a pena privativa de la libertad.

En cambio, en autos “Aragón” se rechazó el reclamo en ambas instancias; y la Corte declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, por considerar a la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en función jurisdiccional de carácter excepcional basada en que es un sacrificio que el individuo debe soportar con miras a la paz social y la vida comunitaria.

De cualquier manera, opinamos que, la exigencia impuesta en la legislación santafesina, del agotamiento de la vía administrativa para poder acceder a la justicia, ha sido un freno al desarrollo progresivo en la materia constituyéndose en un verdadero valladar a la hora de obtener un pronunciamiento justo.

Máxime si el Ejecutivo provincial mantiene un criterio extremadamente restrictivo que no tiene en cuenta la evolución en el plano del convencionalismo.

Como advertimos, Fiscalía de Estado considera que el error tipificante de la responsabilidad estatal debe resultar de un acto jurisdiccional manifiestamente ilegítimo, declarando tal por el órgano revisor. Aconseja el rechazo de las reclamaciones administrativas previas tendientes al cobro de indemnización por la responsabilidad del Estado provincial en la materia, en base a que el particular debe soportar los daños causados por la actividad jurisdiccional al tratarse de una carga social, pues son el costo inevitable de la adecuada administración de justicia (Balda). Y, objeta la

---

<sup>265</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, cit. REIRIZ, María Graciela, Responsabilidad del Estado, (Buenos Aires, 1969), EUDEBA, pág. 41.

aplicación de los artículos 10 y 7, inc. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si no se está en presencia de los presupuestos previstos por tales normas: a) una persona condenada en sentencia firme por error judicial; y b) una detención o encarcelamiento arbitrarios.

De los fundamentos transcriptos, se aprecia que, los criterios adoptados por los órganos asesores, encargados de dar la opinión técnico legal en la que se sustentará finalmente la decisión del Poder Ejecutivo Provincial, mantienen una postura restrictiva que ha dado origen a un rechazo sistemático, a lo largo de 20 años, de las reclamaciones en la materia, no adecuándose a la evolución jurisprudencial ni a los requerimientos internacionales.

Es dable aclarar que, además, los órganos asesores inferiores dentro de la Administración deben sujetar sus decisiones al criterio determinado por Fiscalía de Estado perpetuando de ese modo esta tesitura y colocando a la instancia administrativa como obstáculo a la hora de obtener una justa reparación por los daños sufridos a causa del obrar judicial.

Qué sucedería, en caso de que un particular santafesino decida acudir a los tribunales internacionales luego de haber sufrido un extenso proceso para la obtención de una indemnización reparadora del daño que le ha causado la actividad judicial y que en un primer término la administración provincial se ha encargado de negar.

Probablemente el Estado Argentino será condenado, como ya lo ha hecho la CIJDH en “Forneron e Hija c. Argentina” y “Furlan y Familiares c. Argentina”, como consecuencia del obrar tanto de la administración pública provincial que podría generar responsabilidad al Estado por la negativa fundada en razones contrarias al convencionalismo y la demora innecesaria que genera la exigencia de reclamación administrativa previa; como de la justicia santafesina al acceder a la misma.

Si fuera así, debemos preguntarnos ¿Quién será responsable de cumplir la sanción que los tribunales internacionales dispongan? ¿El Estado Nacional o el Provincial?

El art. 68 de la CADH dispone que "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". El art. 68.2 CADH contiene una norma que dispone que si el fallo condena a pagar una indemnización compensatoria, se puede ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno y vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado.

Si observamos lo preceptuado por la "cláusula federal" contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según la cual el Estado Nacional responderá internacionalmente por la infracción, se debería poder repetir en la jurisdicción local (sea al Estado Provincial o los magistrados intervinientes) el monto indemnizatorio como medio de asegurar en ella la plena vigencia del Pacto de San José de Costa Rica.

Pero la realidad es que la cuestión de la ejecución de estas sentencias no encuentra regulada

en nuestro ordenamiento jurídico, es decir que estamos ante una nebulosa.

Ante la falta de una ley específica en nuestro país para la ejecución de estas sentencias, resulta menester que la legislatura nacional tome nota del asunto y dicte en consecuencia un reglamento que brinde certeza tanto para operadores judiciales y justiciables.

En otras palabras, en el orden interno sería sumamente positivo que se deslinden las responsabilidades correspondientes, puesto que existen funcionarios o agentes que generan en la sociedad responsabilidad patrimonial que luego todos debemos sufragar.

Por último, consideramos que los criterios provinciales deberían evolucionar a la par de los convencionales, sobre todo teniendo en cuenta que el derecho es un instrumento de poder y convivencia que debe estar al servicio de los seres humanos, fin último del sistema social y, por ende, del derecho.

Un ejemplo a seguir sería: el Código Contencioso de Buenos Aires que, en los casos que se demande por responsabilidad extracontractual de la autoridad administrativa derivada de un hecho ilícito, otorga al afectado la opción de efectuar el reclamo administrativo previo, o acudir directamente ante la justicia contenciosa<sup>266</sup>

Las posturas vetustas y demasiado rígidas que desatienden al ser humano y le hace perder su dignidad convierte al Estado en un máquina de concentración de poder que históricamente termina en nepotismo y autoritarismo; por ello del desarrollo congruente de las doctrinas administrativas y judiciales se hace indispensable para la existencia misma del Estado de Derecho, democrático y republicano que exige el control de todos sus poderes para asegurar su fin último la dignidad humana.

Consideramos que, tanto a nivel nacional como provincial, las interpretaciones y leyes sobre responsabilidad del Estado deben estar dirigidas a buscar la mayor efectividad en la protección y reparación de los derechos vulnerados por el accionar estatal, haciendo efectiva la demandabilidad del estado sin privilegios ni excepciones, respetando las directrices contempladas en las constituciones tanto nacional como provinciales y el principio, consagrado en los Tratados de Derechos Humanos, que es el acceso rápido a la jurisdicción,<sup>267</sup> intentando obtener una justicia

---

<sup>266</sup> BALBÍN CARLOS F. (Director), Código Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Comentado y concordado. (Buenos Aires, 2003), Lexis Nexis, Abeledo Perrot, pág. 54.

<sup>267</sup> CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, Ley 23.054 "8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones en orden civil, laboral, fiscal ode cualquier otro carácter" y Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta oportunidad, para el plazo razonable, bajo la inspiración de su par europea establece que se tendrán en cuenta para este fin: la complejidad de asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales. Estos criterios serán evaluados según las circunstancias del caso, prescindiendo de la consideración de un plazo determinado de tiempo, y el plazo será analizado a través de las distintas etapas del proceso. Una vez realizado el análisis por fase, debe considerarse la duración global del proceso.

eficaz que garantice que los dañados serán resarcidos y que el Estado perjudicial y sus funcionarios lesivos serán responsables de manera efectiva.

## BIBLIOGRAFÍA

### a) General

BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, t. I, (Buenos Aires, 1929).

BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Obligaciones, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, (Buenos Aires, 2008), Edit. La Ley.

CASSAGNE, Derecho Administrativo, (Buenos Aires, 2000), Edit. Abeledo-Perrot, t.I..

DIEZ, Manuel M., Derecho Administrativo, (Buenos Aires, 1971), Edit. Plus Ultra, t. V.

DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 7ma. edic. actualizada, (Buenos Aires, 1998), Edit. Ciudad Argentina GORDILLO, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo. Parte General, (Buenos Aires, 1980), Ediciones Macchi, t.II.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Código Civil. Anotado, (Buenos Aires, 1979), Edit. Abeledo-Perrot, t. II.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, (Buenos Aires, 1970), Edit. Perrot, t. IV-B.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Ley 17.711: reforma del código civil, en "J.A." 1968-V.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel, Código Civil y Leyes Complementarias anotadas, comentadas y actualizadas, (La Plata, 1972), Ediciones Librería Jurídica, t. II.

b) Especial

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Fernando D., La responsabilidad del Estado por su actividad judicial, en la obra colectiva: La responsabilidad judicial y sus dimensiones, ed. Ábaco, (Bs. As., 2006), t. 2.

BUSTAMANTE ALSINA, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Responsabilidad del Estado por “error judicial” (El auto de prisión preventiva y la absolución), publicado en LA LEY 1996-B, 311-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2007, 1301.

CASSAGNE, Juan C., Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en “La Ley “ 2000-D-1217.

CASSAGNE, Juan Carlos, Responsabilidad del Estado y el funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, (Buenos Aires, 2001), Edit. Ciencias de la Administración.

CORREA, José Luis, Responsabilidad por el actuar judicial. La absolución del acusado no genera responsabilidad, salvo error judicial, RCyS2011-IX, 56.

CORONEL, Germán A., Principios fundamentales de la responsabilidad extracontractual del Estado, (Entre Ríos, 2001), Edit. Delta Editora.

GUASTAVINO, Elías P., Responsabilidad de los Funcionarios y de la Administración Pública, ED, t. 116.

HALPERÍN, David Andrés, Distintas Cuestiones de Responsabilidad del Estado, ED, t. 160.

HITTERS, Juan Manuel, Responsabilidad del estado por error judicial, LA LEY 2003-F, 1070 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. IV, 01/01/2007.

IBARLUCÍA, Emilio A., Un fallo esclarecedor sobre la responsabilidad del Estado por la privación de libertad del procesado y posterior absolución, en Sup. Const. 2008 (octubre), 27 - RCyS 2008-XI, 41.

JALIL, Julián, Responsabilidad por el anormal funcionamiento de la justicia, LLGran Cuyo

2009 (septiembre), 731.

LAQUIADARA, Bruno, Daños provocados a los detenidos producto de un error del Poder Judicial, DJ 01/06/2011, 1.

MAIORANO, Jorge Luis, Responsabilidad del Estado por errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos, LA LEY 1984-D, 983- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 01/01/2007, 1275.

MARQUEZ, José Fernando, Anotaciones sobre la responsabilidad de los Jueces y del Estado por daños causados por la actividad judicial, RCyS 2006, 510.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, El error judicial, (Santa Fe, 1999), Edit. Rubinzal-Culzoni.

PEREZ, Benito, La Responsabilidad Extracontractual del Estado por los Actos Administrativos Ilícitos, ED, Tomo 117.

REJTMAN FARAH, Mario, Responsabilidad del estado por Omisión Judicial: Una Tendencia que se Expande, LA LEY, 1996-D-79.

RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, (Buenos Aires, 2014), Edit. La Ley, T. V.

RIZZO ROMANO, Alfredo H., Responsabilidad de los Jueces y funcionarios judiciales. El punto de vista de un juez, LA LEY 1995-B, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 01/01/2007, 1539.

SAGARNA, Fernando Alfredo, La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas, LA LEY, 1996-E, 890.

TAWIL, Guido S., La responsabilidad del Estado y los magistrados y funcionarios judiciales por le mal funcionamiento de la administración de justicia, (Buenos Aires, 1993), Edit. Depalma.

TRIGO REPRESAS, Félix A., Responsabilidad de los jueces y del estado-juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial, en Acad.Nac. de Derecho 2008 (junio), 01/01/2008,

1- LA LEY 11/05/2009, 1- LA LEY 2009-C, 1002- LLP 2009 (junio), 01/01/2009, 547.

VANOSI, Jorge Reinaldo, La responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones, LA LEY 2002-A, 373- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 01/01/2007, 1567.

VÁZQUEZ, Adolfo Roberto, Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios, 2da. edic. actualizada y ampliada, (Buenos Aires, 2001), LA LEY.

VIDELA ESCALADA, Federico, La Responsabilidad Civil de Estado y de los Funcionarios Públicos, (1185), ED, t. 116.