

La responsabilidad del estado en Río Negro y Neuquén.

Apuntes para el nuevo escenario

State liability in Río Negro and Neuquen notes for
the new scenario

Juan Bautista Justo

justo.juanbautista@gmail.com

Federico Mariano Egea

federicoegea@speedy.com.ar

FADECS-UNCo

Resumen

El trabajo analiza la situación jurídica de las provincias de Neuquén y Río Negro luego del reconocimiento de su capacidad regulatoria en materia de responsabilidad estatal. A esos fines, examina en primer término la actual coyuntura de ausencia de normas legales locales para abordar la temática, reseñando luego las directivas constitucionales a tener en cuenta al momento de sancionar la nueva legislación.

Palabras clave: responsabilidad del Estado, provincias, Código Civil y Comercial

Abstract

This article analyses the legal situation of the provinces of Neuquén and Río Negro after the recognition of their regulatory capacity in State liability matters. For these purposes, it first examines the current situation of absence of legal rules at the local level to address that issue, and then it points out the relevant constitutional provisions to consider when sanctioning the new legislation.

Keywords: state liability, provinces, Civil Code

Introducción

El dictado concomitante de la Ley 26.944 —que regula la responsabilidad del Estado federal— y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha obligado a las provincias a emprender un fuerte replanteo en la forma en que venían abordando la responsabilidad pública en sus respectivos ámbitos territoriales.

La nueva legislación ha dejado finalmente en claro que la regulación en materia de responsabilidad del Estado es —siempre lo fue— competencia local, por lo que corresponde a cada una de las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fijar su propio marco normativo, con anclaje en sus propias fuentes jurídicas y respetando los principios establecidos en la Constitución Nacional.

Las recientes reformas nacionales abren, así, un nuevo panorama sobre el deber reparatorio de la autoridad pública a nivel local que nos enfrenta a dos estadios de análisis. En un primer momento, y hasta tanto cada provincia sancione su propia legislación, tenemos el desafío de identificar el marco jurídico que los jueces deben aplicar para la resolución de los casos. Este ínterin promete no ser corto, por lo que resulta primordial analizar el escenario actual de la labor judicial, que —como veremos— no permite seguir acudiendo a categorías utilizadas de manera consuetudinaria e incuestionada.

En una segunda instancia de reflexión, deberemos explorar cuáles son las coordenadas que cada régimen local, en especial constitucional, brinda al legislador de cara a sancionar la pertinente ley de responsabilidad estatal. Conocer la concepción del constituyente provincial para determinar los contornos del régimen de responsabilidad del Estado es ahora un requerimiento central para los operadores jurídicos, pese a que a lo largo de toda la vida institucional de nuestro país ese aspecto permaneció invisibilizado debido al monopolio del Código Civil en la construcción de la temática.

Ante esos desafíos, en este trabajo nos proponemos abordar, en primer lugar, las diferentes formas de afrontar en Río Negro y Neuquén un escenario marcado por la ausencia de normas de rango legal en materia de responsabilidad estatal, para luego exponer las directivas constitucionales a tener en cuenta al momento de sancionar la nueva legislación.

La tradición argentina en materia de responsabilidad del Estado

Hasta 2014, la construcción jurídica de la responsabilidad del Estado en todo el país venía asentándose en tres hitos.

1. Negación de un derecho administrativo de fondo en manos de las provincias

Durante años predominó en Argentina una línea jurisprudencial de acuerdo a la cual “las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local”.¹ Esas áreas competen al Congreso Nacional en virtud del Art. 75.12 de la Constitución y en consecuencia las provincias no pueden regular aspectos de orden sustancial (de fondo), aun en materias de indudable carácter iuspublicístico.

Como resultado de esta idea, se desestimaba en general la posibilidad de que las provincias regularan la responsabilidad del Estado de un modo diverso al régimen privado. La premisa era que derecho de fondo era sinónimo de Código Civil y ello conducía a rechazar la existencia de una regulación sustancial de la temática a nivel local (Justo, 2010b: 1). Consecuentemente, no ha existido hasta ahora multiplicidad regulatoria en esta arena.

2. Construcción de la responsabilidad estatal a partir del Código Civil. La trilogía Devoto-FF.CC Oeste-Vadell

Al negarse a las provincias la capacidad para regular la responsabilidad y no existir durante más de un siglo legislación específica —a nivel nacional o local— en la materia, la construcción dogmática de esta temática giró históricamente en torno del Código Civil.

En una primera etapa, que comprendió los setenta años que siguieron a la instalación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1863, la jurisprudencia argentina receptó la regla de irresponsabilidad del Estado que predominaba a nivel

¹ CSJN, Diehl de Miguens, 1936, Fallos, 176: 115; Verdini, 2004, Fallos, 327: 3187; Filcrosa, 2003, Fallos, 326: 3899; Sandoval, 1997, Fallos, 320: 1344; Las Mañanitas S.A., 2009, Fallos, 332: 1704.

mundial.² Solo se excluía de ella al incumplimiento culpable de las obligaciones contractuales asumidas como persona jurídica (Casás, 2010: 2).

En 1933, la inconsistencia de ese axioma de irresponsabilidad con la creciente intervención del Estado en la economía quedó en evidencia. Ese año se falla el caso Devoto³ y se inaugura una tradición de aplicación del Código Civil para disciplinar la responsabilidad del Estado, que llegó sin mayores sobresaltos hasta 2014.

En Devoto, la Corte consagró la responsabilidad extracontractual del Estado y la fundó en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, soslayando —sin brindar ninguna fundamentación— la barrera de los arts. 36 y 43 de la obra de Vélez. A partir de allí, el estándar fue el de una responsabilidad pública subjetiva e indirecta.

En 1938, el fallo FF.CC Oeste⁴ descartó expresamente la aplicación del art. 43 del Código Civil cuando el Estado no había actuado como sujeto del derecho privado, sino como una persona regida por el derecho público. Si bien mantuvo la referencia a los arts. 1113 y 1109 de ese cuerpo normativo, introdujo por primera vez la noción de falta de servicio —con la referencia al Art. 1112— lo que hizo que la culpa civil no fuera ya el único presupuesto posible de la responsabilidad. No obstante, la invocación del Art. 1113 del Código implicó mantener un criterio de imputación indirecto, sobre una suerte de presunción de culpa del Estado derivada de la elección o vigilancia de los agentes.

Ese esquema se mantuvo hasta 1984, año en que se dicta Vadell.⁵ Aquí la Corte cristalizó el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en la idea de falta de servicio, noción a la que residenció en el Art. 1112 del Código Civil. Con ello se terminó de perfilar el sistema imperante hasta 2014 en todo el país: responsabilidad objetiva y directa.

² CSJN, Seste y Seguich, 1864, Fallos 1: 117.

³ CSJN, 1933, Fallos, 169: 111.

⁴ CSJN, 1938, Fallos, 182: 5.

⁵ CSJN, 1984, Fallos, 306: 2030.

3. La gradual apertura hacia la regulación local. Barreto

En 2006, el monopolio del Código Civil para disciplinar temas de fondo, aun de derecho administrativo, empezó a resquebrajarse con Barreto.⁶ Si bien el caso no se refería a atribuciones legisferantes, sino a un tema de competencia jurisdiccional (concepto de causa civil a los efectos de la competencia originaria de la Corte), el Alto Tribunal postuló allí que la responsabilidad del Estado es una cuestión del derecho público y por ende constituye “materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo”, circunstancia que determina que la misma sea “de resorte exclusivo de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional”.

Agregó que no obsta a esa conclusión “la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias de derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo”.

El nuevo panorama legislativo post Código Civil y Comercial y Ley 26.944. Laguna del derecho

En 2014, Argentina asistió a un significativo cambio legal, aunque no jurisprudencial. Por un lado, la sanción de la Ley 26.944 implicó dotar por primera vez al Estado nacional de una regulación específica sobre responsabilidad. Ella —en líneas generales— recepta la jurisprudencia de la Corte Federal y comienza declarando que “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. El Art. 11 de la norma invita a las provincias a adherir a sus disposiciones, en aras de obtener un tratamiento uniforme del tema a nivel nacional.

A su turno, el nuevo Código Civil y Comercial también reconoció la capacidad legisferante de las provincias, estableciendo en sus Arts. 1764, 1765 y 1766 que: a) la responsabilidad del Estado y del funcionario se rigen directamente por las normas y principios del derecho público, provincial o nacional, según el caso, y que; b) solo en caso de ausencia de esas normas o principios, se aplica analógicamente el capítulo sobre responsabilidad civil de ese cuerpo legal. (Sammartino, 2015: 195).

⁶ CSJN, 2006, *Fallos*, 329: 759.

Como podemos ver, en Argentina predominó —luego de setenta años de irresponsabilidad extracontractual— una línea jurisprudencial que, por otros setenta años, obturó toda regulación provincial de la responsabilidad del Estado y recurrió al Código Civil para suplir la ausencia de una norma específica sobre la materia. Esa tradición se vio alterada con los nuevos criterios legislativos que reconocen a las provincias la posibilidad de regular por sí mismas la responsabilidad estatal.

El primer problema que tenemos hoy es que las provincias no han encarado hasta ahora el dictado de sus leyes de responsabilidad del Estado, con lo cual existe una laguna que hay que llenar.

Opciones para llenar el vacío legal hasta tanto exista ley local

1. ¿Hay vacío? El supuesto de ley incompleta y las previsiones constitucionales en la materia

La primera pregunta que surge al analizar la cuestión en el marco del derecho local está dada por el grado de regulación existente en cada provincia y la consiguiente existencia de una laguna o no. Solo a partir de esa determinación podremos discernir cuáles son los esquemas interpretativos adecuados para abordar la cuestión.

En efecto, las expresiones “laguna” o “caso no previsto”, utilizadas por la doctrina en su sentido amplio, describen aquella situación en la que no existe una norma general que contemple, en todo o en parte, un determinado supuesto de hecho. Esa carencia obliga al órgano de aplicación de la ley a “encontrar” interpretativamente la norma, para de esa forma resolver el caso y no infringir la prohibición del *non liquet*.

Ahora bien, esa noción general de “caso no previsto” admite a su vez tres subgrupos de supuestos. El primero de ellos es el de la ley incompleta, que se configura cuando, aun existiendo una norma que regula el caso, ésta carece de algunos de los elementos necesarios para su aplicación al mismo.

Una segunda variante de la noción general que analizamos está dada por el supuesto de *ley de individuación estrecha*, que se tipifica cuando la norma, si bien se encuentra completa, deja fuera de su alcance a supuestos iguales a los regulados, resultando en este caso la extensión interpretativa por analogía la técnica que asegura igual trato normativo a iguales supuestos.

Finalmente, y como concepto de caso no previsto en sentido estricto, tenemos a la hipótesis de ley faltante, que ocurre cuando no existe regulación legal de ninguna naturaleza y bajo ninguna forma de interpretación. En este supuesto, la cuestión se resuelve mediante la aplicación directa del axioma ontológico de libertad contenido en el Art. 19 de la Constitución Nacional o bien por el recurso a sistemas de extensión interpretativa, a través de un proceso de explicitación, creación e integración al sistema jurídico existente.⁷

Es de hacer notar, en este punto, que no cualquier supuesto de caso no previsto en sus tres variantes autoriza sin más la utilización de sistemas de extensión interpretativa. Antes de recurrir a ellos, debe verificarse que no resulte posible la aplicación directa del axioma ontológico de libertad, pues en ese caso la posibilidad de interferencia normativa en la conducta individual estará cancelada. El discernimiento sobre la aplicación al caso de este axioma dependerá de que una eventual extensión interpretativa produzca un resultado injusto en relación a la función tuitiva de derechos. En palabras de Linares, la posibilidad de apartarse de la aplicación del axioma ontológico de libertad como sistema directo de clausura interpretativa es la verificación de que la misma acarrea un resultado abiertamente injusto en materia de realización de valores constitucionales (Linares, 1976: 23).

Ahora bien, cuando el caso no previsto se produce en relación a la determinación de potestades públicas, supuesto que interesa al presente trabajo, la aplicación del axioma ontológico de libertad no resulta posible, puesto que los órganos estatales se rigen por el postulado de permisión expresa, en virtud del cual todo lo no permitido al órgano en términos expresos y claros le está prohibido.

A la luz de lo dicho, en el caso de la responsabilidad del Estado corresponde recurrir a la integración y/o extensión interpretativa y no cancelar la posibilidad de regulación de la conducta estatal. Dicho de otro modo, la ausencia de normas no puede traducirse en la ausencia de responsabilidad del Estado. Ello marca una diferencia central con el tratamiento de la responsabilidad de particulares, pues en ese caso rige el postulado de libertad y la ausencia de norma no podría ser suplida interpretativamente.

⁷ En este sentido, Linares sostiene que la función del órgano de ejecución —ya sea la Administración o el Poder Judicial— se asemeja de manera significativa a la del Legislador, quien al legislar crea como explícito algo ya implícito en la Constitución (Linares, 1976: 20).

Hechas estas precisiones, es dable resaltar que, tanto en el ámbito de la provincia de Río Negro como en el de la de Neuquén, existen regulaciones constitucionales en torno a la responsabilidad del Estado. Así, los Arts. 55 de la Constitución de Río Negro y 189.20 de la neuquina establecen principios sobre responsabilidad del Estado que —si bien son generales— revisten, como veremos más adelante, carácter decisivo a la hora de diseñar la legislación.

Al existir esas normas constitucionales, en ambos casos nos encontramos, entonces, ante supuestos de imprevisión por ley incompleta, lo cual excluye del debate a las figuras de ley faltante o individuación estrecha.

En función de lo dicho, cuando aludimos a una situación de vacío legal en los ordenamientos rionegrino y neuquino, hacemos referencia a la hipótesis de ley incompleta, donde existe una regulación de carácter general (de individuación demasiado amplia)⁸ en las respectivas constituciones y resulta en consecuencia necesario integrarla con la previsión por parte del legislador de todos los pormenores que son propios de un sistema de responsabilidad, esto es, factores de atribución, nexo de causalidad, reparaciones y demás elementos.

En todos los casos, y como resulta evidente, el legislador deberá observar el principio general establecido en la Constitución respectiva, cuidando de no desvirtuarlo a través de la reglamentación.

2. Técnicas para abordar el caso no previsto

Hasta aquí hemos establecido que la ausencia de regulaciones de rango legal en materia de responsabilidad estatal en Río Negro y Neuquén nos enfrenta, a partir de la sanción de la Ley 26.944 y el Código Civil y Comercial, a un caso de imprevisión por ley incompleta.

En segundo lugar, y dado que la materia involucra la responsabilidad de órganos estatales y no de individuos, hemos anticipado que la situación no admite la aplicación del axioma ontológico de libertad y, por lo tanto, esa hipótesis de laguna normativa debe ser abordada por los órganos constitucionales a través del recurso a sis-

⁸ El supuesto de ley incompleta por individuación amplia es aquel en que existe una regulación de carácter general que contempla todos los supuestos pero de manera tan amplia que no surgen los parámetros necesarios para su efectiva aplicación a casos concretos.

temas de interpretación sistemática o de extensión interpretativa que les permitan resolver los casos.

El primer desafío que aparece en esta tarea pasa no solo por determinar qué sistema de interpretación resulta aplicable (interpretación sistemática o extensión interpretativa) sino además si existe un orden de prelación entre las diferentes opciones y cuáles son los límites que ellas deben observar. Puestos a resolver los casos que se suscitan en ocasión del vacío legal (hasta que se dicte la pertinente ley) los jueces deben acometer una labor de selección, integración y creación que —como se ha dicho— se asemeja en gran medida a la tarea encomendada por la Constitución al legislador, y esta circunstancia impone no solo un ejercicio interpretativo restringido a la medida de lo estrictamente necesario, sino además realizado previa determinación de límites claros y precisos.

De otra forma, y sin la existencia de esos límites precisos y concretos, la interpretación puede tornarse en un ejercicio con un componente de excesiva discrecionalidad, que como tal resulta disvalioso en términos de distribución de funciones, concentración del poder y seguridad jurídica.

Concretamente, el hecho de que exista un supuesto de imprevisión normativa y que, aun así, los órganos estatales estén obligados a resolver, no autoriza a emprender la intelección del Derecho de cualquier manera o a gusto y paladar del ocasional intérprete. Antes bien, deben observarse con el mayor rigor los límites que a la labor jurisdiccional imponen tanto el contenido de las normas cuyo alcance debe desentrañarse, como la efectiva realización de los valores constitucionales en juego, las pautas de distribución de competencia y todos los extremos que hacen a la legitimidad de cualquier acto de determinación estatal de derechos y obligaciones.

Establecido ello, y sin perjuicio del análisis que más adelante haremos sobre supuestos concretos de interpretación que consideramos posibles, entendemos necesario realizar un breve repaso de los rasgos que caracterizan a las técnicas interpretativas disponibles.

2.1. Explicitación mediante interpretación sistemática (subsidiariedad)

En este trabajo se entiende por “explicitación” al método utilizado para hacer explícito lo que se encuentra implícito. Ello puede lograrse por el método sistemático

de la subsidiariedad o bien por la extensión interpretativa, consistente en la aplicación de la técnica de la analogía o el recurso a los principios generales del derecho (Linares, 1976: 20).

La aplicación subsidiaria pertenece al método sistemático de interpretación de la ley y consiste en relacionar una norma con aquellas otras que integran una institución jurídica. Este modelo requiere concretamente de una relación de género a especie entre la norma que se pretende aplicar supletoriamente y aquella cuyo contenido quiere explicitarse. Dentro de un mismo sistema, la fórmula general viene a cubrir el vacío de la fórmula particular.

Así, el fenómeno de la subsidiariedad se da entre una norma general/supletoria y otra especial/suplible. A diferencia de la analogía, no hay aquí elaboración o adaptación, por cuanto es simplemente la aplicación directa de una previsión del mismo régimen. Por ejemplo, la laguna de un procedimiento especial es suplida por la norma general de procedimiento administrativo.

En esa impronta, es claro que para poder recurrir a la aplicación subsidiaria es necesaria la existencia de otra norma que forme parte del mismo sistema o institución jurídica y que brinde una solución que, aplicada al caso concreto, no arroje un resultado absurdo o injusto en término de tutela de derechos.

Por otra parte, la utilización de este recurso interpretativo requiere de la aplicación de criterios de segmentación del derecho (derecho público o privado; derecho penal o no penal; derecho civil y derecho administrativo) que no siempre son ni unívocos ni legales, con lo que la definición sobre la pertenencia de una norma a un determinado sistema no deja de ser una decisión de cierta discrecionalidad, aunque menor al caso de la analogía.

Como veremos, ante un supuesto de ley incompleta por individuación amplia (tal como entendemos las situaciones de Río Negro y Neuquén en materia de responsabilidad del Estado) corresponde en primer lugar proceder a la interpretación sistemática y solo luego -en caso que esa interpretación no diera una salida normativa- integrar la parte faltante de la norma mediante una extensión interpretativa por analogía o por recurso a los principios generales del derecho (Cossio, 1964: 403; Linares, 2000: 114).

2.2. Explicitación mediante extensión interpretativa (analogía)

Así como en la subsidiariedad tenemos dos normas vinculadas en relación de especialidad, en la analogía esa vinculación no se encuentra presente. La carencia de norma se suple a partir de la elaboración interpretativa de una nueva prescripción, para lo cual el intérprete toma una disposición que disciplina una situación con similitudes sustanciales, pero que no posee relación de suplencia.

La analogía no se presenta como una opción disponible a primera mano; corresponde que el intérprete procure primero la integración de la norma en el sistema general mediante la subsidiariedad y solo en caso que ello no sea posible acuda a la analogía.

Ello se explica, en primer lugar, en que el recurso a la analogía supone un ejercicio de mucha mayor discrecionalidad que la interpretación sistemática. El razonamiento jurídico por analogía comprende el razonamiento lógico y la consiguiente determinación de la similitud de situaciones, pero además supone verificar la existencia de una razón suficiente que justifica la analogía y la torna válida en términos de interpretación jurídica. Esa razón suficiente está dada por la identidad en la raíces de esencia, existencia y verdad. La primera de ellas refiere a la pertenencia de la norma preestablecida al orden jurídico en el que se aplicará la norma a explicitar, la raíz de existencia se vincula con la efectividad y vigencia de la norma preestablecida y —por último— la raíz de verdad alude a la realización del valor justicia. Básicamente, se trata de establecer una norma general aplicable que tenga la misma razón suficiente que aquella de la cual parte el razonamiento, pero mayor extensión lógica (Linares, 1976: 57).

Como puede apreciarse, la labor del intérprete, a la par de ser más compleja en el caso de la analogía, es considerablemente más discrecional, puesto que en último término será él quien determine si se da la semejanza sustancial⁹ de los fenómenos (el regulado y el no regulado) y si está presente la razón suficiente en el caso concreto, resultando tal determinación en la creación de la norma que se utilizará para resolver una relación jurídica controvertida. Es por ello que su empleo no debe ser livianamente naturalizado.

⁹ Es fundamental para un adecuado ejercicio de la analogía que las semejanzas sean objetivamente sustanciales, dado que —de lo contrario— se abre la puerta a la posibilidad de encontrar similitudes entre fenómenos de diferente naturaleza. En palabras de Linares, “no es imposible encontrar alguna semejanza entre Miss Mundo, una cucaracha, un triángulo y la explosión de Hiroshima, lo determinante es que dichas similitudes no son objetivamente sustanciales” (Linares, 1976: 58).

2.3. Limitaciones a la interpretación jurídica

Tanto la interpretación sistemática (por aplicación subsidiaria) como la extensión interpretativa (por aplicación de la analogía jurídica o por recurso a los principios generales del derecho) reconocen límites en su operatividad que están dados, a grandes trazos, por la razonabilidad y por la competencia, en ambos casos como condición de validez.

En lo referente a la razonabilidad, partimos de la base que cualquier actuación estatal dirigida a determinar los derechos de un ciudadano debe perseguir una finalidad legítima —identificada de manera genérica con la mayor protección/realización de derechos— y recurrir a medios adecuados, necesarios y proporcionados. En lo que nos ocupa, cualquier ejercicio de interpretación que se utilice para explicitar el contenido de la responsabilidad del Estado debe satisfacer ese estándar de razonabilidad.

El segundo límite viene dado por la competencia, en la medida en que ella determina el ámbito en el cual puede buscarse la norma a aplicar. La interpretación no puede llevar a un desplazamiento de atribuciones constitucionalmente otorgadas (Linares, 1976: 68) y esto es especialmente significativo frente a aquellos intentos de suplir el vacío legal provincial mediante normas emanadas de un órgano incompetente para regular la responsabilidad en la esfera local, como sucede con la Ley 26.944 o el Código Civil y Comercial.

En efecto, al admitir que la responsabilidad del Estado es materia no delegada por las provincias a la Nación, resulta evidente que ni la subsidiariedad ni la analogía pueden utilizarse para atraer al plano local normas del derecho federal o de otras provincias. Ese ejercicio supondría desplazar la competencia que originariamente se reservaron las provincias y que las constituciones provinciales depositan en cabeza del legislador local, tanto para determinar las potestades de la Administración como para regular su marco obligacional y los presupuestos y condiciones en las que debe responder por su obrar lesivo.

3. Análisis de diferentes opciones para llenar el vacío legal

En función de las bases metodológicas expuestas, intentaremos abordar las posibilidades que se presentan bajo el escenario actual de normatividad local incompleta para la resolución de los casos de responsabilidad estatal. A esos efectos, analizaremos siete opciones posibles para llenar el vacío legal existente.

3.1. Aplicación analógica de la Ley 26.944

La primera solución para las provincias sería recurrir al nuevo cuerpo normativo sancionado para el Estado Nacional, en la medida en que es de los pocos dispositivos que disciplinan específicamente la materia analizada.

El obstáculo para ello es que, como ya hemos señalado, la analogía es una técnica interpretativa que presupone recurrir a una norma del mismo sistema normativo en el que se desenvuelve el intérprete. De otro modo, más que analogía, es derecho comparado. Para cubrir la laguna provincial no se puede echar mano a la Ley 26.944, pues ella no pertenece al régimen jurídico local. Un proceder de ese tipo equivaldría a resolver los vacíos del procedimiento administrativo provincial con el Decreto-Ley 19.549 o las del proceso civil local con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Esas normas pueden ser indicativas, pueden servir para informar la interpretación, pero no aplicarse como tales si queremos preservar el reparto federal de competencias.

Por otro lado, aun cuando se sorteara este reparo, la Ley 26.944 presenta severas insuficiencias. La más importante es que ella no contiene ninguna disposición que permita imputar al Estado un daño a través de factores de atribución genuinamente objetivos, como el riesgo o vicio de las cosas previsto en el antiguo art. 1113 del Código Civil y en los actuales arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial.

En efecto, en la Ley 26.944 se regula la responsabilidad estatal tanto por su actuación ilegítima (Art. 3º) como legítima (Arts. 4º y 5º); la primera sustentada únicamente en el factor de atribución falta de servicio y la segunda en el sacrificio especial. No se han contemplado, en cambio, otros factores de atribución, tales como el riesgo de las cosas o las actividades o el enriquecimiento sin causa, por lo que muchos casos actuales no podrían ser resueltos a través de esa norma. Eso pone en duda su utilidad al momento de cubrir vacíos legales.

Como veremos, la Ley 26.944 no contempla, en rigor, la responsabilidad objetiva del Estado. Si queremos resolver ese tipo de supuestos, deberíamos recurrir analógicamente al Código Civil y Comercial, pero ese camino tampoco está exento de problemas.

3.2. Aplicación analógica del nuevo Código Civil y Comercial

Tanto la Ley 26.944 como el nuevo código vedan la aplicación directa o subsidiaria del ordenamiento de derecho privado a la responsabilidad pública. Sin embargo, esas disposiciones no impiden recurrir a ese marco por vía de la analogía.

Como hemos explicado, bajo esta técnica, la carencia normativa se cubre utilizando una disposición que contempla una situación con similitudes sustanciales a la que se pretende abordar. No obstante, esa extensión debe hacerse respetando tanto las competencias en juego como la especificidad del sistema integrado y ello hace que sea problemático aplicar el Código Civil y Comercial, que es declaradamente privatista.

En efecto, al igual que la Ley 26.944, el nuevo código es una norma ajena al sistema de derecho público provincial y esa pertenencia es, según ya hemos visto, un presupuesto de la analogía en virtud del límite que la competencia impone al intérprete. Como sintetiza Linares,

para que un caso no previsto sea resuelto con una norma general explicitada por analogía jurídica, es necesario que esa misma norma análoga se busque en el mismo ordenamiento jurídico en el que se produce el caso no previsto, es necesario que sea la razón suficiente (*eadem ratio*) en todos los términos de comparación, y eso solo puede ocurrir si todos esos términos corresponden al orden jurídico al cual pertenezca el caso. (Linares, 1976: 60)

En segundo lugar, al ser el Código Civil y Comercial una norma de derecho privado, no está claro que los principios de derecho público recepan sus estándares. Esto se advierte con los factores objetivos de atribución. Las normas de derecho público —tanto la Ley 26.944 como otras— recurren a la falta de servicio —una categoría nada clara— pero son reticentes a admitir otros factores de atribución, tales como el riesgo. Si recurrimos a ellos por vía de analogía, el resultado puede ser asistemático, pues es dudoso que ellos se apliquen al campo que se pretende integrar.

3.3. Aplicación de los principios de derecho público

El Código Civil y Comercial remite a las normas y principios del derecho público

para regular la responsabilidad estatal. Dado que, al menos por ahora, no tenemos normas específicas, cabe preguntarse: ¿cuáles son los principios del derecho público que podrían aplicarse para resolver los casos de responsabilidad?

No existe aquí mayor claridad y por eso debemos ser cautos. Argentina no cuenta, a nuestro juicio, con una construcción dogmática sólida de la responsabilidad estatal que permita postular la existencia de principios que trasciendan la regulación legal y apunten por sí mismos un régimen específico de responsabilidad, y menos aún que puedan sustentar la supervivencia del modelo tradicional basado en la trilogía Devoto-FFCC Oeste-Vadell. Con la salvedad de los Arts. 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional, carecemos de categorías que no dependan de una específica regulación de derecho positivo, o bien de una cierta construcción jurisprudencial.

No hay, en definitiva, coordenadas independientes de los textos legales y esos textos han desaparecido en las provincias. Habida cuenta de la laxitud de sus previsiones, nuestro sistema constitucional federal admite desde el modelo norteamericano de irresponsabilidad modulada legislativamente hasta el sistema genuinamente objetivo vigente en España, con lo cual no parece posible fundar un régimen puntual en esas pautas, sin caer —al menos— en un decidido ejercicio de voluntarismo.

Los únicos dispositivos teóricos susceptibles de ser calificados como principios generales del derecho son los estándares constitucionales de *igualdad ante las cargas públicas* (Art. 16) inviolabilidad de la propiedad en sentido amplio (Art. 17) y *alterum non laedere* (Art. 19). El problema es que de estos estándares de ningún modo se deduce que toda la construcción jurisprudencial de la Corte en base al Código Civil — luego receptada a la Ley 26.944— sea inconstitucional y, menos aún, que ostente rango constitucional.

Por caso, veamos la situación de la mítica falta de servicio, tratada hasta el cansancio como muestra de responsabilidad objetiva y directa. Esa construcción es muy endeble desde el punto de vista jurídico. Difícilmente pueda calificársela como principio del derecho público.

Para la doctrina mayoritaria, seguida por la Corte y ahora por la Ley 26.944, la responsabilidad por falta de servicio es objetiva. Con ello quiere significarse que “no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquella se configure, ya que la culpa o dolo del empleado o funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal” (Perrino, 2011).

Esa conceptualización no resulta, a nuestro juicio, correcta. El rasgo central de la responsabilidad objetiva es la ausencia de un juicio de reproche contra el responsable. Ella responde a una decisión de distribución de riesgos en la sociedad que es totalmente ajena a la idea de culpa o de justicia correctiva.¹⁰

Pues bien, un análisis dogmático, práctico e histórico de la noción nos permite ver que la falta de servicio es netamente subjetiva, haciendo que toda la construcción tambalee. Desde la perspectiva dogmática, es evidente que la falta de servicio presupone la irregularidad de la actuación estatal. Sin esa irregularidad no hay falta. Que no sea necesario identificar a la persona humana que falla no cambia ese dato. La Corte ha dicho en repetidas oportunidades que la falta de servicio se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública. Hay, como vemos, un juicio de reproche. Sin ese comportamiento incorrecto del sujeto responsable no se configura esta hipótesis de responsabilidad. De manera que para responsabilizar al Estado sí es necesario indagar en su subjetividad como organización, para discernir si existió un funcionamiento defectuoso. Sí importa el juicio de reproche respecto del responsable. La posibilidad de dispensar la identificación del agente no altera ese extremo, sino que nos remite a un problema de imputabilidad.¹¹

En segundo lugar, desde la perspectiva práctica, la litigación basada en la falta de servicio obliga al actor a acreditar detalladamente la falencia en el obrar administrativo. Una invariable jurisprudencia de nuestra Corte Federal tiene dicho que "Frente a la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio atribuida a los órganos estatales, debe cumplirse con la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en lo atinente a su falta de legitimidad".¹²

¹⁰ Así lo aclara el propio Art. 1722 del Código Civil y Comercial.

¹¹ Como señalan los hermanos Mazeaud y Tunc, *la falta del servicio es la culpa del servicio*. No es, por lo tanto, una responsabilidad objetiva.

¹² CSJN, Hisisa Argentina, 2008, Fallos, 331: 1730, López Casanegra, 2006, Fallos, 329: 3168; Cohen, 2006, Fallos, 329: 2088; Rodríguez, 2000, Fallos, 323: 3973; Román, 1994, Fallos, 317: 1233.

Por último, la extrapolación argentina también es objetable en términos históricos. En la doctrina y jurisprudencia francesas se distingue la responsabilidad por falta (*faute de service*) de la responsabilidad por riesgo objetivo. Los propios creadores de la noción diferenciaban la falta de servicio de la responsabilidad objetiva. Precisamente, el modelo francés asume el carácter dual de la responsabilidad del Estado: por un lado, se aleja de la teoría del riesgo (objetiva) al exigir una falta del responsable, pero también se aparta del Código Civil clásico al permitir que esa falta pueda ser anónima (ese anonimato es lo que la distingue de la clásica culpa subjetiva civilista). Esa esencia dual es el eje de la idea de falta de servicio y, por lo tanto, predicar su carácter objetivo no nos provee una descripción correcta del sistema. Objetivo es el factor riesgo, pero no la falta de servicio.¹³

Lo que demuestra el caso de la falta de servicio es que las categorías que vienen funcionando como “vacas sagradas” de nuestro derecho público no son tan sólidas como para poder confiarles —sin andamiaje legal alguno— un tema tan sensible para los derechos individuales como lo es la responsabilidad estatal. Cuando intentamos avanzar en la definición de los contornos específicos de cada presupuesto de la responsabilidad, nos damos cuenta que los principios existentes no alcanzan para resolver el desafío.

En suma, desde la perspectiva constitucional, los únicos principios de derecho público debidamente consolidados son, por una parte, el *alterum non laedere*, que plasma un criterio de justicia correctiva —no dañar a otro—¹⁴ y por ende recepta un criterio de responsabilidad subjetiva para la actividad ilícita y, por el otro, la igualdad ante las cargas públicas, que permite fundar el deber reparatorio para actividad lícita cuando se configura un sacrificio especial. Sin embargo, esos estándares no militan necesariamente en favor de ningún modelo en particular y —como reza el dicho— “Dios y el diablo están en los detalles”. Aun cuando sea posible inferir de estas pautas ciertas orientaciones generales, no creemos que ellas sean suficientes para mantener autónomamente la construcción tradicional.

¹³ Más aún, la propia definición de la *faute de service* es netamente subjetiva. El origen de esta expresión parece estar en las conclusiones del Comisario del Gobierno Teissier en el asunto *Le Berre* (29 de mayo de 1903), y se propagó rápidamente. La falta es obviamente del funcionario o agente, pero se trata de una *falta anónima*, “es decir, su autor no ha sido identificado o es desconocido, por lo que la falta se atribuye al servicio” (Garrido Falla, 1989: 22).

¹⁴ CSJN, *Rodríguez Pereyra*, 2012, *Fallos*, 335: 2333.

3.4. Aplicación analógica de otras leyes provinciales

¿Cabría recurrir a normas sobre responsabilidad de otras provincias? Por lo pronto, las existentes —leyes 3396 de Santa Cruz y 560 de Chubut— adhieren a la Ley 26.944, con lo cual nos dejan en el mismo lugar que si recurrimos a esa norma. En caso que apareciera otro tipo de regulaciones, tendremos el problema de su no pertenencia a nuestros propios sistemas locales, salvo que recurramos a la teoría del mejor derecho, que veremos a continuación.

3.5. Teoría del derecho al mejor derecho. Aplicación de normas de otros países del sistema interamericano de derechos humanos

La teoría del derecho al mejor derecho, postulada por Jorge Salomoni, hace derivar del principio de igualdad —entendido en su faz supranacional— la posibilidad de los ciudadanos de un Estado Federal —o de una asociación de Estados— de invocar a su favor aquellas normas internas de otros Estados asociados que representen un mayor grado de tutela de los derechos protegidos convencional o constitucionalmente (Salomoni, 1999: 446; 2003: 26).

Esto implica que el ciudadano de una provincia puede invocar la normativa de otra que resulte más protectora de sus derechos, en sustitución del régimen sancionado en su jurisdicción territorial. De ese modo, la doctrina del mejor derecho activa un reenvío directo hacia la norma más protectora, desplazando la pauta de aplicación normativa derivada de la competencia territorial en materia legisferante (Justo, 2010b).

Esta idea tuvo una parcial recepción en el fallo Verbitsky¹⁵ de la Corte Federal, donde se plantean dos referencias al momento de analizar las disparidades regulatorias en materia de privación cautelar de la libertad para procesados que presentaban la provincia de Buenos Aires y la Nación: a) Por una parte —nos dice la Corte— “no puede llevarse a cabo la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país”; b) Sin embargo, “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”.

¹⁵ CSJN, 2005, Fallos, 328: 1146, cons. 57.

Trasladado a nuestra disciplina, esto implica que el argumento de la diversidad regulatoria propia del carácter local del derecho administrativo no puede implicar un trato desigual en el goce de derechos sustanciales; y la forma de neutralizar esa desigualdad es la aplicación del mejor derecho, que da lugar a un componente —horizontal y autónomo— de control de constitucionalidad.

Es importante remarcar que esta doctrina presenta inicialmente dos niveles posibles de intensidad. En su máxima expresión, la noción permite exigir lisa y llanamente la aplicación del derecho positivo previsto en otro Estado en sustitución del local. En un sentido intermedio, permite formular esa invocación como un argumento decisivo para el control de razonabilidad de ese derecho positivo.

Si pensamos en un punto de conexión a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la interpretación de máxima permitiría, por ejemplo, recurrir a la aplicación de la normativa colombiana. La Constitución de 1991 de ese país sigue el modelo español de lesión resarcible, en el que todo daño que no deba ser soportado por el particular es indemnizable, sin importar si la actividad estatal es lícita o no. Confiere con ello un mejor derecho a la víctima.

3.6. Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Federal

La sexta opción podría consistir en seguir aplicando los fallos de la Corte Suprema nacional, aduciendo que ellos expresan principios del derecho público.

Esta estrategia tiene algo de realidad. La creación pretoriana del sistema de responsabilidad por parte de la Corte se guio, en el mejor de los casos, solo referencialmente por el Código Civil, por lo que el hecho de que esas normas ya no estén no debería conducir al derrumbe de esas construcciones. Lo cierto es que, como vimos, no está claro que podamos sostener que la trilogía Devoto-FFCC Oeste-Vadell, con sus derivados, exprese realmente —y con independencia de todo cambio normativo— principios generales del derecho administrativo.

Únicamente cuando esa jurisprudencia referencie a garantías constitucionales —Arts. 16, 17 y 19— podremos mantenerla, pero —insistimos— esos principios no predeterminan un modelo cierto de responsabilidad estatal y menos imponen el de la Corte (responsabilidad objetiva y directa).

De manera que el problema de una construcción jurisprudencial del sistema es de doble orden.

Primero, la división de poderes. En tanto no existe un mandato constitucional claro, la configuración de los presupuestos y alcances de la responsabilidad estatal corresponde al legislador y no a los jueces. La jurisprudencia de la Corte puede haber tenido asidero en el Código de Vélez, pero desaparecido éste las coordenadas constitucionales son vagas. Así como los jueces podrían mantener la jurisprudencia clásica, nada impide que vayan desde la inmunidad norteamericana hasta la lesión resarcible española y esa laxitud tensiona con el reparto republicano de funciones. Por ejemplo, es cuanto menos deseable que la distribución de riesgos inherente a la responsabilidad objetiva sea decidida por el legislador, pues ese reparto de costos y beneficios puede obedecer a razones muy variadas que están indisolublemente ligadas a valoraciones de orden político y económico. Si bien el estándar del sacrificio especial nos fija un piso mínimo de reparto de costos, la selección del método específico de asignación de riesgos —el factor de atribución— debería ser realizada por el legislador.

La elaboración jurisprudencial vía leyes análogas enfrenta problemas similares. El intento de llenar las lagunas de Ley 26.944 —o de los ordenamientos provinciales— por medio de la analogía con el Código Civil y Comercial suscita la duda de si efectivamente estamos ante situaciones que pueden ser asimiladas o si, en realidad, la falta de consagración de las categorías contenidas en ese régimen expresa la decisión de no reconocer responsabilidad. Por caso, si en el ámbito del derecho público el legislador no consagró la responsabilidad por riesgo, una aplicación analógica de las normas iusprivatistas que sí la contemplan podría constituir, más que una hipótesis de extensión interpretativa, una práctica *contra legem*.

3.7. Aplicación de la jurisprudencia de los tribunales superiores

Ante el vacío de rango legal, los tribunales superiores de Neuquén y Río Negro podrían construir el conjunto de principios generales del derecho aplicables a la responsabilidad del Estado. Si bien esta solución nos enfrenta a los mismos problemas que hemos examinado respecto del Alto Tribunal nacional, veremos a continuación que tanto el ordenamiento constitucional neuquino como el rionegrino proveen pautas concretas que podrían orientar esa construcción. No obstante, ello implicará nece-

sariamente alejarse de los criterios de la Corte Federal fijados en base al Código de Vélez.

Coordenadas constitucionales para el legislador local

Un derecho administrativo genuinamente local debe regular reflexivamente la responsabilidad del Estado. Para pensar en una legislación provincial no hay que salir corriendo a copiar la normativa nacional o transcribir las construcciones de la Corte. Antes bien, es imperioso que el legislador local medite detenidamente sobre todos los aspectos en juego.

Puestos en esa tarea, debemos entonces preguntarnos ¿Qué pautas nos brindan las constituciones de nuestras provincias para legislar sobre responsabilidad estatal?

1. El modelo neuquino de responsabilidad estatal

El art. 189.20 de la Constitución de Neuquén atribuye a la Legislatura la facultad de “Dictar leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios y empleados públicos, y la responsabilidad subsidiaria del Estado”.

De esa cláusula se deduce que el constituyente —tanto en 1957 como en 2006— optó por un modelo puntual de responsabilidad estatal, en el que el responsable directo es el agente público y el Estado sólo responde subsidiariamente.

La responsabilidad subsidiaria es aquella que suple a otra principal, de forma que si el deudor es insolvente o existe incumplimiento por parte de la persona obligada en primer lugar, existe la posibilidad de dirigirse contra el obligado secundario. En este régimen, quien reclama una reparación al Estado debe, primero, demandar e intentar cobrar al agente y, segundo, si su patrimonio resulta insuficiente, ir contra el Estado (Gordillo, 2013: 537). La víctima no puede, por lo tanto, reclamar directamente a la Provincia. En cierta medida, el Estado es irresponsable *per se*, y cumple la condena en caso de insolvencia, pero no bajo el título de responsable sino de *garante del responsable*.

Como vemos, el constituyente asignó al instituto de la responsabilidad un *doble rol tuitivo*, pues asoció el derecho de la víctima a recibir a una reparación —mediante

la garantía subsidiaria del patrimonio estatal— con el derecho genérico de la ciudadanía al control y eficiencia de los funcionarios —al responsabilizarlos personalmente por sus faltas—. Ello implica, en definitiva, una doble tutela a favor del ciudadano.

Como resultado de ese juicio de ponderación constitucional, nos hallamos ante un sistema de responsabilidad indirecta en el que no solo debe identificarse al autor del daño, sino lograr su condena como responsable principal. No rigen aquí ni la teoría del órgano, ni los estándares de Vadell. Para que la acción prospere se debe:

- a) demandar a los dos sujetos (funcionario y Estado) de modo de dejar a salvo la garantía subsidiaria del segundo;
- b) acreditar la falta (culpa o dolo) del funcionario para responsabilizarlo;
- c) perseguir el cumplimiento de la condena contra el funcionario; y
- d) solo en caso de insolvencia del funcionario ejecutar la sentencia contra la Provincia.

En definitiva, el sistema neuquino es *indirecto* y *subjetivo*, en la medida en que para fundar la responsabilidad estatal deberá haberse probado la culpa o el dolo del funcionario. Naturalmente, esto implica cambiar radicalmente las modalidades de litigación, que vienen hasta ahora cifradas por el estándar de responsabilidad directa y objetiva, con la consiguiente innecesariedad de identificar al agente, menos de demandarlo y menos de probar su culpa.

Vale aclarar que, cuando el Art. 155 de la Carta estatuye que la Provincia puede ser demandada de forma directa, esa norma refiere a la dispensa de venia legislativa. Es por ello que la disposición aclara a renglón seguido que, pese a esa demandabilidad directa, la ejecución del fallo sí requiere intervención previa de la Legislatura. Esas puntualizaciones sobre el proceso contencioso no alteran la regla sustancial que fija el Art. 189.20: *La Constitución ordena un sistema de responsabilidad indirecta y subsidiaria de base subjetiva*. El legislador no se puede apartar de estas directivas cuando dicte la ley de responsabilidad, con lo cual Neuquén está fuera de las coordenadas de la Corte y la Ley 26.944.

2. El modelo rionegrino de responsabilidad estatal

En Río Negro, la responsabilidad pública se asienta en la conjugación de tres cláusulas constitucionales. En primer lugar, el Art. 54 prescribe que “Los agentes públicos son personalmente responsables de los daños causados por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones”. A renglón seguido, el Art. 55 precisa que “La Provincia y los municipios son responsables por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones”. Por último, el Art. 57 establece que “La Provincia o sus municipios, demandados por hechos de sus agentes, deben recabar la citación a juicio de estos últimos para integrar la relación procesal, a efectos de determinar las responsabilidades establecidas en el Art. 54 de esta Constitución”.

Una primera observación es que el Art. 55 —que disciplina específicamente la responsabilidad de la persona jurídica estatal— no requiere como presupuesto de aquella la existencia de una actividad ilícita, sino que admite la posibilidad de responsabilizar a la Provincia o municipio por todo acto de sus agentes realizado con motivo o en ejercicio de sus funciones, sea éste ilícito o no. Desde esa perspectiva, la norma pareciera acercarnos al modelo español, que no exige la ilicitud del obrar estatal como presupuesto del deber de responder, sino que cubre también la resarcibilidad de los daños que se derivan no solo de conductas ilegales o culpables sino también del funcionamiento legal, correcto o normal de la actividad administrativa que desencadena un evento lesivo que el particular no tiene el deber de soportar.

De seguirse tal línea, el eje de la determinación de responsabilidad en Río Negro pasaría a ser la existencia o no de un deber de soportar la afectación y el análisis se trasladaría de la antijuridicidad de la conducta a la antijuridicidad del daño. Naturalmente, ello implicaría extender marcadamente el alcance de la responsabilidad respecto del régimen imperante.

Al igual que en Neuquén, seguir las pautas constitucionales nos aleja de la jurisprudencia de la Corte Federal. Por lo pronto, en Río Negro deberá ponerse en tela de juicio la afirmación del Alto Tribunal en el precedente *Friar*,¹⁶ según la cual “En nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. En

¹⁶ CSJN, 2006, Fallos, 329: 3966.

efecto, del tenor textual del precitado Art. 55, tal sería —de hecho— la solución que cabe predicar en términos de factores de atribución a nivel local. Donde la ley no distingue, no debemos distinguir.

A la luz de lo anterior, la composición constitucional rionegrina sería la siguiente:

a) El Estado —provincial o municipal— responde por las actuaciones lícitas o ilícitas de sus agentes si ellas son realizadas en ejercicio o con motivo de sus funciones (imputabilidad);

b) Si la actuación es ilícita —pues involucra una extralimitación o cumplimiento irregular de la competencia— ella engendra —además de la estatal— la responsabilidad personal del agente en los términos del Art. 54 y para discernir ese extremo sin lesionar el derecho de defensa es que el Art. 57 obliga a recabar su citación a juicio.¹⁷ Por el contrario, si la actuación es lícita, solo corresponderá declarar la responsabilidad estatal, sin poder responsabilizar personalmente al agente, habida cuenta que se ha limitado a cumplir con su función.

Una vez más, deberá el legislador atender a esas directivas al momento de pensar la ley local de responsabilidad.

Aproximaciones

A la luz de todo lo dicho cabe concluir:

a) Para cubrir las lagunas provinciales no puede recurrirse a la Ley 26.944, pues ella no pertenece a los respectivos sistemas jurídicos locales.

b) Tampoco es posible acudir al Código Civil y Comercial, pues ni es del sistema local ni resulta análogo a las disposiciones de derecho público.

¹⁷ Ello denota una doble pretensión tuitiva que —como en Neuquén— conjuga el derecho indemnizatorio de la víctima con el control sobre el funcionario.

c) En ausencia de normas, los principios del derecho público no están claros. Esos principios deben poder referenciarse en las normas constitucionales y ellas no militan, debido a su laxitud, por ninguno de los muy variados sistemas posibles.

d) El recurso a la jurisprudencia —de la Corte Federal o los Tribunales Superiores— genera problemas en términos de división de poderes. Esa jurisprudencia debe referenciarse en alguna norma o principio, lo cual nos remite a los problemas anteriores. Los fallos no pueden sustentarse exclusivamente en construcciones jurisprudenciales o doctrinarias, sino que deben tener andamiaje en el sistema normativo del cual forma parte el juez.

e) Para llenar el vacío legal, puede recurrirse al *alterum non laedere* para la responsabilidad por actividad ilícita —de carácter subjetivo— y a la *igualdad ante las cargas públicas* para actividad lícita. Sin embargo, la configuración precisa de los factores de atribución asociados a la distribución de riesgos debería ser definida por el legislador.

f) Al momento de pensar en una ley propia de responsabilidad, las provincias deben explorar nuevas construcciones que computen las mandas constitucionales. En el caso de Neuquén, la carta nos habla de una responsabilidad principal del agente y subsidiaria del Estado. En el caso de Río Negro parece perfilarse un modelo asimilable al español, lo cual también implica una profunda reformulación de las prácticas en la materia.

Referencias

Casás, José. (2010). La responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario. Recuperado de:

http://www.aeef.org.ar/web/pdf/iladt_relato_nacional_tema_2.pdf

Cossio, Carlos. (1964). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Garrido Falla, Fernando. (1989). La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado, *Revista de Administración Pública*, N° 119, 7-48.

Gordillo, Agustín. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo*, t.8, Buenos Aires: FDA.

- Justo, Juan. (2010a). El procedimiento administrativo en Neuquén y el valor de las experiencias locales. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 383 (septiembre), 163-170.
- Justo, Juan. (2010b). ¿Debemos desconfiar del derecho público local? Civilización y barbarie en la lectura del art. 75.12 de la Constitución Nacional, *Publicaciones de la Asociación de Derecho Administrativo de Bs As*. Recuperado en: <http://www.adaciudad.org.ar/docs/JJUSTO-CARACTER-LOCAL-DEL-DA.-VF.pdf>
- Linares, Juan F. (1976), *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires: Astrea.
- Linares Juan F. (2000). *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Astrea.
- Perrino, Pablo E. (2011). La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia, *La Ley*, 2011-E, 715.
- Salomoni, Jorge. (1999). *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Salomoni, Jorge. (2003). Estudio Preliminar a la obra de Sabino Cassese, *La crisis del Estado*, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Sammartino, Patricio. (2015). Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente. En S. Avila (ed.), *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*, Buenos Aires: Infojus, 173-229.
