

CAPÍTULO XXX

ALGUNOS MITOS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA CONTINENTAL: EL CASO DE LA ARGENTINA Y LA REGULACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Por DAFNE AHE y MARÍA EVA MILJIKER

SUMARIO

I. Introducción	595
II. Tradiciones Jurídicas: El <i>common law</i> y el sistema continental. Mitos y realidades	596
III. Funcionamiento del sistema argentino. El caso del Derecho Público y la evolución de las reglas sobre Responsabilidad del Estado.....	605
IV. Problemas relativos a la regulación jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado. La obligatoriedad de los precedentes. La Corte Suprema, la seguridad jurídica y el respeto del <i>rule of law</i>	617
V. Algunas consideraciones finales	621

Capítulo XXX

ALGUNOS MITOS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA CONTINENTAL: EL CASO DE LA ARGENTINA Y LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO¹

Por DAFNE AHE y MARÍA EVA MILJIKER

I. Introducción

En las típicas escuelas de derecho argentinas la carrera de abogacía está claramente centrada en las materias conocidas como “codificadas.” Los alumnos pasan sus primeros años estudiando las distintas secciones de los Códigos Civil, Penal o Procesal y su primer contacto con el derecho es a través de la ley formal. Más allá de las aclaraciones teóricas que puedan hacer algunos profesores o las materias introductorias de teoría del derecho, es casi inevitable que estos estudiantes consideren derecho y ley como sinónimos. Al cabo de un tiempo, aprenden un método y se sienten cómodos con él: Estudian reglas generales y las tratan de ubicar en un sistema coherente. Lo hacen, con la creencia de que cuando obtengan su título conocerán “todas” las reglas y, en cualquier caso que se presente, podrán encontrar, por deducción a partir de esas premisas generales, una respuesta adecuada. En pocas palabras, en los primeros años los alumnos tienen una formación típica de la tradición jurídica conocida como civilista o continental, cuyos postulados básicos expondremos en este trabajo.

Ahora bien, la formación de los estudiantes reseñada merece, sin duda, severas críticas. Por un lado, ya hace tiempo se ha dejado al descubierto que ese no es el modo en que funciona el derecho en la vida real.² Por otra parte, tampoco es el modo de abordar el conocimiento del derecho argentino en todas sus ramas. No todas las materias están reguladas por leyes formales que pueden ser estudiadas

¹ Publicado originalmente *LL*, 2007-A, 753.

² La bibliografía en este sentido es más que abundante. Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1. *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, Cap. I y COHEN, FÉLIX, *El Método Funcional en el Derecho*.

en forma ordenada y sistemática. De hecho, la metodología y forma de enseñanza que describimos anteriormente sólo resulta “apropiada” y cómoda durante los primeros años de la carrera. En la Argentina, no todas las ramas del derecho están reguladas al estilo “codificado” de la tradición civilista. El derecho público, en general, no responde a esos parámetros. Es por eso que los estudiantes de abogacía suelen enfrentar nuevas dificultades al encontrarse con las materias llamadas “no codificadas” o, mejor dicho, no legisladas: los postulados básicos que habían aprendido como indiscutibles les resultan casi inútiles; ya no tienen muy claro qué es el derecho ni cuáles son sus fuentes; y desconocen modos de argumentar y razonar fuera del método deductivo sobre leyes escritas.

Esta circunstancia no es anecdótica sino, por el contrario, un perfecto reflejo de la realidad de nuestro sistema jurídico. El derecho público argentino no funciona bajo los típicos postulados de la tradición civilista y el derecho administrativo es un claro ejemplo de ello. A modo de ejemplo, cabe mencionar que temas centrales como la responsabilidad del Estado y sus funcionarios, o la forma de demandar al Estado ante los tribunales, históricamente carecieron de leyes que los regularan en forma específica.³ En este trabajo, tomaremos un ejemplo paradigmático dentro del derecho administrativo, cual es la responsabilidad del Estado. Queremos dejar al descubierto cómo funciona verdaderamente el sistema; por qué se ha producido una regulación dispersa, oscura y hasta incoherente; y por qué nos parece imprescindible garantizar cierta previsibilidad en la materia.

II. *Tradiciones Jurídicas: El common law y el sistema continental. Mitos y realidades*

Cuando hablamos de tradiciones jurídicas nos referimos a modos de ver y pensar del derecho; la tradición jurídica no tiene que ver con el contenido de las reglas sino más bien con el papel que estas reglas juegan en la sociedad, de dónde provienen, quiénes y cómo las aplican. Siguiendo a MERRYMAN, definiremos una tradición jurídica como “un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho.”⁴ Claramente, se trata de una definición que tiene en cuenta mucho más que las reglas formalmente vigentes, considera

³ En principio, el Estado se consideraba indemandable e irresponsable. Podía ser llevado a juicio sólo si el Congreso lo autorizaba a través de lo que se denominó la venia legislativa previa. Con el tiempo, se sancionó en 1900 la ley 3952 y luego la ley 11 .634 (Adla, 1889-1919, 490; 490), que establecían los recaudos procesales necesarios para que el Estado sea llevado a juicio. Sin embargo, existían varias cuestiones que no estaban previstas por las normas y que dieron lugar a fallos contradictorios del Alto Tribunal y de las Cámaras de Apelaciones. Finalmente, 100 años después, con la ley 25.344, del año 2000 (Adla, LX-E, 5547), el Congreso se expidió sobre las cuestiones que habían sido dudosas y reguladas en forma incoherente y oscilante por los tribunales.

⁴ MERRYMAN, JOHN, *Sistemas Legales en América Latina y Europa*, FCE, 1995, p. 17.

la cultura en que el sistema legal está inserto, los mitos de cómo debería funcionar y la realidad de cómo funciona.⁵ A continuación esbozaremos los aspectos salientes de las dos tradiciones jurídicas más influyentes en el mundo occidental contemporáneo: El sistema continental o de derecho civil y el *common law*. La idea de este trabajo es determinar cuánto de cada tradición jurídica subyace en el funcionamiento del sistema argentino y, más concretamente, en la regulación de la responsabilidad del Estado.

La tradición civilista es claramente la más antigua ya que tiene sus orígenes en el derecho romano y, más concretamente, en el *Corpus Iuris Civilis*. La ideología que inspiró aquella ambiciosa compilación puede verse todavía reflejada en los sistemas legales actuales de Europa continental y de Latinoamérica, y, sin duda, explica muchas de sus actitudes, modos de razonar, juzgar y concebir el derecho. Cabe recordar que Justiniano ordenó a una comisión de expertos la preparación del *Corpus* con el objetivo de ordenar, sistematizar y “mejorar” el derecho romano, que había sufrido un proceso de simplificación y dispersión al desaparecer los grandes jurisconsultos del período clásico.⁶ Era evidente que Justiniano consideraba que el derecho podía ser creado en un acto singular; que su mayor o menor bondad dependería de la labor de los expertos; y que era posible diseñar un sistema nuevo y puro en el que no se filtraran elementos del sistema anterior. Por supuesto, que para que esto funcionara tal como estaba planeado, el *Corpus* debía ser autosuficiente y sin lagunas, de modo tal que fuera innecesaria cualquier interpretación o comentario para su aplicación.⁷

Ahora bien, la verdadera y gran influencia del *Corpus Iuris* tuvo lugar mucho tiempo después de su elaboración. A fines del siglo XI, Europa continental no contaba con unidad jurídica ni institucional y los conflictos cotidianos se resolvían con reglas locales, dispersas y producto de las muy diversas influencias culturales que había recibido el continente. Sin embargo, los juristas comenzaron a interesarse por el estudio del *Corpus Iuris Civilis*, que se transformó en el punto de partida de una nueva ciencia con características muy particulares. Estos juristas, tal como Justiniano, concebían al derecho como un sistema a ser creado y perfeccionado por expertos. No tenían ningún tipo de interés ni contacto con el derecho real y cotidiano y se dedicaban a estudiar un derecho pensado para una sociedad que ya no existía. Evidentemente creían que un experto aislado en

⁵KLARE, KARL, define bajo una idea parecida lo que él llama *Practica Legal*. Para este autor una práctica legal comprende los modos de pensar y resolver problemas, las instituciones, procesos y comportamientos que en forma conjunta constituyen las manifestaciones externas del derecho, como las cortes, las agencias, los órganos de policía, de resolución de conflictos, legislativos, etc. (KLARE, KARL, “Law-Making as Praxis,” *Telos*, N° 40, 123, Summer 1979, p. 124 nota 5.)

⁶LOUZAN DE SOLIMANO, NELLY DORA, *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1993, pp. 97-106.

⁷Por ese motivo fue que el emperador prohibió con penas severas cualquier comentario sobre el *Corpus Iuris* y limitó el número de Universidades que podrían enseñarlo. (Ver LOUZAN DE SOLIMANO, *op. cit.*, p. 101.)

la soledad de una universidad podía diseñar un sistema legal viable y útil. Por ese motivo, se dedicaban a descubrir en el *Corpus Iuris* principios generales que luego fuera posible aplicar a los problemas particulares de las sociedades en que vivían. En definitiva, la idea subyacente era que el derecho era independiente de la sociedad que estaba destinado a regular, cuyas costumbres, reglas y cultura eran prácticamente irrelevantes a los efectos de dotarla de un sistema jurídico.

Esta forma de ver el derecho, que se inició en la Universidad de Bologna, fue congregando generaciones de estudiosos de toda Europa y tuvo una influencia tan vasta que logró generar un modo de pensar el derecho común a casi todos los países del continente. Tal es así, que cuando en el siglo XIX países como Francia entraron en el proceso de construcción de sistemas legales nacionales, lo hicieron sobre las premisas teóricas del derecho romano universitario. El ejemplo de Francia y su Código Civil de 1804 refleja claramente esta herencia ideológica. De hecho, Napoleón encargó su confección a un grupo de juristas con el propósito de lograr un catálogo completo y claro, sin lagunas ni ambigüedades, que proveyera soluciones para cualquier caso que se presentara.⁸ Por supuesto, esta estructura encajaba perfectamente con las necesidades y creencias de la Francia post revolucionaria. Por un lado, permitía prescindir de todo elemento del sistema jurídico del antiguo régimen. Por otro, respondía a la estricta división de poderes que propugnaba la nueva clase gobernante y a las nuevas formas de legitimación del poder. Si sólo el consenso de los habitantes podía legitimar el poder, los únicos que podían restringir derechos e imponer obligaciones eran los representantes del pueblo. Los jueces no eran portavoces de la voluntad general y, por eso, debían abstenerse de interpretar o integrar lo decidido por la legislatura.⁹

La ideología civilista y sus principales exponentes, tal como el Código Civil francés, inspiraron, oportunamente, la formación de los sistemas jurídicos en los países latinoamericanos. Por ese motivo, y sin perjuicio de las diferencias que haremos notar en el ámbito del derecho público, el sistema jurídico de la Argentina suele ser clasificado dentro de lo que llamamos tradición jurídica civilista o continental.

Ahora bien, como anticipáramos, no todos los sistemas jurídicos del mundo occidental se desarrollaron bajo las premisas enunciadas. Hoy día los sistemas

⁸ A lo largo de la historia ha habido numerosos intentos de crear un sistema omnicompreensivo, que haga innecesaria la interpretación y relegue a los jueces a un rol secundario. Un ejemplo exagerado es el del código prusiano, anterior al napoleónico. A fines del siglo XVIII Federico de Prusia ordenó la elaboración de un código que contenía 17.000 artículos, evidentemente pretendía anticipar cualquier situación de hecho que pudiera presentarse a los magistrados. (Ver MERRYMAN, *Sistemas Legales*, op. cit., pp. 65-67.)

⁹ En los años anteriores a la Revolución, los jueces franceses se habían convertido en un rival del poder central ya que utilizaban su poder interpretativo para frustrar reformas legislativas impuestas por la monarquía. Por ese motivo, los revolucionarios tenían claro que debía recortarse el poder de los jueces y evitar que los magistrados modificaran o deformaran las reglas sancionadas por los representantes del pueblo, en otras palabras, por los revolucionarios. (Ver MERRYMAN, op. cit., pp. 64-65.)

jurídicos de países como Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Australia o Nueva Zelanda muestran un modo diferente de ver el derecho, su enseñanza, sus fuentes y sus principales actores. Sin querer simplificar en exceso, y advirtiendo que sin duda existen otras razones culturales, sociológicas y políticas, vamos a explicar de qué modo el devenir de la historia ha influido en la estructura y articulación de estos sistemas que integran otra tradición jurídica conocida como *common law*.

Cuando los normandos conquistaron Inglaterra en el siglo XI, decidieron centralizar el gobierno, lo que incluyó la centralización de la justicia que hasta ese momento estaba administrada en forma dispersa debido al sistema feudal. Se crearon tribunales reales, que fueron resolviendo conflictos y creando reglas de derecho que serían aplicables a todo el reino, por lo que esas normas dieron en llamarse derecho común o *common law*. En Inglaterra no rigió nunca el *Corpus Iuris Civilis* y las reglas legales fueron formándose caso a caso, por los conflictos que se iban planteando a las cortes reales. De esta manera, el derecho se fue perfilando como una disciplina práctica, una ciencia de los que litigaban, y a cuyo conocimiento se accedía mediante un sistema de aprendices y no en un ámbito universitario y académico.

Esta descripción sintética de los orígenes del *common law* sirve para explicar las diferencias fundamentales con los sistemas de tradición civilista o continental, en particular, en lo relativo a la teoría de sus fuentes, al modo de crear derecho y al importantísimo rol de los jueces. Como ya explicamos, en los sistemas de tradición continental, el folclor indica que las reglas sólo pueden ser creadas por la asamblea legislativa. Y, por ende, para argumentar, razonar, resolver, el abogado y el juez parten de una fuente que se presenta como jerárquicamente superior a cualquier otra: La ley. En el *common law* esto funciona en forma muy distinta. La fuente de derecho por excelencia es la jurisprudencia, esto es, las decisiones judiciales o *case law*, por lo que el derecho no es creado de una sola vez, por una autoridad única, sino por varios actores en distintos momentos: Los jueces cada vez que se les presenta un conflicto para resolver.

La afirmación precedente no debe ser tomada literalmente, sin embargo. La primera impresión de un abogado formado en la tradición continental es que en el *common law* el juez crea el derecho, de la nada, que decide más o menos lo que le parece justo, apropiado, conveniente; salvo que exista algún caso “igual” que haya sido resuelto con anterioridad, supuesto en el cual rige la doctrina del *stare decisis* u obligatoriedad del precedente. El preconcepto del abogado continentalista es que los jueces del *common law* hacen algo así como lo que les parece justo en los casos “nuevos,” y se remiten sin más a precedentes, cuando el conflicto en cuestión es “igual” a uno anterior.

Debemos aclarar que todas estas ideas son visiones distorsionadas de cómo funciona el *common law* no dan cuenta de que las diferencias entre las dos tra-

diciones jurídicas no tienen que ver con si existen o no leyes, si hay más o menos normas escritas, si se utilizan códigos,¹⁰ o si el juez “crea” derecho. Las diferencias, como veremos, residen en el modo de pensar; la forma de argumentar; la jerarquía de las fuentes del derecho; y la ideología subyacente: El derecho como ciencia de experiencia, de creación anónima e inspirado en las realidades concretas de la sociedad, versus la visión continentalista del derecho como obra científica de una autoridad legislativa única y creado con el objetivo de deshacerse de toda otra influencia pasada, cultural, social o política que pueda modificar esas reglas.

La primera aclaración que debe hacerse es que los jueces de un sistema de *common law* no son más libres que sus colegas en un sistema de corte civilista o continental. La teoría del *common law* no supone ni autoriza a los jueces a crear derecho de acuerdo a su propia convicción y juicio. Según la teoría tradicional del *common law*, los magistrados no crean el derecho sino que lo “descubren.”¹¹ En la actualidad, esto es bastante cierto. Con tanto *case law* acumulado, el proceso de descubrimiento se basa, fundamentalmente, en buscar las reglas en las sentencias pasadas. La pregunta que viene a la mente es, por supuesto, qué hacían aquellos jueces de la corona que no tenían repertorios con casos resueltos. En teoría, y esto es necesario entenderlo para comprender cómo piensa un abogado y un juez en un sistema de *common law*, la idea no cambia. El folclor del *common law* sostiene que estos primeros jueces también “descubrían” el derecho, no lo creaban. Como bien lo explica GOTTHEIL, “según creencia imperante en el *common law* existe un derecho dado por anticipado a los hombres que constituyen la sociedad en un momento determinado. Ningún hombre o grupo de hombres puede «hacer» el derecho, por la sencilla razón de que ya está hecho. Ese repertorio de normas y principios generales [...] se identificó en un tiempo con la «ley de la tierra, » con el Derecho tal como era vivido espontáneamente por la sociedad en todos sus órdenes, dentro y fuera de los estrados judiciales [...] Cada decisión judicial constituye así una declaración más o menos expresa sobre la preexistencia de una o varias normas o principios generales [...] Para el sistema el «Derecho» aplicado preexiste ... Con esto llegamos a la forma definitiva del sistema del *common law*: no se confiere a nadie expresamente el poder de crear las normas o principios generales. Los juzgadores deben encontrarlos en la aplicación que de ellos se

¹⁰ Como señala MERRYMAN, “la distinción que se establece entre la producción legislativa y la producción judicial del derecho puede ser engañosa. Es probable que haya en el estado norteamericano típico por lo menos tanta legislación vigente como en un país europeo o latinoamericano típico [Además] [...] la autoridad de la legislación es superior a la de las decisiones judiciales ... La cantidad de la legislación y su grado de autoridad no son criterios útiles para distinguir los sistemas de derecho civil y de derecho común. Tampoco es criterio distintivo la existencia de algo llamado código. California tiene más códigos que cualquier país de derecho civil, pero no es una jurisdicción de derecho civil.” (MERRYMAN, *Los Sistemas Legales...*, *op. cit.*, pp. 59-60.)

¹¹ Esta es la tesis tradicional de BLACKSTONE, cuyos comentarios al *common law* inglés (*Commentaries on the Laws of England*) fueron la fuente no oficial más utilizada por las colonias americanas y, posteriormente, por los Estados Unidos de América para “descubrir” las reglas del *common law* inglés, que fueron recepcionadas como derecho propio en el nuevo continente.

halla hecho en casos anteriores [...] El «Derecho» no es creado por una autoridad mediante palabras, sino que se encuentra implícito en cada decisión judicial.”¹² Es cierto que la teoría de la “ley de la tierra” es fácilmente criticable;¹³ se trata más que nada de una ficción y, sin duda, los primeros jueces tuvieron mayor libertad que sus colegas posteriores. Sin embargo, no hay que olvidar que esta ficción demuestra un aspecto relevante de la ideología subyacente: Los magistrados no tienen un poder ilimitado de crear derecho. La diferencia con los jueces del sistema continental radica más en la fuente donde buscan y “descubren” el derecho, que en su mayor o menor libertad para aplicar su criterio.

Por otra parte, y es importante remarcarlo, aun cuando se les reconozca cierto poder para crear derecho, cada magistrado tiene tan sólo una porción muy limitada de ese poder. Es que el derecho se va formando con la intervención de distintos actores y cada uno tiene una parte relativamente pequeña en esa gran responsabilidad. No existe, como en los sistemas civilistas una autoridad única e identificable a quien se le puede imputar la creación de las reglas.

RONALD DWORKIN ha explicado brillantemente, mediante una analogía, cómo funciona la creación jurídica en los sistemas de *common law*. DWORKIN compara el funcionamiento del sistema con un conocido ejercicio literario llamado “Chain Novel” o Novela en Cadena. A partir de allí, asimila la tarea de los jueces con el papel que juegan los distintos escritores en una novela que se escribe en forma conjunta. Este ejercicio literario es muy ilustrativo y permite, creemos, a un abogado no familiarizado con los sistemas de *common law*, entender cómo se razona y cómo se argumenta en estos últimos. Imaginemos, dice DWORKIN, que un grupo de escritores está embarcado en un proyecto de novela, que escribirán entre todos. Deciden arbitrariamente el orden en que escribirán y proponen que el que tiene el número más bajo comenzará con el primer capítulo. Cuando éste lo termine enviará su capítulo al que tiene el número de orden siguiente. Cada escritor tiene la tarea y responsabilidad de agregar un capítulo, de modo tal que se logre la mejor novela posible. En este punto, DWORKIN explica que cada novelista, salvo el primero, tiene la responsabilidad de interpretar lo que se ha escrito antes: Cuál es el hilo conductor de la novela, quiénes son los protagonistas, cuáles son sus rasgos particulares, sus motivaciones, etc. Lo importante es que todos los escritores deben tener en mente que están escribiendo una obra común y no una serie independiente de historias. DWORKIN continúa su exposición dando ejemplos de las dificultades que presenta la interpretación que cada nuevo escritor debe

¹² GOTTHEIL, JULIO, *Common Law y Civil Law*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 27-28.

¹³ Esta teoría ha recibido numerosas críticas y también defensas. Por un lado, se ha alegado que los jueces buscan descubrir cuál es la costumbre vigente y por ello no crean nada nuevo. Sin embargo, esto lleva al típico cuestionamiento de cómo sabemos que los jueces son capaces de “descubrir” esas costumbres objetivamente y que no están, bajo ese pretexto, aplicando su propio criterio personal. Las discusiones al respecto exceden el objeto de este trabajo. Al respecto, puede verse CUETO RUA, JULIO C., *El Common Law*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 25-47; PHANON J. EDER, *Principios Característicos del Common Law y del Sistema Latinoamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960, pp. 15-16.

realizar: Concretamente hace ver que cada nuevo escritor, quiera o no, modificará en algo, definirá hasta cierto punto las características de los personajes y la dirección que toma el relato. Aclara e insiste DWORKIN, sin embargo, que no lo harán en forma totalmente libre y de acuerdo a sus gustos personales, sino que tienen la responsabilidad de interpretar qué quisieron decir los novelistas anteriores y entender cuál es hasta ese momento el hilo conductor y no variarlo. Tendrán libertad, sin duda, pero deben respetar las palabras ya escritas, las opciones ya realizadas anteriormente y por supuesto tratar de encajar su capítulo en lo que ellos interpretan que es la estructura de la novela como un todo.¹⁴

La analogía con la novela en cadena es muy esclarecedora para comprender la extensión del poder creativo que tienen los jueces en un sistema de *common law*, sus limitaciones, su modo de razonar y de argumentar. Ellos, como dijimos, no hacen lo que les parece justo o conveniente según su sana crítica, sino que tratan de encontrar las reglas y principios en el *common law*, que está formado, como dijimos, por reglas que preexisten y que pueden ser encontradas en los precedentes judiciales anteriores. Para entender su funcionamiento, es necesario agregar que la regla de juego que se les imparte a los jueces —como si fueran novelistas— es la del *stare decisis*, u obligatoriedad de atenerse a lo decidido en casos judiciales anteriores.

La regla del *stare decisis* puede enunciarse, en líneas generales, como la obligación que tienen los jueces de resolver los casos de conformidad con lo decidido en sentencias precedentes dictadas en casos similares, ya sean sentencias dictadas por ellos mismos o por jueces de su misma jurisdicción, de jerarquía similar o superior.¹⁵ Esta doctrina es la que da a los jueces participación en el proceso de formación del derecho que, en definitiva, construirán entre todos —como los novelistas de DWORKIN— un sistema coherente de reglas jurídicas. ¿Por qué? Porque los jueces, en virtud de esta doctrina, tienen una función extra. Cada vez que resuelven una controversia con carácter obligatorio para las partes, están, a su vez, creando una regla de derecho que podrá ser utilizada como fuente en el futuro.

Ahora bien, los magistrados solamente están autorizados a crear o declarar derecho en el punto concreto en que se les presenta el conflicto en su tribunal. Para explicar esto, vamos a poner un ejemplo. Imaginemos un caso en el cual un consumidor demanda a la compañía embotelladora porque compró una botella

¹⁴ DWORKIN, RONALD, "Natural Law Revisited," 34 U. Fla. Rev. 165 (1982.)

¹⁵ Debemos aclarar que la doctrina del *stare decisis* no es idéntica ni funciona de la misma manera en todos los sistemas de *common law*. De hecho, en Inglaterra es mucho más rígida y una vez establecida una regla de derecho por el Tribunal Superior —la Cámara de los Lores— sólo una ley del Parlamento puede modificarla. En Estados Unidos es bastante más flexible. La Corte Suprema ha cambiado sus precedentes en varias oportunidades y los propios jueces lo hacen. Hay varias excepciones que incluyen modificación sustancial de las circunstancias de hecho que originaron el precedente, demostrada ineffectividad de la regla, etc. De todas maneras, la doctrina del *stare decisis* sigue funcionando, como regla general, como herramienta eficaz para mantener coherencia y previsibilidad en el sistema. Ver al respecto CUETO RUA, *El Common Law*, pp. 90-105.

de bebida gaseosa en un supermercado y explotó en su mano al salir del local. Si el juez decide a favor del consumidor habrá creado una regla de derecho, ¿pero cuál? De un caso como el relatado puede esbozarse una regla que diga algo así como que “cuando una persona compra una botella en un supermercado y ésta explota en su mano al salir del establecimiento, tiene derecho a ser indemnizada por la compañía embotelladora.” No es menor el detalle con que se enuncia la regla. El juez no está facultado, no tiene el poder, para enunciar una regla mucho más general tal como “en esta jurisdicción el fabricante responde objetivamente por los daños causados a los consumidores.”

Esta idea de que los jueces sólo pueden crear derecho “en la medida de su caso concreto” también ha generado la conocida distinción entre el *holding* y el *obiter dictum* de una sentencia judicial. El *holding* —que es la parte de la sentencia que tendrá fuerza obligatoria como precedente para casos futuros— es, de todo lo expresado por el juez, sólo aquello que era necesario para resolver el conflicto. El *obiter dictum*, por el contrario, es todo argumento jurídico “superfluo,” que el juez dio en su sentencia pero que no era indispensable enunciar para resolver el caso ante su tribunal. Sólo el *holding* puede ser tomado como fuente de derecho, como precedente obligatorio. Como ya dijimos, los poderes de los jueces son limitados ya que el *common law* no es sino una obra conjunta de todos los magistrados a través del tiempo. Insistimos: El juez sólo puede contribuir a la formación del derecho en la medida del *holding*, dicho de otro modo, en la medida de los hechos concretos de su caso, todo lo que diga en exceso no será considerado con autoridad de precedente obligatorio.

Finalmente, cabe recordar que ni siquiera es el propio juez que decide un caso el que decide cuál es el *holding* o regla de derecho que sale de su sentencia. Tal como lo ilustramos con el caso de la novela en cadena, son los magistrados que intervengan posteriormente los que van a interpretar qué dijo el juez anterior, incluyendo la decisión de qué es *holding* y qué es superfluo y no vinculante. En definitiva, a partir de un caso como el relatado, no puede saltarse a la conclusión rápida de que, por ejemplo, “el derecho de esa jurisdicción reconoce la responsabilidad objetiva del fabricante por productos elaborados.” Es que, probablemente, el próximo caso de responsabilidad de un fabricante que se presente a los tribunales, tendrá características de hecho diferentes; y no es tan simple predecir si el fabricante será condenado a responder. El juez siguiente puede encontrar que no es lo mismo una embotelladora que un fabricante de almohadones; que no es lo mismo comprar en un supermercado que comprar en una venta de garaje; que no es lo mismo pagar el producto u obtenerlo prestado; que no es lo mismo que la explosión se produzca antes o después de pagar el producto, y así infinitamente. Esto demuestra dos cuestiones que tienen que ver con las dos funciones que tienen los jueces en el *common law*: Su rol como creadores de normas generales y su papel como juzgadores de casos individuales. Primero, el poco poder relativo que cada

magistrado tiene en la formación del *common law*. De hecho la regla de derecho que aportará como futuro precedente obligatorio es muy concreta y limitada; y, además, no va a ser definida por él en su sentencia sino interpretada por los magistrados siguientes. Por otra parte, y en el polo opuesto, puede advertirse el gran poder que tiene cada magistrado en la decisión de casos particulares. En efecto, aunque el folclore del *common law* enuncia que el juez “sólo” debe cotejar si su caso es “similar” a otros y “aplicar sin más el precedente análogo;” esta tarea no es objetiva ni mecánica. Por el contrario, la búsqueda de la regla de derecho y su aplicación al caso es un proceso intelectual subjetivo, ampliamente discrecional y complejo. Esto puede ser advertido fácilmente. En cada caso que se le presente un magistrado debe, necesariamente: Interpretar y seleccionar los hechos relevantes de su caso y de cada uno de los precedentes que él cree que pueden tener relación con su caso; extraer, de cada precedente, lo que él cree que constituye el *holding* o regla de derecho; y finalmente, dado que no existe un caso totalmente idéntico a otro, determinar si algún precedente puede ser considerado “similar,” evaluando si pesan más las diferencias o las similitudes.¹⁶

De todo lo expuesto, queremos hacer especial referencia a una de las diferencias fundamentales entre ambas tradiciones jurídicas: Cómo se piensa y se discute el derecho. Como ya lo adelantamos, a los fines de este trabajo queremos desentrañar cómo funciona realmente la regulación de la responsabilidad del Estado en la Argentina, si lo hace bajo las premisas clásicas del sistema continental, o si se parece más al modo de ver el derecho en un sistema de *common law*. Según lo expusimos, un juez del *common law* crea reglas muy concretas y el conjunto de todas estas reglas va forjando todo el sistema. De esta manera, el abogado del *common law* está acostumbrado a discutir la solución de un caso comparando situaciones fácticas y no abstracciones. Los juristas de la tradición continental, por el contrario, suelen debatir sobre la conveniencia o justicia de reglas generales y abstractas, como si no fuera importante —a la hora de proponer una solución jurídica— quiénes son los sujetos, o cuáles son las circunstancias específicas en que se plantea un reclamo. En realidad, en el mundo del derecho civil, los argumentos y debates jurídicos suelen ser de una generalización escalofriante. En materia de responsabilidad del Estado, por ejemplo, se escriben

¹⁶ Las críticas al mito de que la tarea de los jueces es mecánica, neutral y objetiva (tanto en los sistemas de tradición continental como en los de *common law*) exceden el marco limitado de este trabajo pero no pueden dejar de mencionarse. Tanto los realistas norteamericanos como otros movimientos surgidos en el marco de la tradición continental —como por ejemplo la jurisprudencia de intereses— han dejado al descubierto el gran poder de aquellos que están encargados de aplicar la ley. La tarea de los magistrados es siempre subjetiva y discrecional ya sea para interpretar palabras de una norma escrita o para decidir qué precedente judicial corresponde aplicar. Para un ejemplo de cómo una norma escrita “aparentemente” clara se presta a diferentes interpretaciones ver el caso de la prohibición de ingresar un vehículo en un parque en LON L. FULLER, *Anatomy of the Law* (1968.) Para el funcionamiento subjetivo de la selección de precedentes ver CUETO RUA, *El Common Law*, pp. 107-116 y 159-167.

libros enteros sobre si el Estado responde sólo por culpa o en forma objetiva; en qué norma positiva se funda la obligación de indemnizar; si la reparación incluye sólo el daño emergente (valor de la pérdida sufrida) o también el lucro cesante (ganancias dejadas de percibir); si responde solamente por sus actos positivos o también por omisión, etc. Y se asume que estas discusiones son válidas porque es posible llegar a una respuesta única para todos los casos que se presenten. Es criticable, sin duda, que se debata en forma tan general y abstracta. Pero no es sorprendente: Basta recordar los orígenes de la tradición continental y su ideología subyacente. En el apartado siguiente trataremos de demostrar que ni los jueces ni los abogados razonan del modo señalado. Creemos que, especialmente por la falta de legislación específica en la materia, la responsabilidad Estado funciona en un modo muy parecido al descrito para los sistemas de *common law*. Veremos, sin embargo, que los doctrinarios siguen libros sobre discusiones abstractas y generales en la materia y que abogados y jueces siguen “adornando” sus escritos y sentencias con premisas generales de las que supuestamente sus soluciones “derivan lógica y necesariamente.”

III. *Funcionamiento del sistema argentino. El caso del Derecho Público y la evolución de las reglas sobre Responsabilidad del Estado*

El sistema argentino, como ya adelantáramos, suele ser clasificado dentro de la tradición civilista o continental pero no siempre funciona de acuerdo a sus premisas básicas. En efecto, sostuvimos, el derecho público no suele responder a estos parámetros civilistas y el caso de la responsabilidad del Estado es un ejemplo paradigmático de ello.¹⁷ Por empezar, se trata de una materia que no ha sido regulada por leyes específicas, con lo cual resulta imposible abordar su conocimiento estudiando normas generales y abstractas. Cabe señalar que toda la construcción jurídica elaborada en torno a la responsabilidad estatal proviene de una elaboración jurisprudencial. Fuera de art. 1112 del Código Civil¹⁸ —que trata la responsabilidad de los funcionarios públicos— no existe legislación que se ocupe del problema. Ello prueba, claramente, que el estudio de la responsa-

¹⁷ Esta materia es tal vez el ejemplo más paradigmático en el derecho argentino. Existen otros casos importantes de creaciones pretorianas, como el amparo, que sin ley alguna nació por creación de la Corte Suprema en el año 1957. Sin embargo, allí la comunidad jurídica argentina se portó como era de esperar de juristas formados en la tradición civilista. ¿Qué ocurrió? Después de muchas presiones y discusiones se dictó una norma escrita que regulaba el amparo. Por supuesto, esto dio por tierra con la flexibilidad con la que los jueces habían manejado el instituto hasta ese momento. En materia de responsabilidad del Estado todavía no se ha dictado norma positiva específica sobre la materia.

¹⁸ Art. 1112 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.

bilidad el estado es, en buena medida, el estudio de los precedentes que la han ido construyendo.¹⁹

Ahora bien, ¿qué es lo más interesante de esta situación? Que, en lo que hace a la responsabilidad del Estado, tanto jueces como abogados piensan y actúan en modo similar a sus colegas del *common law*: Interpretan los hechos de su caso; eligen los precedentes anteriores que podrían tener relación con la cuestión debatida; tratan de extraer alguna regla de derecho de las sentencias anteriores en forma inductiva; y, finalmente, intentan predecir o determinar qué regla de qué precedentes será útil para resolver su propio caso. Básicamente, un abogado responsable no se atrevería a predecir, argumentar o aconsejar sobre un caso de responsabilidad del Estado sin conocer la jurisprudencia en la materia. Un juez, al sentenciar, tampoco lo hace. Sin embargo, y esto es lo curioso, ni los jueces ni los abogados argentinos se atreven a utilizar argumentos o razonamientos del estilo *common law*. Los razonamientos de los escritos profesionales y de las sentencias judiciales siempre parten y se centran en alguna norma positiva escrita. Esta norma puede ser una ley prevista para otra situación, pero “aplicable al caso por analogía;” o una previsión constitucional, que probablemente es vaga y genérica y no se refiere al tema en debate, pero sirve —aún de modo remoto— para alegar que la solución propuesta “deriva necesaria y lógicamente” de una norma positiva. Es cierto, de todos modos, que jueces y abogados hacen constante referencia a casos precedentes; pero lo hacen con una concepción continentalista, algo así como “a mayor abundamiento,” con la aclaración de que no es una fuente de derecho obligatoria, sino que sirve para “reforzar” una u otra posición. No es sorprendente, entonces, que el primer fallo de la Corte Suprema de Justicia que reconoció la responsabilidad del Estado haya sufrido ataques centrados en la falta de fundamentación legislativa de la decisión.

Hasta el año 1933 la regla de derecho vigente en la Argentina era el principio de irresponsabilidad estatal. El artículo 100²⁰ de la Constitución Nacional era interpretado en el sentido de que el Estado Nacional era indemandable e irresponsable, dado que dicha norma sólo autorizaba la intervención de la Nación en juicios cuando actuaba como parte actora, es decir, cuando ella iniciaba la acción. Así, puede verse, por ejemplo, en la causa *Seste y Seguich c. Gobierno Nacional*, decidida por la Corte Suprema en el año 1864.²¹ En aquel caso, los actores (personeros de guardias nacionales) solicitaron una indemnización por el mayor tiempo que habían servido en exceso del contrato que tenían con la Nación. El tribunal entendió que el Estado no podía ser llevado a juicio sin su consentimiento y que

¹⁹ BIANCHI, ALBERTO B., “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado,” *LL*, 1996-A, 922. (Sección Doctrina.)

²⁰ Art. 100 CN (hoy art. 116) “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen [...] de los asuntos en que la Nación sea parte.”

²¹ *Fallos*, 1: 317.

el art. 100 de la Constitución sólo aludía a los casos en que la Nación era parte demandante. Sostuvo que “es uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que el que la inviste no puede ser arrastrado ante tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder por sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales, y tiene por garantía su buena fe.”

Con el tiempo, la idea de la irresponsabilidad absoluta del Estado fue siendo morigerada por la jurisprudencia y, posteriormente, por el dictado de leyes relativas a la forma en que el Estado podía ser llevado a juicio. En primer lugar, la jurisprudencia admitió que el Estado Nacional podía ser demandado, pero debía existir la autorización expresa del Congreso, mediante ley formal para cada caso. Es lo que se llamó la venia legislativa previa. Posteriormente, en el año 1900, la ley 3952 de Demandas contra la Nación (Adla, 1889-1919, 490) facultó en forma general el accionar contra el Estado Nacional (ya no se necesitaba una “ley formal” para cada caso concreto) estableciendo una serie de requisitos procesales.²² Según esta norma y el principio de la doble personalidad del Estado,²³ éste sólo podía ser demandado cuando actuaba en calidad de persona de derecho privado, es decir, cuando actuaba como un particular. A esta situación, había que sumarle que la sentencia que se dictara condenando a la Nación tenía carácter meramente declarativo, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretendía. Recién en 1932, con la ley 11.634 (Adla, 1889-1919, 490), se puso fin al principio de la doble personalidad del Estado en relación a su demandabilidad, es decir, el Estado podía ser demandado tanto cuando actuaba como “persona de derecho privado” como cuando lo hacía como “persona de derecho público.”

Ahora bien, aún reconociendo la posibilidad de demandar al Estado ante los tribunales, el problema central radicaba en que no existía norma expresa que determinara en qué casos y con qué alcance el Estado debía responder ante los particulares. La jurisprudencia nunca había responsabilizado al Estado y no había tampoco normas legislativas que regularan la cuestión. En tales condiciones, algunos abogados intentaron acudir a las normas de responsabilidad de los particulares que encontraban en el Código Civil. Consideraban que estas normas podían ser aplicadas al Estado Nacional “por analogía.”

Esta propuesta, sin embargo, fue rechazada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que si bien consideraba posible aplicar el Código Civil por analogía,

²² Art. 1° “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste.”

²³ Para esta teoría el Estado actuaba como dos personas diferentes: Como persona de derecho público, aplicándose a dicho accionar las normas y principios propios de este derecho, y como persona de derecho privado, es decir, como si fuera un particular.

encontraba una valla infranqueable en su art. 43. Este artículo, en su antigua redacción,²⁴ impedía iniciar acciones de daños y perjuicios contra personas jurídicas; y el Estado Nacional, claramente, era una de ellas. Este fue, precisamente, el argumento dado en forma sistemática por la Corte Suprema para continuar perpetuando el principio de la irresponsabilidad estatal. Por ejemplo, en *Escalada c. Municipalidad de la Capital*, el Alto Tribunal señaló que “la acción de daños y perjuicios deducida por Escalada no es procedente en el presente caso; pues el art. 43 del Cód. Civil, dispone terminantemente, que no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individuales hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.”²⁵

Esta situación, en un sistema de tradición civilista como el argentino, se presentaba como una encrucijada sin salida que impedía hacer responsable al Estado. La única posibilidad para revertir el principio de irresponsabilidad estatal parecía el dictado de una ley específica o, al menos, la derogación expresa del art. 43 del Cód. Civil. Sin embargo, en el año 1933 —sin ninguna modificación legislativa de por medio— el derecho argentino fue sustancialmente modificado, el principio de la irresponsabilidad estatal fue dejado sin efecto y comenzó a forjarse un sistema de reglas sobre los presupuestos y alcances de la responsabilidad del Estado.

En la causa *Devoto*,²⁶ la Corte Suprema realizó un vuelco a su tradicional postura y declaró por primera vez la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional. La pregunta es, sin duda, ¿en qué fuentes de derecho fundó el Alto Tribunal su decisión? En el caso, la actora (Tomás Devoto SACIyF) había demandado al Gobierno Nacional, por los daños ocasionados en su campo como consecuencia del incendio producido por las chispas desprendidas del brasero que utilizaron los empleados de correos mientras realizaban su labor. La Corte sostuvo que el Estado era responsable por el desempeño negligente de sus empleados, independientemente de que los mismos hubieran actuado o no intencionalmente. Agregó, además, que el estrago podría haberse evitado dado que el mismo se produjo como consecuencia de la falta de atención de los empleados estatales. El fundamento jurídico de su decisión fueron los artículos 1109 y 1113 del Código Civil;²⁷ el primero prevé la responsabilidad por culpa o negligencia, el segundo

²⁴ Art. 43, Código Civil (anterior redacción): “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.”

²⁵ *Fallos*, 29: 249.

²⁶ *Tomás Devoto y Cía. (Sociedad Anónima, Comercial, Industrial y Financiera) c. Gobierno Nacional*, JA, t. 43, agosto-octubre/1933, pp. 416-420.

²⁷ Art. 1109, Código Civil (vigente al momento del fallo): “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.”

Art. 1113, Código Civil (vigente al momento del fallo): “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.”

prevé la responsabilidad del principal por su dependiente, es decir, que no sólo el autor de un hecho ilícito responde por los perjuicios provocados sino que dicha responsabilidad se extiende a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño. En este caso, el Estado debía responder en su carácter de principal de los trabajadores de correos, que habían actuado con clara negligencia.

Tal como sostiene REIRIZ,²⁸ el fallo no deja de crear una regla de derecho en forma pretoriana aunque mencione dos preceptos legales (arts. 1109 y 1113, Cód. Civil), ya que no se explica como dichas normas se adecuan a la situación considerada y menos aún, cómo hizo la Corte para no aplicar el art. 43 del Cód. Civil que antes impedía fallar de la manera en que lo hacía ahora. Es curioso que la Corte no haya hecho referencia alguna a la “valla” del art. 43 que, expresamente, impedía responsabilizar a las personas jurídicas y que había sido el principal argumento de la jurisprudencia del Tribunal para desechar todas las demandas por responsabilidad contra el Estado Nacional. En igual sentido, BIELSA,²⁹ al comentar el fallo bajo análisis, sostuvo que los principios del Código Civil eran inaplicables e ineficientes respecto del Estado Nacional, y que no podía considerarse legalmente responsable obrando como poder público, a menos que una ley *especialmente* así lo estableciera. BIELSA, como REIRIZ, ponen de resalto que, sin perjuicio de que la Corte dijo aplicar normas legislativas vigentes, la definición del tema fue puramente jurisprudencial y poco tuvo que ver con las previsiones legislativas citadas.

Por su parte, la Corte siguió avanzando y extendiendo pretorianamente los límites de la responsabilidad del Estado. En el año 1938, reconoció la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires por la expedición defectuosa de un certificado del Registro de la Propiedad en virtud del cual se realizó una operación de compraventa que produjo daños al adquirente. Una vez más, el Alto Tribunal jugó con normas del Código Civil, que siempre habían existido, pero no había aplicado. Esta vez, con el claro objetivo de ampliar los casos en que se responsabilizaba al Estado Nacional, la Corte dejó de lado el artículo 1109 (invocado en *Devoto*), que había servido para responsabilizar al Estado por un hecho cometido por sus empleados con clara negligencia. Esta vez, la culpa de los funcionarios no era tan evidente, el 1109 no hubiera servido para justificar la responsabilidad provincial en este caso. La Corte, no casualmente, introdujo por primera vez el argumento del art. 1112 del CC que establece que: “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.” Así estableció que *quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para*

²⁸ REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, Cap. IV, pp. 83-99.

²⁹ BIELSA, RAFAEL, “Responsabilidad del Estado como poder administrador,” *JA*, 43-416/420.

llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que ocasionare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los arts. 625 y 630 del Código Civil) agregando luego que haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habrá por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en el desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño que se trata, siendo así de aplicación el caso de los artículos 1112 y 1113 del Código Civil,³⁰ En este caso puede verse cómo la Corte utiliza los artículos del Código Civil en forma arbitraria, como meras herramientas para fundamentar *a posteriori* una decisión ya tomada. El artículo 1112 nunca había sido utilizado para fundar la responsabilidad del Estado porque, claramente, se refiere a los funcionarios públicos. Esta vez, la Corte lo eligió y lo aplicó. ¿Por qué? Porque seguramente era más simple responsabilizar a la Provincia por incumplimiento de un servicio (y encajar el caso en la letra del artículo 1112) que por culpa de sus funcionarios que, en este caso puntual, hubiera sido bastante difícil de demostrar. (Y que es lo que exige el artículo 1109, fuente legislativa utilizada en *Devoto*.)

Pero fue el fallo *Vadel*³¹ el que marcó el hito en la jurisprudencia de la Corte y dejó claro que había una regla nueva en materia de responsabilidad del Estado: Ya no era necesaria la culpa, la responsabilidad era objetiva. En *Vadel*, se trataba nuevamente de los perjuicios derivados del funcionamiento defectuoso e irregular del Registro de la Propiedad. La Corte sostuvo que “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 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.” A partir de *Vadel*, quedó claro que ya no era necesario acreditar la culpa del agente ni tampoco individualizar al autor del daño; bastaba con acreditar el cumplimiento defectuoso o irregular del servicio para atribuir la responsabilidad.

Nótese, insistimos, que hasta el momento no existió creación legislativa alguna y se fueron eligiendo, sin mucho criterio lógico, diversas normas propias del derecho civil que el tribunal consideraba aplicables por analogía. Por ello, el comentario que realizó BIELSA al fallo *Devoto*,³² preocupado por la creación de derecho por los jueces, siguió teniendo vigencia. De hecho, no fue BIELSA el único preocupado al respecto. Con el tiempo la doctrina aceptó la jurisprudencia de la Corte como válida y valiosa: Ya no era sostenible que el Estado no fuera responsable por los perjuicios que provocara a los particulares. Sin embargo, los autores no pudieron deshacerse de sus preconcepciones civilistas y en raros casos asumían que la regulación de la responsabilidad del Estado era puramente pretoriana. Así

³⁰ FF CC Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos, 182: 5.

³¹ Fallos, 306: 2030.

³² JA, 43-416/420.

que fueron varios los intentos para demostrar que la responsabilidad del Estado derivaba “lógica y necesariamente” de normas escritas. La inventiva fue amplia: Desde teorías que intentaban aplicar las normas del Código Civil (utilizadas en los fallos antes comentados) hasta las que se basaban en normas de derecho público. A manera de breve síntesis pasaremos a explicar cada una de ellas.

Dentro de las teorías “análogas,” MARIENHOFF señalaba que existían dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas y principios del derecho civil: *Una consiste en recurrir a la analogía o los principios generales del derecho, la otra consiste en considerar determinadas normas del derecho civil como expresión de una norma jurídica general y; por tanto, no limitada al derecho civil y válida directamente para el derecho administrativo. En este último caso no se trata de una integración de normas, sino de una aplicación directa de normas jurídicas, que en su conjunto pertenecen a la llamada parte general del derecho.*³³ Por su parte, tanto REIRIZ como GORDILLO sostenían la aplicación de las normas del Derecho Civil al Derecho Administrativo a través del procedimiento de la analogía, que exige realizar una tarea previa de adaptación a las normas y principios del Derecho Público. Es decir, cuando se aplica una norma del Derecho Civil se la integra con los principios y normas del Derecho Administrativo, con lo cual la nueva norma creada aparece, no con su sentido original, sino conformada con el derecho que viene a integrar. Ya está transformada para su aplicación.³⁴

No es difícil ver que, en todos los casos, seguimos sin tener, en los términos de BIELSA, una ley expresa sobre responsabilidad del Estado. No debemos olvidar que, aunque se apliquen normas del Código Civil por analogía, no puede negarse que la obligación del Estado no surge de la voluntad del legislador: No es posible saber si el legislador hubiera querido aplicar similares soluciones a los particulares que al Estado.

Por otra parte, se fueron forjando las teorías basadas en principios propios del Derecho Público, concretamente en diferentes normas constitucionales. REIRIZ sostiene que la Constitución Nacional permite fundar la responsabilidad del Estado en los siguientes principios:

- El de la igualdad ante las cargas públicas, lo que exige la reparación de los sacrificios especiales mediante una indemnización que, estando a cargo del Es-

³³ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, t. 1, pp. 107-171.

³⁴ REIRIZ, (obra colectiva), *El derecho administrativo argentino, hoy*, (Jornadas presididas por el Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff) Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1196, pp. 220-229.

tado, generalice el sacrificio especial exigido al damnificado; ello por aplicación de los arts. 4³⁵ y 16³⁶ in fine de la Constitución Nacional;

- la garantía del derecho de la propiedad, establecida en el art. 17,³⁷ interpretada en sentido amplio, es uno de los fundamentos más utilizados —junto con el anterior— en la jurisprudencia de la Corte Suprema; y

- el respeto de los derechos adquiridos, ya que los derechos individuales reconocidos en los arts. 14 a 20³⁸ constituyen derechos adquiridos de los particulares en sus relaciones con el Estado y, por el art. 28,³⁹ el Estado no puede alterarlos, so pretexto de reglamentarios.

Estas diferentes teorías que toman como fundamento normas constitucionales, fueron utilizadas por el Máximo Tribunal en numerosos fallos. Sin embargo, nuevamente nos encontramos ante un vacío legislativo en lo concerniente a la responsabilidad del Estado. Si bien es cierto, que estas normas constitucionales pueden servir de base para justificar la responsabilidad, también es cierto, que su vaguedad y amplitud dan un margen demasiado extenso a la valoración que realice el tribunal que las aplique, que se parece bastante a la creación jurisprudencial.

En este punto, nos detendremos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina sobre la responsabilidad del Estado por actividad lícita, para poder dejar al descubierto, que también en la aplicación de las teorías basadas en normas de derecho público, se está “forzando” su aplicación de manera similar a lo que ocurre con las teorías “analógicas.”

³⁵ CN Art. 4: “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta y locación de tierras de propiedad nacional, de renta de correos, de las demás ‘contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso Nacional’, de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.” (El énfasis con comillas simples nos pertenece.)

³⁶ CN Art. 16: “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.”

³⁷ CN Art. 17: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autos o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”

³⁸ Los derechos a los que aludimos, son los consagrados por la Constitución Nacional, a saber: Derechos civiles (art. 14); derechos sociales (art. 14bis); abolición de la esclavitud (art. 15); igualdad personal e impositiva (art. 16); derecho de la propiedad, expropiación, servicios personales, propiedad intelectual y confiscación de bienes (art. 17); seguridad y garantías individuales (art. 18); privacidad y libertad civil (art. 19); y, derechos de los extranjeros, naturalización. (Art. 20.)

³⁹ CN Art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

Para ejemplificar, nos circunscribiremos a una cuestión paradigmática en esta materia: La extensión de la indemnización en los casos en que el Estado responde por su actividad lícita. Concretamente, la disyuntiva es la siguiente: ¿Cuando el Estado responde por su actividad lícita, debe indemnizar solamente el daño emergente (esto es, el valor de la pérdida efectivamente sufrida en el patrimonio del particular) o también se le puede exigir que repare el llamado lucro cesante (esto es, las ganancias dejadas de percibir)?

La Corte Suprema de Justicia en la causa *Corporación Inversora Los Pinos SA c. Municipalidad de Buenos Aires*⁴⁰ del 22-XII-1975, al tratar la demanda iniciada por la actora que reclamaba daños y perjuicios y lucro cesante por la revocación del permiso que poseía para explotar, como albergue por horas, un hotel alojamiento, sostuvo que la legitimidad del obrar administrativo (al referirse a la legitimidad de revocar el permiso para funcionar) no impedía el derecho de la actora a reclamar indemnización por el agravio sufrido, por cuanto dicha indemnización no era la consecuencia del obrar ilegítimo, sino que tenía por objeto tutelar la incolumidad del patrimonio lesionado de la actora al dejar sin efecto la autorización de la que era beneficiaria, en base a la garantía de protección de la propiedad que consagra el art. 17 de la Constitución Nacional.

Agregó luego que, el sacrificio impuesto en forma particular a la accionante en beneficio de la comunidad no debía ser soportado únicamente por ella; lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas. Sin embargo, entendió que si el sacrificio de los intereses particulares se hace en el interés público, sin que paralelamente el patrimonio de la administración se vea acrecentado, el resarcimiento debe limitarse a los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que todo acto revocado sería mantenido (daño emergente), pero que excluye todo otro valor o ganancia frustrada. (Lucro cesante.)

Es decir, con fundamento en el derecho de propiedad (art. 17 CN) y en el derecho a la igualdad ante la ley y las cargas públicas (art. 16 CN) la Corte Suprema reconoció que el Estado era responsable por su actividad lícita pero *que la actora sólo tenía derecho a una indemnización por el daño emergente sufrido pero no así por el lucro cesante*.

Pocos años más tarde, el Máximo Tribunal reitera su criterio en la causa *Cantón*.⁴¹ En dicha causa se planteó la nulidad de un decreto que había prohibido la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional. El actor solicitó además indemnización por daños y perjuicios sufridos, dado que el decreto aludido afectaba un contrato de crédito documentado ya pagado antes de su dictado y una operación de crédito internacional. La Corte entendió que la actividad lícita del Estado puede

⁴⁰ *Fallos*, 293: 617.

⁴¹ *Cantón Mario Elbio c. Gobierno Nacional*, 15-V-79, *Fallos*, 301: 403.

ser causante de daños a los particulares y generar responsabilidad pero que la facultad estatal de imponer límites al nacimiento o extinción de derechos, no autorizaba a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado originaba el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio para restaurar la garantía constitucional vulnerada. (Art. 17 CN.) Con relación al reclamo económico, sostuvo que al no existir norma expresa sobre la materia, correspondía aplicar instituciones análogas (cita para ello el art. 16, Cód. Civil), entendiendo que la expropiación es la que guardaba mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. *Concluye, finalmente, que el resarcimiento debía comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial, por lo que debía extenderse a todos los gastos hechos (daño emergente) con exclusión de las ganancias que podría haber obtenido de la reventa y de todo lucro cesante originado por tal motivo.*

Aún a falta de regulación legislativa, los precedentes de la Corte parecían sentar un criterio en cuanto al alcance de la indemnización en casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Sin embargo, en un sistema como el argentino en el que no rige la obligatoriedad del precedente y tampoco existe siquiera una costumbre jurídica de la propia Corte Suprema de respetar sus propios fallos, no podía asegurarse que los próximos casos serían decididos de la misma forma.

De hecho, en 1984, sin criterio objetivo aparente que lograra explicarlo, la Corte modificó radicalmente su postura. Fue en el fallo *Sánchez Granel*⁴² en el que el Tribunal reconoció la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) por responsabilidad lícita del Estado. Lo criticable: La Corte utilizó los mismos fundamentos constitucionales pero no explicó qué diferenciaba un caso de otro; simplemente decidió en forma contraria.

El caso se había planteado como consecuencia de la extinción en forma unilateral por parte de la Administración Pública de un contrato de obra pública (por la construcción de un tramo de carretera) celebrado con la actora, antes de que comenzara la ejecución de la obra. Para decidir como lo hizo, la Corte sostuvo que regía en el caso el principio de integridad de la indemnización y que la responsabilidad del Estado por actividad lícita otorgaba el derecho a una indemnización plena. (Salvo casos de fuerza mayor o que una norma expresamente disponga lo contrario.) Entendió que el art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos (que regula la revocación del acto regular por razones de oportunidad, mérito o

⁴² *Sánchez Granel Eduardo, Obras de Ingeniería SA c. Dirección Nacional de Vialidad, 20-IX-84, ED 111: 550.*

conveniencia) no se oponía a tal solución, pues al no aclarar el alcance de la indemnización, funda la concesión del lucro cesante, no su prohibición. Finalmente, aclaró que no procedía la aplicación analógica de la ley de expropiaciones (que veda la concesión del lucro cesante) porque tal instituto supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio, situación que no se daba en el caso.

La decisión en *Sánchez Granel* debe llamar a la reflexión. Si la Corte realmente derivara sus soluciones de las normas legislativas y constitucionales vigentes: ¿Qué cambió en este caso? ¿Acaso no regían similares normas en los casos previos? ¿Es que hay alguna diferencia fáctica relevante que hace que las normas constitucionales se interpreten de un modo para *Cantón* y de otro para *Sánchez Granel*? Sin duda, los hechos de los casos difieren, pero la Corte no lo ha explicado. Las normas constitucionales y legislativas invocadas tampoco parecen dar la respuesta. Su amplitud y vaguedad nos demuestran, una vez más, que son herramientas utilizadas *a posteriori* para fundamentar una solución a la que se llegó por alguna otra regla de derecho que no fue explicitada por los jueces.

La crítica a *Sánchez Granel* no es exagerada porque lo que podría haber sido un nuevo criterio de la Corte tampoco fue mantenido. Esto preocupa aún más y nos hace reflexionar acerca de la vigencia del *rule of law*: ¿Acaso los jueces están juzgando de acuerdo a normas preestablecidas y en cierto modo previsibles? ¿O en esta materia no rige el principio de legalidad, premisa básica de Estado de Derecho?

La respuesta, lamentablemente, parece ser negativa. Cinco años más tarde, el Alto Tribunal modificó nuevamente la jurisprudencia sentada en *Sánchez Granel*. Fue con el caso *Motor Once*⁴³ que volvió a sostener que la indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la actividad ilícita del Estado solo comprendía el daño emergente.

La actora, propietaria de una estación de servicio y del edificio construido sobre ella y que funcionaba con autorización municipal, planteó la nulidad de una ordenanza que al modificar las disposiciones sobre seguridad en incendios, prohibía destinar a vivienda las construcciones de la planta alta de estaciones de servicio. Por tal motivo se había prohibido la venta de expendio de nafta en la estación de servicio de la accionante. La Corte se remitió a los fundamentos de la Procuradora Fiscal. Esta sostuvo que ante la ausencia de normas expresas que establecieran los rubros a indemnizar, se debía recurrir a los principios de leyes análogas. En tal sentido, las normas que fijaban pautas indemnizatorias y que guardaban mayor analogía con la situación discutida, era la ley de expropiaciones. Dicha ley, fundamentan, debe ser tomada como la ley típica que autoriza las intrusiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público lo exigiera. Por ello ese sacrificio especial debía ser compensado, a través

⁴³ *Motor Once SA c. Municipalidad de Buenos Aires*, 09-V-89, LL, 1989-D, 24.

de la indemnización propia del instituto análogo de la expropiación, para que se produzca la generalización del sacrificio especial que ha pasado en pugna con la equidad. Al hacer alusión al art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos (ya citada en *Sánchez Granel* pero interpretada en forma totalmente opuesta), argumentan que el alcance de la indemnización allí prevista, se limita a afirmar que los perjuicios ocasionados deben indemnizarse, sin precisar los alcances del resarcimiento debido. *Sin explicar por qué se apartan de la interpretación dada en Sánchez Granel al art. 18 de la LPA y a la ley de expropiaciones, resuelven indemnizar sólo el daño emergente.*

Insistimos, una vez más, sobre el mismo punto: La legislación vigente era la misma en todos los casos reseñados. La jurisprudencia de la Corte elige algunas normas, desecha otras, las interpreta en forma opuesta... A veces se funda en los mismos artículos amplios y vagos de la Carta Magna, pero los valora en forma diferente. En estas condiciones es casi imposible predecir cuál es el criterio del Máximo Tribunal para aplicar una u otra norma, uno u otro precedente en los casos que se le vayan presentando.

Para añadir argumentos a nuestra preocupación, señalemos que, en el año 1989, en el fallo Juncalán,⁴⁴ la Corte volvió a reconocer la indemnización plena a la demandante por los daños sufridos por la actividad lícita del Estado.

La actora accionó por daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires, como consecuencia de los perjuicios sufridos por las tareas de realizadas por la Dirección de Hidráulica Provincial que, con el fin de encauzar el Río Quinto, inundó casi la totalidad su establecimiento. La Corte reconoció, una vez más, que el obrar lícito del Estado no impedía su responsabilidad, en tanto que con tales obras privó a un tercero de su propiedad. Ante tal situación, no podía limitar el resarcimiento al daño emergente con exclusión del lucro cesante. *Recordó lo sostenido en Sánchez Granel en cuanto que el principio de indemnización plena sólo encuentra obstáculo en situaciones de fuerza mayor o cuando una norma expresamente lo establezca.* Remarcó que ninguna de estas situaciones se configuraba en el caso, y que tampoco cabía omitir la reparación mediante la pretendida aplicación analógica de la ley de expropiaciones, dado que no puede extenderse una norma legal que excluye resarcimiento pleno a supuestos diversos. Ello así, por cuanto la expropiación presupone una privación constitucional del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso valorativas de la utilidad pública del objeto de desapropio, y en segundo término, porque la aplicación analógica no parece hermenéutica apropiada cuando el término de comparación que tiene reconocimiento legal importa una solución de excepción, frente al principio general del resarcimiento integral.

⁴⁴ *Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c. Provincia de Buenos Aires*, del 23-XI-89, *Fallos*, 312: 2266.

Ahora bien, de los precedentes analizados, surge que en diferentes casos, se otorgaron diferentes rubros indemnizatorios. En algunos (*Sánchez Granel, Juncalán*) se “argumentó” el principio de la indemnización plena y la no aplicación de la ley de expropiaciones. Sin embargo, en los otros, no existió ningún tipo de impedimento “legal” e “interpretativo” para aplicarla. El problema que se suscita es que en un sistema jurídico como el argentino, en el que no existe la obligatoriedad del precedente judicial, en temas en los que no existe norma legal alguna, el principio del *rule of law* sólo rige en la teoría pero, en los hechos, lo único que encuentra el justiciable en su camino es inseguridad jurídica.

IV. Problemas relativos a la regulación jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado. La obligatoriedad de los precedentes. La Corte Suprema, la seguridad jurídica y el respeto del rule of law

Hemos visto que el estudio de la responsabilidad del Estado en la Argentina implica, necesariamente, el estudio de los casos judiciales concretos que fueron moldeando la materia. Y que, simplemente, no es posible razonar, argumentar y decidir casos de responsabilidad estatal a partir de normas generales escritas. Ya explicamos cómo en la Argentina, al enfrentarse a un tema de responsabilidad del Estado, los abogados y jueces razonan, argumentan y deciden “en modo *common law*.” Lo curioso es, sin embargo, que no lo hacen explícitamente. En sus escritos profesionales y en sus sentencias judiciales, los abogados y magistrados continúan argumentando en base a normas positivas, como si esas normas fueran la fuente de la cual natural y lógicamente derivan las soluciones que proponen. El primer objetivo de este trabajo fue desenmascarar esa distorsión y dejar al descubierto que las reglas de derecho sobre responsabilidad estatal no surgen de leyes sino de casos judiciales.

¿Por qué nos propusimos esa meta? Porque el mito de que las soluciones en materia de responsabilidad del Estado “derivan lógicamente y necesariamente” de normas escritas positivas es un importante obstáculo para lograr coherencia y previsibilidad en la materia. Recordemos que la previsibilidad y certeza son dos valores que tanto los sistemas de corte continental como los de *common law* pretenden lograr y preservar. El objetivo, sin embargo, se logra en ambas tradiciones jurídicas de modo diferente. En la tradición continental, el modo de garantizar certeza y previsibilidad es la existencia de la ley como fuente de derecho superior y prácticamente exclusiva.⁴⁵ Como ya explicamos, se parte de la idea de que una autoridad única —el legislador— puede diseñar un sistema autosuficiente y omnicompreensivo. Se asume que cualquier caso que se presente ante un tribunal puede ser resuelto mediante un razonamiento deductivo a partir de esas reglas

⁴⁵ Los sistemas civilistas suelen reconocer otras fuentes de derecho como la costumbre o la jurisprudencia pero siempre subordinadas a la ley. Ver MERRYMAN, *Sistemas Legales en América Latina y Europa*, FCE, 1995, pp. 47-59.

generales. Se supone, también, que la aplicación de esas reglas generales va a ser una tarea mecánica y objetiva y que los jueces, meros aplicadores, no tienen poder para modificarlas. A partir de ese mito, se concluye que la existencia de un sistema legislativo claro y sin lagunas asegura efectivamente la previsibilidad y certeza en el derecho. En el *common law*, es la regla del *stare decisis* la que tiene como función asegurar previsibilidad y coherencia en el sistema. Esto supone, una vez más, que la tarea de los jueces de determinar qué caso es similar a otro es una tarea neutral y mecánica, y que el mandato de no apartarse de precedentes anteriores será suficiente para poder prever la solución en cada caso nuevo que se presente.

Es cierto, como mencionamos anteriormente en este trabajo, que la tarea de los jueces no es objetiva ni mecánica, y que lo que acabamos de describir sucintamente es sólo el folclore, el “deber ser,” de cada una de las tradiciones jurídicas. Sin embargo, en algún punto, tanto la existencia de leyes escritas como la obligatoriedad del precedente son herramientas eficaces para garantizar un cierto grado de certeza en el sistema. En otras palabras, no garantizan una única solución previsible para cada caso pero aseguran un cierto grado de previsibilidad dentro de un rango de soluciones posibles.⁴⁶

Ahora bien, ¿qué ocurre si una materia determinada no está regulada por leyes escritas, sus reglas son fijadas por sentencias judiciales y no rige la doctrina del *stare decisis*? Esto es lo que ocurre en la Argentina con el tema de la responsabilidad del Estado. Ya explicamos que no existe legislación específica en la materia y que en el derecho argentino los precedentes no son fuente de derecho obligatoria.⁴⁷ Más aún, ni siquiera los fallos de la Corte Suprema de Justicia son vinculantes para los tribunales inferiores.

Debemos aclarar, en este punto, que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias sostienen que los tribunales inferiores están “en cierta forma” obligados a adecuar sus decisiones a los precedentes de la Corte Suprema. Pero esta “obligación” no surge de la Constitución ni de la ley.⁴⁸ Los motivos para sostener

⁴⁶ Aquí vale la pena mencionar que las críticas al formalismo mencionadas en la nota 15 no significan que la tarea judicial sea totalmente impredecible o caprichosa. Negar que las palabras de una ley —más allá de su vaguedad o ambigüedad— o la existencia de precedentes —más allá de la discrecionalidad para seleccionar el aplicable— limitan en cierta forma la cantidad de interpretaciones razonables es, sin duda, de un escepticismo exagerado. En otras palabras, RONALD DWORKIN, criticando precisamente el escepticismo extremo de algunos realistas, aduce que una decisión judicial no es “simplemente una cuestión de qué es lo que cada juez cree mejor o dependiente de qué desayunó el magistrado esa mañana.” La tarea es discrecional y subjetiva, sin duda, pero no es caprichosa, arbitraria y totalmente impredecible. (Ver DWORKIN, RONALD, “Law As Interpretation,” 60 Tex. L. Rev. 527, p. 20.)

⁴⁷ Con la excepción establecida por ley de los denominados “fallos plenarios.” La primera es el caso de los fallos plenarios dictados por las Cámaras de Apelaciones en virtud del art. 302 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, que son obligatorios para la misma Cámara y para los jueces inferiores.

⁴⁸ Salvo el caso puntual del artículo 19 de la ley 24.463 (Adla, LV-C, 2913), que prevé la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema en materia de Seguridad Social.

esta postura suelen tener que ver con la seguridad jurídica, el prestigio y el rol institucional del Alto Tribunal y la necesidad de evitar el “escándalo jurídico” que produciría la coexistencia de fallos contradictorios.⁴⁹ De todos modos, creemos que esto *no equivale* a decir que los fallos de la Corte Suprema son vinculantes para los tribunales inferiores. No cabe soslayar que los motivos que se alegan para fundar la obligatoriedad de los precedentes del Alto Tribunal son más que nada “morales” o “institucionales.” Si tenemos en cuenta esto, entenderemos por qué, cuando la propia Corte no respeta su línea de precedentes y demuestra criterios oscilantes e imprevisibles, los jueces inferiores ya no encuentran motivos suficientes para atenerse a la jurisprudencia del Alto Tribunal.

Esta situación hace que nos preguntemos cómo se garantizan la certeza y la previsibilidad en una materia como la responsabilidad del Estado, que no está legislada y cuya regulación fue puramente elaborada por vía jurisprudencial. Imaginemos que el Estado revoca la autorización que había otorgado a un propietario X para utilizar su inmueble como discoteca y que lo hace “por razones de interés público,” esto es, en términos del derecho argentino, un caso de “responsabilidad del Estado por actividad lícita.” Una cuestión a resolver puede ser si el Estado debe indemnizar al afectado en forma integral o puede pagarle sólo parte de los perjuicios sufridos. Ahora bien, imaginemos que el afectado, su abogado o el juez que debe resolver el caso quieren saber cuál es la regla de derecho aplicable. Como dijimos, no pueden acudir a lo que diga una ley, pues no la hay. Deberían entonces, acudir a los precedentes judiciales sobre el punto. Pero, claro, en la Argentina no rige la doctrina del *stare decisis*, por lo que, es muy posible, que los precedentes judiciales no coincidan en la solución aplicable. Tampoco la Corte Suprema está obligada a seguir sus propios precedentes, por lo que puede ocurrir que tampoco exista una línea coherente de precedentes del Alto Tribunal. De hecho, si recordamos los fallos citados como ejemplo en este trabajo, vemos que un caso imaginario como el que planteamos no tiene una solución objetivamente previsible en la Argentina. La Corte Suprema argentina ha sido oscilante respecto al alcance de la reparación que el Estado debe otorgar al particular en supuestos de responsabilidad por actividad lícita. Ha resuelto con criterios diferentes y hasta opuestos en cada ocasión que se le ha presentado y no ha dado explicaciones serias y objetivas de por qué lo hacía.⁵⁰

Lo que ocurre es que en la Argentina la Corte Suprema no se considera obligada por sus propios precedentes y ni siquiera se siente obligada a explicar por qué se aparta de lo decidido por ella en casos anteriores. Esta circunstancia es, probablemente, la mayor fuente de incerteza, imprevisibilidad e inseguridad jurídica. El problema no está en la obligatoriedad de sus fallos para los tribuna-

⁴⁹ Ver SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, “Eficacia Vinculante o No Vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 93-892.

⁵⁰ Ver los citados casos en notas 39, 40, 41, 42 y 43.

les inferiores. Como ya dijimos, hay consenso jurisprudencial y doctrinario en cuanto a que los tribunales inferiores deberían respetar los fallos de la Corte Suprema, mayormente, por motivos de economía procesal y seguridad jurídica. Ahora bien, si la propia Corte Suprema no sigue sus propios precedentes, los modifica en lapsos de tiempo ridículamente breves y no da mayores explicaciones de su cambio de criterio, entonces los tribunales inferiores dejan de tener motivos valederos para adecuar sus decisiones los casos previamente decididos por el Alto Tribunal. ¿Qué economía procesal se está preservando, a qué seguridad jurídica se apunta, si el juez de primera instancia sabe que en un mes la Corte Suprema puede cambiar radicalmente su criterio? Esto es, precisamente, lo que ha venido ocurriendo en la Argentina por muchos años. En numerosas oportunidades, la Corte ha realizado cambios radicales en brevísimos lapsos de tiempo sin mayor explicación que frases como “una nueva consideración de las cuestiones que aquí se debaten nos lleva a modificar el criterio sostenido en la causa X” o “ésta Corte en su actual composición considera que no debe atenerse a lo decidido en la causa Y.” Los temas van desde el mencionado alcance de la indemnización en casos de responsabilidad del Estado por actividad lícita⁵¹ hasta causas en las que se discutía la criminalización de la tenencia estupefacientes para consumo personal⁵² o la constitucionalidad de la misma medida de emergencia económica.⁵³

Esta situación ha sido notada y duramente criticada porque, sin duda, afecta la seguridad jurídica, la confianza en las instituciones y la vigencia del Estado de Derecho.⁵⁴ Debemos admitir que la inestabilidad y falta de previsibilidad en la jurisprudencia del más Alto Tribunal erosionan la seguridad jurídica de todo el sistema jurídico argentino. Sin embargo, como ya dijimos, en materias legisladas la certeza también se logra —aunque más no sea en un grado simplemente aceptable— por la existencia de normas escritas. La existencia de leyes limita, en alguna medida, el número de interpretaciones razonables que los jueces pueden elaborar. Sin embargo, en materias como la que aquí nos ocupa (cuya regulación es puramente jurisprudencial) y a falta de una doctrina del *stare decisis*, la previsibilidad es prácticamente imposible y los valores de certeza y seguridad jurídica quedan absolutamente olvidados.

⁵¹ Ver los citados casos *Sánchez Granel*, *Motoronce* y *Jucalán*.

⁵² Ver causas *Bazterrica* (Fallos, 308: 1392; LL, 1986-D, 550) y *Montalvo*. (JA, 1991-I-244; LL, 1991-C, 80.)

⁵³ Ver fallos *Smith*, *San Luis* y *Bustos* (LL, 2002-A, 770; 2003-B, 537; Sup. Especial, octubre 2004) y las duras críticas al cambio de criterio de la Corte en GORDILLO, AGUSTÍN, “¿Puede la CSJN Restituir la Seguridad Jurídica al País?” y sus citas, LL, 2005-A, 905-21.

⁵⁴ Ver GARAY, ALBERTO F., “La Corte Suprema Debe Sentirse Obligada a Fallar Conforme sus Propios Precedentes,” JA, 1991-II-870 y GORDILLO, “¿Puede la CSJN...?” y su citas, *op. cit.*

V. *Algunas consideraciones finales*

A la luz de lo expuesto, la actual situación de incertidumbre en materia de responsabilidad del Estado es inaceptable. La falta de seguridad jurídica no sólo es criticable desde un punto de vista de conveniencia o justicia. Los valores de estabilidad, previsibilidad y certeza tienen fundamento constitucional en el sistema argentino.⁵⁵ Es que si los habitantes no pueden saber o conocer las reglas a las que se encuentran sometidos, la subordinación del Estado a un orden jurídico preestablecido (premisa básica del Estado de Derecho) sería virtualmente inoperante. Por ese motivo, aun cuando los jueces tengan funciones discrecionales, el Poder Judicial en un Estado de Derecho debe decidir las contiendas conforme a derecho y no de acuerdo al criterio personal de cada magistrado.

Creemos que, sobre todo en materias en las que la regulación ha sido netamente jurisprudencial, la Argentina necesita solucionar el problema de la falta absoluta de seguridad jurídica. Como bien se ha señalado, “sin un mínimo de racionalidad (predecibilidad, regularidad) sería imposible hablar de un orden jurídico [...] La regularidad objetiva, como cosa opuesta a la arbitrariedad subjetiva, es vivida como un valor en sí misma. Esta idea se expresa en la vieja máxima inglesa de que la comunidad debe estar basada en el gobierno de la ley, no sobre el de los hombres. El juez no debe ser como un rey homérico que recibía su *themistes* directamente de Zeus, o como el *cadi* oriental que extrae su decisión de una sabiduría esotérica. La idea de la supremacía del derecho nos hace reaccionar contra la tendencia de los Estados totalitarios a autorizar al juez a decidir, dejando de lado todas las reglas establecidas, según la «sana conciencia jurídica del pueblo» o «los intereses del proletariado». Vemos en esto una negación de la idea misma del derecho.”⁵⁶ Es teniendo en cuenta estos principios fundamentales, y especialmente en materias donde ni siquiera existe legislación específica, que la Corte Suprema debería valerse de su rol institucional para asegurar la previsibilidad mínima necesaria. Para ello, el Alto Tribunal debería, simplemente, “tomarse en serio”⁵⁷ sus propios precedentes y tener en cuenta que al apartarse de ellos sin motivos serios y objetivos que lo justifiquen está vulnerando una de las premisas básicas del Estado de Derecho.

⁵⁵ Ver GARAY, “La Corte Suprema...,” *op. cit.*

⁵⁶ ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, traducción de GENARO R. CARRIÓ, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 273-274. (Citado por GARAY, “La Corte Suprema...,” *op. cit.*)

⁵⁷ Tomamos esta expresión de GARAY, “La Corte Suprema...,” *op. cit.* Allí, GARAY inicia su trabajo con un relato del cual surge que los propios secretarios letrados del Alto Tribunal no creen que los precedentes de la Corte Suprema sean realmente útiles para predecir cómo decidirá el tribunal en casos futuros.

