

TUTELA EFECTIVA Y LA REALIDAD

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

La gentil invitación que me hiciera la Editorial a los fines de hacer un comentario al proyecto de ley que pretende regir la responsabilidad del Estado y sus agentes, y ya recibiera media sanción en el Congreso Nacional, requiere de una mirada no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el político, para interpretar la política judicial que persigue desarrollar el ejecutivo.

Por lo tanto, resulta conveniente tener en cuenta esas dos vías, reflejadas en la realidad existente en materia de responsabilidad estatal, y la otra en como se insertaría en esa realidad este proyecto de ley, desde luego si mañana fuera sancionado.

Esto lleva a una premisa que consiste en no poder pensar en reforma legislativa alguna que desatienda la letra de la Constitución Nacional y los Tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad para propender a una tutela efectiva, y más aún a la doctrina que emana de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, como garantía de la vigencia de los derechos constitucionales.

Por lo tanto, toda vez que se trata de un proyecto de ley, el desarrollo del presente, persigue solo formular algunas reflexiones sobre el tema, y otras finales a modo de conclusiones, sobre la inconsistencia que representaría quedar entrampados dentro de una reforma legislativa que genera más dudas que certezas desde el punto de vista constitucional, pues acercan más a una legislación sobre irresponsabilidad del Estado, que al diseño de un sistema de responsabilidad estatal.

2.- LINEAMIENTOS DEL PROYECTO

El proyecto señala en su primer artículo, que la ley va a regir respecto a la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad pueda causar a bienes o derechos de las personas, dejando expresamente aclarado que no se aplicarán las disposiciones del Código Civil ni en forma directa ni subsidiaria.

No se debe pasar por alto que ha tomado estado público la reforma que se ha introducido en el proyecto de Código Civil Unificado –también en el Congreso Nacional- al cual se le han cercenado varios artículos en los cuales se había previsto precisamente esta “responsabilidad” que intenta contemplar este nuevo proyecto.

Se destacan en él los casos de eximición de responsabilidad, como los requisitos que se deben reunir para tener por acreditada la responsabilidad del Estado, tanto por actividad o inactividad sean legítimas como ilegítimas. Destacándose que en caso de la responsabilidad por actividad legítima, esta tendrá carácter excepcional y además en ningún caso procede la reparación por lucro cesante.

Además se agrega que los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no genera derecho a indemnización. Esta exención se extiende a los concesionarios o contratistas de servicios públicos a los cuales se encomiende o atribuya un cometido estatal.

Se extiende el plazo para demandar al estado que jurisprudencialmente se interpretaba de dos años, a la luz de las previsiones del art. 4037 del Código Civil, a tres años que se computarán a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita, aspecto muy importante a tener en cuenta porque antes se interpretaba desde el momento en que la víctima del daño hubiera tomado conocimiento del perjuicio sufrido.

No obstante ello, si existiera una pretensión resarcitoria contra funcionarios o agentes públicos el plazo para su reclamo se fija en dos años. Además se indican en el art. 8 las vías por las cuales se puede reclamar y la eventual acumulación de acciones que se puede generar.

Se señala además que la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas y en caso de ausencia de regulación, esta ley se aplicará en forma supletoria. No obstante ello, cuando el Estado actúe como empleador no será aplicadas las previsiones de esta ley.

Finalmente, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.

En estos términos -descriptos genéricamente- se ha presentado este proyecto de ley que ya ha merecido media sanción en el Congreso Nacional, y que probablemente por el cómputo de mayorías con que cuenta el Gobierno Nacional pueda ser sancionado como ley próximamente.

3.- ANTECEDENTES

En el mensaje de elevación de este proyecto se señala “la necesidad de consolidar uno de los principios cardinales que dan fundamento al Estado constitucional de derecho vigente en la República” (sic).

Además se indica que se pretende crear un hito en la historia jurídica al conformar un sistema que permita poner un límite adecuado a la responsabilidad del Estado, destacándose precisamente que no puede el derecho privado sostener relaciones que son resorte exclusivo del derecho público, precisamente porque mientras el primero mira a la víctima, el segundo tiene en cuenta el interés público.

De ahí que se sostenga que a través de este nuevo sistema se pretende dar mayor previsibilidad debido a la autonomía ganada por el derecho administrativo que permite el adecuado equilibrio entre el interés público y el privado.

De un modo casi desaprensivo se señala que sin perjuicio de la regulación que se propone desde el punto de vista del derecho administrativo, podrían aplicarse –por analogía– normas de derecho privado a situaciones excepcionales. Sin embargo, de inmediato se encarga de señalar que ello igualmente va a resultar innecesario, porque no va a hacer falta echar mano a la analogía toda vez que todo se va a poder regular desde este cuerpo legal, aspecto que por sí mismo hace inentendible la propuesta.

Se considera un régimen jurídico diferenciado en el cual se pueden encontrar estándares diversos a los tradicionales, que no son contemplados en la órbita del derecho privado como “falta de servicio” o “sacrificio especial” sea para la responsabilidad lícita o ilícita que se quiere contemplar.

Finalmente reconoce que debido al carácter local del derecho administrativo, sugiere la conveniencia que tanto las provincias como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, adhieran a este nuevo régimen.

4.- PRIMERA APROXIMACION: LOS PRINCIPIOS Y EL SISTEMA

Se advierte de lo expuesto, que se ha generado un sistema para contemplar la responsabilidad del Estado y sus agentes, sea su conducta lícita o ilícita.

Para eso habría que contemplar –como dice haberlo hecho el mensaje que acompaña al proyecto– la letra de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

La razón para tener en cuenta este punto de partida, la reconoce el propio proyecto en su elevación, cuando alude – como antes fue destacado con su transcripción literal- a la consolidación de un principio liminar que da fundamento a un Estado de Derecho.

Este punto de partida que resulta esencial tener en cuenta, no es otro que el principio cardinal al que aluden los fundamentos de elevación del proyecto, que da sustento a un Estado de Derecho, extremo que invita a analizar qué cosa es un principio, desde luego si es uno solo el que corresponde contemplar, y en qué consiste un Estado de Derecho, pues por más que parezcan verdades de Perogrullo, es importante porque consiste en el sustento de aquello que se quiere consolidar.

Un principio nos indica un rumbo, o al decir de Aristóteles es el punto de partida desde el cual una cosa es o se hace o bien se da a conocer, es decir que desde aquí se puede identificar un camino a seguir, con la salvedad que tenemos fijada también una meta que nos va a permitir –siguiendo el camino señalado- alcanzarla.

Por esa razón, no está de más recordar que estos principios si bien son únicos, y no admiten una contracara, tienen un doble perfil en cuanto a su ubicación, pues por un lado, cuando se encuentran positivizados nos permiten identificar ese camino a seguir, fijado de antemano por el constituyente.

Pero la otra vertiente es cuando brindan un apoyo y permiten desarrollar un razonamiento adecuado, porque ayudan a interpretar una situación que puede aparecer compleja tal vez porque aparezca inmersa en alguna laguna del derecho.

Esa variante hermenéutica, también permite fijar un rumbo o un norte determinado, cuando se elevan los hechos del caso a la luz del control de constitucionalidad y convencionalidad que corresponde observar conforme la normativa en juego, y permite utilizar adecuadamente estas líneas de razonamiento que confluyen para adaptar la

situación dada a los dictados tanto de la Constitución Nacional, como del Sistema Interamericano de derechos humanos, que coadyuva a llenar esos vacíos interpretativos.

Por ello, hemos conceptualizado a los principios como aquellos presupuestos político-jurídicos, que resultan fundantes de un ordenamiento cualquiera¹.

Sin embargo, esos presupuestos políticos, fijados por el constituyente y asimilados por nuestro país a través de la incorporación de los Tratados Internacionales de derechos humanos, a su vez deben ser bajados a la realidad para su aplicación concreta, y ello se logra a través de los sistemas, que están representados por las formas metódicas a través de las cuales aquellos principios cobran vida dentro de un ordenamiento cualquiera.

Esto permite demostrar claramente que es imprescindible la observancia de los principios fijados por el constituyente, cuya base ha sido ampliada a través de la incorporación de nuestro país al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con la positivización local del cúmulo de derechos fundamentales que consagra el bloque de constitucionalidad, para la creación de cualquier sistema que se precie de ser legítimo desde el punto de vista constitucional.

La pregunta a formular sería cuál es el análisis que correspondería sobre la normativa involucrada a la luz de las previsiones de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales para validar su constitucionalidad, es decir llevar a cabo un test de constitucionalidad y convencionalidad para saber si puede soportar su tránsito el proyecto en estudio.

¹ Véase mi trabajo *Sistemas Cautelares Atípicos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 46, en donde señalé –siguiendo a Clemente Díaz en este tema- la aproximación a la voz principio que pertenece a la teoría general del derecho, como a la voz sistema, más allá de algunas pequeña diferencia con relación a la clasificación que hace aquél autor en estos aspectos, precisamente por el desarrollo que ha tenido la teoría general de los sistemas a partir de los estudios de Ludwig Von Bertalanffy, y la adaptación que ha hecho Enrique M. Falcón de dicha teoría a la órbita del proceso.

Pero aparece aquí la duda sobre qué principio sería el que debería ser confrontado para llevar a cabo este análisis. Los principios surgen de la letra de la Constitución Nacional. Por ejemplo, podría analizarse a la luz del principio de igualdad, o el de legalidad o el de razonabilidad.

El último mencionado está consagrado en el art. 28 de la Constitución Nacional y señala expresamente que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Precisamente esta norma propende a la inalterabilidad de las normas constitucionales y ahora deben agregarse las convencionales que surgen de los Tratados Internacionales.

Por lo tanto existen diversos ángulos que permiten una perspectiva diversa sobre el proyecto en cuestión. Pero además desde el punto de vista hermenéutico, a través de la doctrina de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha delineado una responsabilidad para el Estado según la conducta observada.

Así se ha resuelto que “según las normas constitucionales que garantizan la inviolabilidad de la propiedad (arts. 14 y 17 C.N.) cuando un derecho patrimonial cede por razón de un interés público frente al Estado, o sufre daño por su actividad o la de los particulares, ese daño debe ser indemnizado tanto si la actividad que lo produce es ilícita o ilegítima cuando si no lo es”².

En línea con lo expuesto, se pueden advertir distinciones que conviene tener en cuenta, pues se puede apreciar la mayor rigurosidad en los recaudos de procedencia de una acción contra el Estado en la nueva regulación propuesta, que la que surge de la doctrina del Alto Tribunal, cuando no una inexplicable liberación.

Así ha interpretado la Corte que “la pretensión indemnizatoria sustentada en la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita tiene como presupuestos ineludibles para su procedencia: a) ejecución irregular del

² Fallos 312:1656; 312:343; 320:113, entre otros.

servicio, b) la existencia de un daño cierto y c) la relación de causalidad directa entre la conducta de la provincia y el daño cuya reparación se persigue”³.

Contrariamente el art. 3 del proyecto señala que son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero.
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal.
- c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue.
- d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Como se puede advertir existe una mayor rigurosidad que no se da solo en este aspecto sino también en la órbita de la actividad lícita desplegada por el Estado.

Además la Corte había interpretado que: “cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general-, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito”⁴.

³ Fallos 331:1690

⁴ Fallos 328:2654

En el proyecto analizado se señala en el art. 4 que son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero.
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal.
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño.
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño.
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciando del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Bien se puede advertir que el giro que se ha dado es fundamental, y además es de destacar –como fuera señalado– que el art. 5 señala que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional, más allá que dispone que en ningún caso procede –en esta línea– la reparación del lucro cesante.

No se puede hacer un análisis pormenorizado de normas como las señaladas, en un trabajo de estas características, en donde se pretende una aproximación al novedoso tema que se propone –no por la temática– sino por la índole de la regulación.

Lo importante que debe advertirse para destacar en esta aproximación es la línea que destaca el proyecto de elevación que antes referíamos. Por un lado, la precisión de qué es un principio liminar, y por otro, qué es un Estado de Derecho.

Como se ha visto hasta aquí, no surge con claridad el adecuado respeto a los principios que surgen de la Constitución Nacional, y menos aún a la luz del sistema que proyecta crear el legislador. Tampoco se puede

sostener, que por vía hermenéutica se hubieran observado, pues la doctrina desarrollada por la Corte difiere de los parámetros señalados en el proyecto en cuestión.

Por ende, resulta adecuado analizar el sintagma “Estado de Derecho”, que parece sobreentenderse y constituye otro de los presupuestos jurídicos subyacentes, que tienen un determinado cariz y alcance pero a la luz de la realidad se tiñe su color.

Siguiendo a Pereira Menaut, la formulación más clásica del Rechtsstaat como Estado de Derecho legal –sumisión del poder al derecho, de la ley para abajo- es un Estado de Derecho administrativo, caracterizado, como escribe García Pelayo, por los rasgos siguientes: primacía de la ley; después con Hesse, vendrá la del Derecho, y la de la constitución, justiciabilidad de la acción administrativa, de ahí el establecimiento de una jurisdicción contencioso-administrativa y reserva de ley.

Hacia 1920, Carré de Malberg, germanófilo y sucesor de Laband en la cátedra de Estrasburgo, importó el Rechtsstaat traduciéndolo literalmente como Etat de Droit, cláusula que pasaría a Italia y España. Así como el rule of law fue un producto inglés, el Estado de Derecho fue genuinamente alemán⁵.

No puede caber duda alguna que el sometimiento del Estado al orden jurídico por el principio de legalidad hace que lo que la doctrina más tradicional ha informado, es aquel aspecto que quiere alcanzar este proyecto.

Por ello, se puede advertir de lo reseñado, que existen marcadas dudas en punto a la fiel observancia de este proyecto con relación a los principios liminares que permitan la observancia de las pautas a las que se debe ajustar un verdadero Estado de Derecho.

⁵ Pereira Menaut, Antonio Carlos; Rule of Law o Estado de Derecho; Ed. Marcial Pons, 2003, p. 34.

Por esa razón creí oportuno señalar la importancia que tiene la tutela efectiva en esta realidad, que no es otra que la descripta, a partir de los principios que surgen de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, con los antecedentes reseñados, la doctrina observada por el más Alto Tribunal, y las consecuencias que podría generar la implementación de un sistema de responsabilidad estatal como el analizado.

5.- TUTELA EFECTIVA: CARACTERIZACION

Otra aproximación para este análisis significaría apreciar la normativa en estudio a la luz de un derecho humano esencial, como resulta la tutela efectiva, la cual no debe circunscribirse solo al ámbito judicial, toda vez que debe responder a cada uno de los poderes del Estado.

No está de más recordar los avatares que debió enfrentar nuestro país a partir de las condenas que recibió por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Furlan o Fornerón, pues no solo se destacaron la irrazonabilidad de los plazos observados en sendos procesos, o el alcance que tuvo la indemnización en el primero de ellos, sino que además en el último, la deficiente actuación jurisdiccional que obligó a la Corte Interamericana a imponer la obligación de estudiar derechos humanos al poder judicial de la Provincia de Entre Ríos.

Estando al proyecto analizado, el art. 5 in fine dispone: “los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”. Bien sabido es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en los casos mencionados, en sentido totalmente contrario a este precepto, pero resulta oportuna la referencia para desentrañar el test propuesto.

No es un dato menor recordar que la concepción de la tutela efectiva e inmediata fue asumida por nuestro país, en los términos en que hoy se plantea y se la conoce, prácticamente con la interpretación a que llevó la positivización que se hizo en los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad conforme el art. 75 inc.

22 de la Constitución Nacional de los derechos fundamentales del ser humano que confluieron para la generación de ese principio.

Ello, en razón que no está contemplada esa denominación específicamente ni en la letra de la Constitución Nacional, ni tampoco puntualmente así en los Tratados Internacionales de derechos humanos, más allá que es simple la inferencia a esa terminología de lo que esos pactos internacionales contemplan.

A modo de ejemplo, para acercarnos al sintagma “tutela judicial efectiva”, de esos Pactos Internacionales se desprende lo siguiente: en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se señala en el art. XVIII que “toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 8 que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

En su art. 10 establece que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Con una aproximación un poco más precisa, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece “reconociendo ab initio que con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a

menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales...”.

Y señala en la Parte II, en el art. 2, numeral 2 que “cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

En el numeral 3 de esa misma norma, se señala que: “cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En línea con lo expuesto, señala el art. 14 numeral 1 del mismo Pacto que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”.

Como se puede apreciar de los antecedentes señalados, solo a modo de ejemplo, se desprende un conjunto de deberes para los Estados Partes de esos convenios, que no son exclusivamente judiciales, sino que aluden a todos los organismos gubernamentales, pues aparecen claramente involucrados los organismos administrativos, los

legislativos y todos aquellos que tuvieran competencia específica de acuerdo con la organización estatal correspondiente.

Este aspecto central, es de fundamental importancia para advertir que la tutela judicial efectiva, debería ser reducida ab initio a otro sintagma mucho más breve que sería el de “tutela efectiva”, porque permitiría que esa tutela sea tanto judicial, como administrativa, como legislativa, o del orden que corresponda, pues con ella se aspiraría al resguardo de derechos fundamentales inherentes a toda persona, tal como lo establece la introducción antes señalada, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro orden jurídico por vía de la ley 23.313.

Se puede inferir sin mayor esfuerzo a la luz de las previsiones del art. 8 del proyecto de ley, que es muy difícil poder superar el test de constitucionalidad y convencionalidad que requiere el cuerpo legal de marras, toda vez que se advierte una clara restricción al acceso a la jurisdicción que además genera un dispendio administrativo y jurisdiccional de sobrada importancia para convalidar este aserto.

Obsérvese que en la norma antes indicada se señala que una de las posibilidades para reclamar es plantear la nulidad de la actuación administrativa de la que se trate, con lo cual a la luz de la Ley de Procedimientos Administrativos, es altamente probable la reclamación administrativa previa⁶.

Por lo que se enfrentaría a un eventual particular perjudicado por una actuación administrativa a agotar una vía en donde su contrario reuniría las dos calidades sobre sí mismo porque es juez y parte, lo que no resiste análisis de ningún tipo, menos aún a la luz de los Pactos Internacionales antes referidos solo a modo de ejemplo.

6.- LA TUTELA EFECTIVA Y EL DERECHO JUDICIAL

⁶ Véase arts. 30 y ss. de la ley 19.549

Para advertir cómo en nuestra realidad judicial ese concepto se ha incorporado y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abierto sus puertas y con ello las del país a la asunción de la letra de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, respetando las pautas del sistema interamericano de derechos humanos, señalaremos también a modo de ejemplo algunos precedentes del Alto Tribunal.

Ha interpretado la Corte en esta línea lo siguiente:

a) Por ejemplo cuando alude a los contenidos elementales de la garantía constitucional de defensa en juicio, en cuanto desde 1853 asegura a todo habitante de la Nación el derecho de acceder al Poder Judicial, garantía profundizada en cuanto a la tutela judicial efectiva con la reforma constitucional de 1994 (Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 8.1 y 25)⁷.

b) Cuando tiene en miras conforme a los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, extremar los recaudos para cumplir con todos los actos procesales a efectos de prevenir consecuencias que implicarían dilaciones y afectarían el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)⁸.

c) Cuando señala que existe un definido avance en la consolidación del Estado de Derecho al interpretar que no admite la existencia de bloques o conjuntos temáticos exentos de control judicial, ya sea que se les asigne la denominación de actos institucionales o se los adscriba a otra categoría sino, en todo caso, la irrevisibilidad de algunos aspectos bien delimitados, máxime cuando ello constituye un modo de asegurar, en este nuevo milenio, el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en distintos tratados internacionales de jerarquía constitucional a partir de 1994, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema (Convención Americana sobre

⁷ Fallos 326:4745

⁸ Fallos 326:4797

Derechos Humanos, art. 8° y, en especial, art. 25.2.a., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-⁹.

d) Cuando señala que tanto la Constitución Nacional como las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° inc. 3° aps. a y b, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)¹⁰.

e) Cuando le reconoce jerarquía de principio constitucional a la tutela judicial efectiva considerándolo como fundamental y básico para la protección de los derechos de los pacientes con padecimientos mentales, mientras se dirime la cuestión de competencia, el tribunal que esté conociendo en el caso -aún si resolviere inhibirse- debe seguir interviniendo en la causa a fin de no dejar a la persona en un estado de desamparo¹¹.

Como se puede advertir de los precedentes expuestos, surge con claridad que el más Alto Tribunal, ha interpretado a la luz de los Tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, el que ha concebido lisa y llanamente como un “principio”, que no es otro que el instituto analizado identificado bajo el sintagma “tutela judicial efectiva”, como carril adecuado para el resguardo del Estado de Derecho.

De los dos últimos apartados antes señalados en los antecedentes de la Corte, surge la ampliación del concepto tutela judicial efectiva, también a lo que denomina la Corte para el caso como “tutela administrativa efectiva”, y a su vez del último de esos acápites surge expresa su elevación al rango de principio constitucional.

⁹ Fallos 327:2048

¹⁰ Fallos 327:4185

¹¹ Fallo 331:1859

Esto es así, toda vez que si ese sintagma que reducimos a “tutela efectiva”, representa una valla o un límite para el resguardo de los derechos fundamentales, en la clásica concepción de Alexy es evidente que se transforma en una especie de derecho prestacional –como aquél los llama- de los ciudadanos dirigido hacia el Estado en virtud del cual los tres poderes están obligados a su fiel observancia, superando los escollos que inhiban su operatividad.

Carecería de sentido absoluto que se analice el acceso a la jurisdicción como un resguardo fundamental de un derecho humano esencial, si luego ello no permite la obtención de una sentencia que resulte realmente efectiva, sea por la dilación en el tiempo, o sea por el propio accionar omisivo de los poderes públicos, o sea porque se pretenda un liberación de responsabilidad que resulta difícil cuando no imposible de entender a la luz de los antecedentes expuestos y los Pactos Internacionales asumidos.

Sostuvo la Corte ya en precedentes anteriores a la Constitución de 1994 que “cuando el país ratifica un tratado internacional, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que los tratados contemplan. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino, y la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal suficiente”¹².

Es útil tener en cuenta para ello no pasar por alto cuál es la realidad en la cual se halla inmerso nuestro país, pues por un lado es importantísima la apertura que se ha generado a partir de la incorporación del bloque de constitucionalidad, pero más aún por la labor desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya desde mucho tiempo antes de la sanción de la Constitución del '94.

¹² Fallos 314:1324

Sirvan como ejemplos –además del citado anteriormente– casos paradigmáticos como *Ekmekdjian c/Sofovich*¹³, o *Fibraca*¹⁴, o *Cafés La Virginia*¹⁵, o *Giroldi*¹⁶, entre otros tantos que han colocado a la Argentina a la vanguardia dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, esa realidad hoy se ve empañada porque en algunos casos, razones de estricto corte político empañan el natural y lógico funcionamiento que debería tener el poder jurisdiccional. Esto es producto de una interferencia política que no se compadece con la función jurisdiccional, pero que además indirectamente la obtura y provoca que se distorsione, como es el caso del proyecto que nos ocupa, pues lejos de estructurar un sistema que permita delimitar adecuadamente la responsabilidad del Estado, parecería postular una iniciativa en sentido totalmente contrario.

7.- A MODO DE REFLEXION FINAL

Es evidente que para que una república se precie de tal, lo más importante es el sometimiento de todos y cada uno de sus integrantes a la letra de la ley. Sin embargo, el respeto por la ley no ha sido una constante que nos caracterice como país, aunque no es menos cierto que la gran mayoría de la población cotidianamente se somete a la ley, y no solo convive sino que además cumple con la letra de la ley.

La sustracción del Estado al orden jurídico parece haberse constituido en una constante que se reitera en el tiempo. Sirva como ejemplo que hace más de cien años a partir de la ley 3952 del año 1900 no se podía demandar al Estado sin venia legislativa previa, aspecto que fue superado por la ley 11.634 que las suprimió.

¹³ Fallos 315:1492

¹⁴ Fallos 316:1669

¹⁵ Fallos 317:1282

¹⁶ Fallos 318:514

Sin embargo, luego del avance que se fue gestando pretorianamente desde el leading case Pietranera¹⁷, se volvió desde la década de los '90 nuevamente hacia atrás pues la venia legislativa que se requería al comienzo para demandar al Estado, el tiempo¹⁸ hizo que se corriera al final, esto es, ahora se requiere para poder ejecutar una sentencia contra el Estado.

Con lo cual, la sustracción del Estado al orden jurídico pagando sus obligaciones con bonos de la deuda pública a 16 años de plazo, en modo alguno puede considerarse que respeta el derecho de propiedad, y un ejemplo elocuente lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar -en el caso Furlan- los pormenores de la malhadada indemnización que percibió ese joven.

Este proyecto de ley vuelve a “institucionalizar” una situación anómala al poner al Estado en el mismo sendero, exonerándolo de algunas responsabilidades y eximiéndolo en otras, cuando no morigerando los efectos de su accionar, para evitar condenas, sin advertir que las vallas de contención no deben estar al final del camino, sino al comienzo.

Esto evitaría la consumación de tantos pesares y brindaría seguridad a las personas porque de ese modo el Estado se transformaría en fiable, y de esa forma se podría viajar en tren, o contratar una obra pública, extremos que muestran la gravedad de las proyecciones que tendría una ley como la que se propone sancionar.

Por eso, cuando se alude a la tutela efectiva, resulta conveniente no circunscribirla al ámbito judicial solamente, para que se asuma a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, que la obligación que pesa sobre el

¹⁷ Fallos 265:291

¹⁸ El “tiempo” indica eufemísticamente cómo se distorsionó ese avance que se había producido desde la jurisdicción, para “políticamente” sustraer al Estado del cumplimiento de sus obligaciones, siendo que desde esa órbita se generan los desfases que provoca una realidad que aún no ha tenido una contención adecuada, en contra de las previsiones constitucionales inclusive ya que los mecanismos de control que podrían coadyuvar con ese encauzamiento también son obturados en su funcionamiento.

Estado Nacional incumbe a cada uno de los tres poderes, no siendo de exclusiva injerencia del judicial, quien a todo evento podrá imponer los mandatos que correspondan, pero sin un diálogo fructífero entre todos los poderes es evidente que esos esfuerzos van a caer en saco roto.

La Constitución Nacional cobra vida en la realidad a través de sus principios que marcan una impronta a la que se debe someter tanto el poder administrador como el legislador, y desde la jurisdicción –una de cuyas funciones apunta al equilibrio y la moderación- esos sistemas permiten el desarrollo del debido proceso legal, que ha sido consagrado como un derecho humano esencial de todas las personas, dentro del cual la independencia de los jueces es un baluarte vital para su concreción.

La violación a principios liminares, como el de legalidad o el de división de poderes -entre otros- en el que se apoya todo sistema que se precie de ser republicano, genera situaciones irregulares desde quienes deben ser los primeros obligados en la observancia del respeto a nuestra Ley Fundamental y la normativa infraconstitucional que en aquella se apoya, con el único, simple y principal fundamento, que se trata de poderes constituidos asentados en aquellas bases fijadas en la Constitución Nacional.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU que es uno de los más representativos de la Organización, en su Comentario General nro. 31, que sustituye al antiguo Comentario General nro. 3, señala lo siguiente en su art. 2: “los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, judiciales, administrativas y educativas y demás medidas que sean apropiadas para cumplir con sus obligaciones jurídicas”.

Es de destacar que el viejo Comentario General nro. 3 solo contaba con dos párrafos mientras que el actual que lo sustituye cuenta con veinte. El viejo, en el primer párrafo señalaba de manera general lo siguiente: “El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no

se limita al respeto de los Derechos Humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de estos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.

Por lo que corresponde adicionar a ello, que lo contrario importaría sustraer al Estado del cumplimiento de sus obligaciones más elementales, como el de brindar seguridad jurídica a las personas.

Al tiempo de estas líneas se producen situaciones paradójicas en el país. Por un lado la conmemoración de los 30 años del advenimiento de la nueva democracia, y por otro, una especie de estallido social nacido en Córdoba, que si bien fue contenido, se ha propalado a distintos lugares del país, y resulta paradójico porque está encabezado por los cuerpos policiales de distintas provincias.

Sucede que tanto la ley como la autoridad son dos vértices básicos de un triángulo que tiene sobre sí a la Constitución Nacional. Ellas deberían brindar el sustento necesario para el desarrollo de una vida armónica, en paz, con orden, en definitiva bajo un contexto de seguridad que permita al justiciable conocer de antemano los límites dentro de los cuales desarrollará su vida.

La ley significa el conjunto de normas que brindan previsibilidad al ciudadano por su estabilidad, y la autoridad es precisamente el poder que emana de aquellos que tienen que vigilar el estricto cumplimiento de la ley, ya que la autoridad sin ley no tiene ningún valor, y la ley sin autoridad aparece totalmente desdibujada, inerte, carece de sentido.

Hoy se precipitan hechos que marcan un notorio declive no ya en la calidad institucional del país, totalmente desvalida, sino en la calidad de vida de los ciudadanos, y lo que se debe observar en una república es precisamente la

creación de las condiciones mínimas indispensables que generen seguridad en la ciudadanía para su convivencia en paz.

La situación de nuestro país en estos tiempos es delicada, no ya por una posible inestabilidad económica, sino porque la perforación que han sufrido las instituciones, apunta más a su debilitamiento que a su consolidación y por la vía que se propone se profundizará esta situación.

En este sentido enseña Chase, que la forma escogida por cada sociedad para el manejo de los conflictos es el resultado de una serie de elecciones que son conscientes e involuntarias que han sido realizadas desde sus condiciones de conocimientos, creencias y estructura social¹⁹.

Así nos muestra que hoy en el mundo existen diversas formas de hacer justicia, por ejemplo hay lugares en el mundo que optan por el juicio por jurados, hay otros en donde se sigue una línea más tradicional en donde el proceso sigue siendo totalmente escrito, por oposición a otros en donde hay un fuerte predominio de la oralidad, con poderes suficientes al juez para implementar lo que se conoce como case management, pero esos sistemas conviven en la actualidad, debido al multiculturalismo, con otros sistemas en donde se respetan las pautas de justicia de pueblos originarios, o se mantienen influencias de la divinidad como forma de hacer justicia²⁰.

La opción que ejercimos como país al asumir el régimen representativo, republicano y federal a través del cual -entre otras cosas- perseguimos afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, nuestra posteridad y todos los hombres del mundo que quieran

¹⁹ Chase, Oscar J. ; Derecho, cultura y ritual, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 19.

²⁰ Sirva como ejemplo la tribu Azande del centro de Africa a cuyo respecto Chase refiere que utilizan el oráculo benge para hacer justicia inoculándole una dosis mínima de veneno a un pollito para ver las consecuencias que genera y eso marca la “suerte” del imputado por un determinado hecho para decidir su culpabilidad o inocencia.

habitar el suelo argentino, conviene detenerse y tenerlos en cuenta, para no perder de vista esos objetivos que seguramente serán desvirtuados con proyectos como los que nos ocupan.