



## **La inconveniente ley de responsabilidad del Estado Nacional.**

### **Primera parte: Competencia regulatoria**

**Por Leandro E. Ferreyra\***

#### **I. Introducción**

La reciente ley 26.994 de responsabilidad del Estado Nacional (LREN) ha suscitado muchos debates en el ámbito político y jurídico. En el último, se ha discutido sobre una serie de puntos que merecen ser repasados. Aunque se han pronunciado opiniones fulminantes contra la ley, es oportuno detectar cuáles son los verdaderos problemas. A su vez, esto servirá para definir si se trata de fallas inconstitucionales del texto normativo, o de meras inconveniencias y deficiencias de técnica legislativa.

#### **II. Acerca de la regulación de la responsabilidad del Estado Nacional**

Un primer aspecto para el análisis se vincula con la competencia para regular la temática: ¿la responsabilidad del Estado es materia de Derecho común o de Derecho local? A lo que inmediatamente se puede añadir una respuesta: según la ley 26.944 le corresponde al Derecho local, pese a que la ley no fue debidamente fundamentada. Ello se debe a que se basó la regulación separada del Código Civil y Comercial en conceptos referidos incesantemente por la doctrina y jurisprudencia, pero que poco sirven para derivar una respuesta que zanje discusiones en torno a la regulación de la materia implicada. La justificación del proyecto de ley se centraba casi con exclusividad en la noción –en su mera invocación– de Derecho público. Y no en el esquema de potestades regulatorias consagrado por la Constitución Nacional.

Por lo pronto, el problema planteado permite divisar tres alternativas constitucionales para dilucidar quién tiene la atribución normativa sobre la responsabilidad estatal: 1- es una materia de Derecho civil y, por ende, puede ser regulada a nivel nacional a través del Código Civil o ley especial del artículo 75 inciso 12 de la CN; 2- es una competencia local y, por lo tanto, queda excluida del artículo 75.12.; 3- es una materia propia de Derecho público, no de Derecho civil, y, en consecuencia, corresponde a la esfera local conforme a los artículos 121 y ss. de la CN.

Los fundamentos de la ley 26.944 optaron por la tercera posibilidad. Entonces la ley se ha colocado casi en las antípodas del Anteproyecto de Código elaborado por la Comisión de jueces, gracias a la “supresión” realizada por el Poder Ejecutivo, que se mantuvo en el Congreso.

Esto despertó numerosas críticas sobre la “irresponsabilidad” e “inseguridad jurídica” que produciría regular la responsabilidad estatal mediante una ley que no fuese de Derecho común. De ambas formas, conviene aclarar, se recurría al falaz argumento de la desolación regulatoria: al no preverse normas sobre responsabilidad del Estado en el Código a dictarse o, al admitir la remisión a ordenamientos locales, se incurriría en alguna de esas dos consecuencias negativas, las cuales traerían aparejadas otras como desigualdades, eximiciones y asimetrías. Sin embargo, por mi parte prefiero optar por no desprestigiar lo que aún no fue realizado. Si el sistema constitucional indica alternativas regulatorias válidas, habrá que perseguir su compatibilización y optimización, independientemente de los incordios que arrastren. Uno de los cuales se comenta a continuación.

Con todo, el cuestionamiento más severo que puede hacerse a la regulación local consiste en el principio de igualdad de estándares legislativos que emana de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Pero ya subrayo que la normativización de la responsabilidad del Estado a través del Código Civil no es la única manera de respetarlo. Como bien enseñaba Salomoni, puede entenderse que la jerarquía constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos, operada a través del artículo 75 inciso 22 de la CN, produjo “...una modificación sustantiva del federalismo en cuanto al sistema de producción de normas que establecen derechos”.<sup>1</sup> Si bien el autor advertía que por el artículo 121 de la CN el Derecho administrativo era eminentemente local, a partir del juego de los artículos 28.3 y 24 de la CADH, cambió el escenario. La cláusula federal y el principio de igualdad, pues, formularían un piso de protección mínimo para todo habitante de Argentina. Por otro lado, hace unos años la Corte

\* Abogado, Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Salomoni, Jorge L., “Impacto de los tratados de derechos humanos sobre el Derecho Administrativo argentino”, en *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales*, Ad-Hoc, 2006, p. 21.

Suprema dejó entrever la tensa situación en el fallo *Verbistky*. Allí resolvió que la autonomía legislativa provincial debe encontrar un punto de equilibrio entre el principio de igualdad y el federal, sin que ello implique una simetría legislativa total.<sup>2</sup>

De esta manera, aparecería una piedra –o señal de precaución– en el camino de las competencias regulatorias de las provincias y la CABA. Ahora, esas potestades tendrán que respetar un piso mínimo, pautado por el sistema de fuentes del Derecho argentino, distinto del tope del Derecho común que señalaban otros autores. Desde esta mirada, la jerarquización de la CADH reforzó los derechos de las personas y asentó un efecto uniformador para el ejercicio de facultades regulatorias locales.<sup>3</sup>

Conforme a lo explicado, quedan tres vías para establecer normas atinentes a la responsabilidad del Estado. Sin embargo, hay un inconveniente, ya que dos son utópicas y la otra parece inconstitucional. Y son las siguientes: 1- regulaciones locales, por parte de las provincias, la CABA y Estado Nacional; 2- una regulación concertada entre los veinticinco actores (lo cual no ocurre cuando el Estado Nacional sanciona un régimen y solo invita a las provincias a adherir a aquel, como hace el artículo 11 de la LREN); 3- la regulación a través del Código Civil. El presente jurídico, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, permiten transitar con pocos sobresaltos la primera vía. La segunda aparece más lejana. A su vez, más eficaz y práctica que la primera, y más legítima que la tercera. No obstante, no puede soslayarse que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires no han ejercido aquella potestad regulatoria sobre la responsabilidad del Estado<sup>4</sup> antes o después de la promulgación de la ley 26.944.

El escenario descrito indica, pues, que, en lo concerniente a la responsabilidad del Estado, las provincias y la CABA cuentan con una competencia regulatoria que no ejercieron acabadamente. Por otro lado, el Código Civil tampoco abarcó la materia de modo especial y sus normas cayeron en desuso o inutilidad. Todo lo cual refuerza la formulación de una solución integral para la responsabilidad estatal. ¿Representa la ley 26.944 esa solución integral? En tanto no se sancionen regímenes armónicos y concertados, será una solución parcial, sin implicar aquello irresponsabilidad estatal.

### III. Conclusión

La responsabilidad del Estado debe ser regulada por las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y el Estado Nacional. Luego, se enfrenta el inconveniente evidente de la regulación local: puede traer armonía constitucional, pero posibilita su quiebre en tanto no se sancionen regímenes sustancialmente equivalentes en las diferentes jurisdicciones. Y aquí aparece la paradoja: la solución que se acopla al sistema constitucional puede no ser la más útil. Sin embargo, no se consume por ello una dificultad infranqueable. Así, se sugirieron dos opciones para viabilizar una reglamentación de la responsabilidad del Estado ajustada al esquema constitucional y convencional. La primera implicaría fomentar una regulación armónica entre las diversas jurisdicciones. Y, la segunda, una única normativización estipulada entre todos los actores, quienes luego deberían sancionar cada uno en su ámbito con las particularidades que aprecien necesarias y que no desnaturalicen lo pactado ni las constituciones provinciales o de la Ciudad de Buenos Aires. Ambas supondrían un atractivo reto: asumir un desafío de compatibilización o que ceder a lecturas fatalistas o inconstitucionales. Acaso, a su vez, ello obligue a abandonar pragmatismos y confiar nuevamente en el federalismo.

---

<sup>2</sup> “Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía”. CSJN, *Verbistky*, 3/5/2005, considerando 57.

<sup>3</sup> González Moras, Juan M., *La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias*, RAP, n° 348, p. 50.

<sup>4</sup> En efecto, Said opina “Que debamos debatir acerca de la aplicación de las disposiciones del Código Civil en la materia (directa, supletoria o analógica) resulta posible porque los Estados locales, en general, no se hacen cargo de regular el tema de la responsabilidad estatal en forma integral y sistemática”. Ver: Said, José Luis, *Responsabilidad del Estado y justicia distributiva*, RAP, n° 370, p. 56.