

ACCIDENTES EVITABLES. NO ES LO MISMO ACTUAR QUE OMITIR. COMENTARIO AL CASO “REA” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Por Dra. María Laura Barbado* y Dra. Noelia Gutiérrez Herrera**

SUMARIO

I. Introducción	02
II. Descripción de los antecedentes del Fallo “Rea Segunda Manuela”	03
II.I. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	04
III. Responsabilidad del Estado	05
III.I. Responsabilidad del Estado: Concepto y naturaleza. Origen y su recepción legislativa en nuestro país	05
III.II. Responsabilidad del Estado: Referencia a los casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. Requisitos para la procedencia Responsabilidad por actividad ilícita	08
III.III. Responsabilidad del Estado por falta de Servicio en el caso “Rea”	10
IV. La tacha de arbitrariedad por defectos en la fundamentación de la sentencia	12
IV.I. La fundamentación de la sentencia como garantía constitucional	12
IV.II. La tacha de arbitrariedad por defectos en la fundamentación de la sentencia: La tacha de arbitrariedad en el caso “Rea”	14
V. Nulidad de la sentencia por votos contradictorios	16
VI. Palabras finales sobre el fallo de la Corte, el lenguaje claro y el derecho a obtener una sentencia justificada	18
VII. Conclusión	20

Resumen En el presente trabajo nos proponemos comentar un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La cuestión abarca un tema tan sensible como el fallecimiento de dos menores en un canal de aguas de propiedad de un

***María Laura Barbado.** Abogada – Universidad Nacional de Tucumán. Secretaria Magíster en Derecho Judicial por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación. Egresada de la Maestría en Derecho Procesal con Orientación Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT. Diplomada en Teoría General del Derecho y Argumentación Jurídica por la Universidad Austral. marialaurabarbado@gmail.com

****Noelia Gutiérrez Herrera.** Abogada – Universidad Nacional de Tucumán; Secretaria Primera Instancia en Ministerio Público Fiscal CABA. Magíster en Derecho Administrativo (MDA) Universidad Austral. Diplomada en Contratos del Estado e Infraestructura Pública, Universidad Austral. Profesora de la materia Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Público. UBA. gutierrez.herrera.noelia@gmail.com

Estado Provincial. Es nuestro objetivo analizar, por una parte, la responsabilidad del Estado traducida en falta de servicio y, por otra, la tacha por arbitrariedad de sentencia por falta de fundamentación suficiente, efectuada por el Supremo Tribunal de la Nación.

Palabras claves Responsabilidad Estado -Falta de Servicio- Sentencia-Arbitrariedad- Fundamentación.

Abstract in the following rehearsal we propose to comment on a recent failure of the "Corte Suprema de Justicia de la Nación". This case is about the death of two children in a waterway that was property of a provincial state. Our objective is to analyze, in one part, the responsibility of the state for lack of service and, the other objective, is to analyze the sentence of the Superior Court of Justice of Santiago del Estero that was without motivation and lacking of fundamentation.

Keywords Responsibility of the State- Lack of services -Sentence-Arbitrariness- Fundamentation.

“Que ni el interés, el miedo, el rencor ni la afición, no les haga torcer del camino de la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir...”¹

I. INTRODUCCIÓN

Hay casos judiciales que nos llaman la atención, que generan emociones y pensamientos y, por sobretodo, reivindican aquellos ideales y principios que despertaron nuestras ganas de estudiar la carrera de derecho, entendido éste último como instrumento para alcanzar la justicia y el bien común.

1. DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel, *Don quijote de la Mancha*, Ed. Del IV Centenario de la Real academia española, Madrid, Alfaguara, 2006, Primera Parte (año1605), Capitulo IX, p. 88.

La elección del presente fallo, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 17 de marzo de 2020, se basó en que, por un lado, llega ante la justicia –una vez más– un caso por daños y perjuicios reclamados por la muerte de cuatro víctimas (dos de ellas menores de edad) que se ahogaron en un canal de riego de propiedad de un Estado provincial. Un hecho lamentable y desafortunado que, creemos, se podría haber evitado conforme las circunstancias del caso.

Por otro lado, el fallo brinda la posibilidad de analizar temas tales como las sentencias arbitrarias, injustas, carentes de fundamentación.

II. DESCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES DEL FALLO “REA SEGUNDA MANUELA”²

Según surge del relato efectuado en el fallo que comentamos, los señores Lucindo Aníbal Paz, Rosa Mercedes Contreras, Luis Alberto Paz, Nilda Beatriz González y Segunda Manuela Rea –por sí misma y en representación de sus hijos R. E. C. y D. A. C.– promovieron demanda en contra de la provincia de Santiago del Estero a fin de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de los señores Ramón René Contreras y Nancy Rosana Paz, y de las niñas E. A. y A. D. C., quienes perecieron, el 18 de diciembre de 2004, ahogadas en el canal de riego “Contreras - López”, en la localidad de “Los Cardozo”.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Santiago del Estero, por mayoría, revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones que había receptado parcialmente el reclamo indemnizatorio y, en consecuencia, rechazó la demanda imponiendo las costas –en todas las instancias– a la parte vencida.

Para así decidir, los magistrados provinciales consideraron que no correspondía responsabilizar a la provincia por la falta de servicio relacionada con el estado en que se encontraba el canal “Contreras - López”. En tal sentido, señalaron que el sitio donde ocurrió el accidente no resultaba de fácil acceso por encontrarse en una zona descampada y alejada de la urbanidad. Por lo tanto, entendieron que el hecho dañoso tenía vinculación inmediata con la falta de prudencia de

2. CSJN, “Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 17 de marzo del 2020, disponible en www.csjn.gov.ar

los niños y la omisión del deber de diligencia y vigilancia que pesaba en quienes ejercían su guarda.

Añadieron que resultaría irrazonable pretender que la provincia previera el uso negligente del acueducto y realizara tareas de mantenimiento y seguridad ajenas al aprovisionamiento de agua. En consecuencia, consideraron que las pérdidas obedecieron a una conducta de las víctimas que evidencia una exposición voluntaria al riesgo que puso en peligro su integridad física.

Interpuesto el recurso extraordinario ante el Superior Tribunal de Justicia provincial, este lo denegó por estimar que no cumplía con los requisitos de la Acordada N° 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en lo relativo al límite de renglones. Además, entendieron que tampoco se había planteado la cuestión federal en debida forma. Tal decisión fue cuestionada por la actora mediante una presentación directa que fue admitida por el Superior Tribunal de la Nación.

II.I La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En primer lugar, la Corte Suprema entendió que las deficiencias de índole formal observadas por la Corte provincial en el auto denegatorio no constituían un obstáculo insalvable para la admisibilidad del recurso extraordinario planteado y, por consiguiente, hizo lugar a la excepción prevista en el art. 11 del Reglamento aprobado por la Acordada N.º 4/2007.³

En segundo lugar, se resolvió que la sentencia del Superior Tribunal provincial era arbitraria pues tenía graves defectos de fundamentación que descalificaban al fallo como acto jurisdiccional válido (lo que se traduce en un menoscabo de la integridad del patrimonio de los recurrentes).

Para así decidir, los miembros de la Corte Suprema sostuvieron que los Magistrados del Superior Tribunal local que conformaron la mayoría eximieron de responsabilidad

3. CSJN, AC. 04/2007, Art. 11: “En el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimaré la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva”.

a la Provincia demandada sin efectuar una aplicación razonada del derecho vigente. Juzgaron que no se valoró adecuadamente la prueba relevante aportada por las partes en autos ni se consideró adecuadamente la participación de las víctimas y de la demandada en la producción del daño producido y reclamado en la causa.

Argumentaron que en la sentencia recurrida se omitió realizar un examen de los hechos comprobados en la causa y que se desestimó la responsabilidad del Estado provincial con razones insuficientes, al no evaluar la existencia de una falta de servicio.

Explicaron que aún si en el caso se tuviera por acreditada la culpa de las personas encargadas de la guarda de las niñas, la sentencia impugnada no satisfacía el recaudo constitucional de fundamentación suficiente.

Por todo ello, se hizo lugar a la queja, se declaró procedente el recurso extraordinario y se revocó la sentencia apelada, con costas, y con indicación de que los autos volvieran al tribunal de origen para nuevo examen y para el dictado de “un pronunciamiento que precisara en qué medida las circunstancias que determinaron el accidente pudieron haber sido evitadas si se hubiese observado el comportamiento apropiado, ya que la responsabilidad sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias (Fallos: 319:2511; 335:527)”.

III. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En primer término, abordaremos el tema de la responsabilidad del Estado, que la Corte Suprema de Justicia consideró acreditada en el caso. A tal fin, haremos una sucinta mención de su origen, marco normativo y principales antecedentes jurisprudenciales en la materia, en especial, en lo que se refiere a la falta de servicio, para luego detenernos en el análisis del fallo, que atribuye responsabilidad extracontractual del estado por actividad ilícita.

III. I. Responsabilidad del Estado: Concepto y naturaleza. Origen y su recepción legislativa en nuestro país

La responsabilidad del Estado es un precepto fundamental de un República democrática⁴ el cual no tiende sólo a proteger y consagrar los derechos de las

4. GELLI, María Angélica, *Lectura Constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado*, LL Suplemento Constitucional 2014 (agosto) 25/08/2014.

personas sino también los compromisos que un país asume frente a los otros países a la luz de los acuerdos asumidos mediante la firma de tratados internacionales.

Cuando hablamos de responsabilidad nos referimos a la libertad como valor humano y también como derecho de poder hacer o no hacer. El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado lo encontramos en nuestra Constitución Nacional,⁵ en los principios de igualdad ante las cargas públicas y reparación del sacrificio patrimonial impuesto por razones de interés público. Así como también podemos advertirla en lo establecido en el art. 19 que contempla “el deber de no dañar”. Por lo tanto, si una persona -ya sea física o jurídica- ocasiona un daño o se violan las normas existe, por un lado, el deber legal de reparar el daño y, por el otro, el derecho de la víctima a ser resarcida.

Ahora bien, tal como se ha señalado, para el Estado la responsabilidad es una consecuencia del deber de asegurar el equilibrio entre los derechos de las personas, las imposiciones de las cargas sociales y las obligaciones, en orden de promover el bienestar general.

Por lo tanto, podemos decir que el Estado también tiene el deber de reparar los perjuicios que ocasiona por sus acciones y/u omisiones. Sin embargo, esta obligación no siempre fue reconocida y aceptada por países del mundo, de hecho, ello no era posible durante la vigencia de los Estados totalitarios y absolutos. Es más, hasta finales del siglo XIX no se concebía una responsabilidad específica del Estado o de la Administración frente a los ciudadanos o súbditos, por considerar que el interés del Estado y del gobernante era superior, absoluto e, incluso, sagrado.

El Estado inicial como organización político administrativa, mitificada y dirigida por quienes se creían designados y representantes de los dioses, incapaces de errar, potentes ausentes de autocrítica, condujeron a que las autoridades así constituidas, y dirigidas por el rey, se negaran a reconocer la existencia de la responsabilidad. En el mejor de los casos, eran los agentes o servidores del imperio, reino, principado o república (según el momento histórico), quienes podían responder por los daños que causaba su conducta, pero se les aplicaban

5. Preámbulo y Arts. 14, 16, 17, 19, 28 y 75 inc. 11.

las normas de la responsabilidad civil (igual que entre particulares). El auge de las monarquías absolutistas entre los siglos XVI al XVIII reforzó así la idea de la “irresponsabilidad del gobernante”:⁶

Afortunadamente, la evolución permitió que con el correr de los años se dejara de lado un concepto de Estado absoluto y totalitario. Por consiguiente, es posible afirmar que el Estado al igual que las personas, tiene el deber de reparar los perjuicios que ocasione como consecuencias de sus acciones y/U omisiones.

En tal sentido, podemos señalar que la adopción del principio de legalidad estatal traerá como consecuencia el desarrollo paulatino de la responsabilidad estatal hasta la teoría de la responsabilidad cuya formulación se puede encontrar, tanto en el sistema continental europeo como en el sistema anglosajón a partir del fallo “Blanco” en Francia, en el año 1873, el cual fue el puntapié inicial del proceso de construcción jurisprudencial y doctrinario sobre la responsabilidad estatal.

Nuestro país no demoró muchos años más de aquella sentencia en aceptar que el Estado era responsable por los daños que ocasionara y, entrado el siglo XX, encontramos las primeras muestras de ello. Sin duda, lo que mayor controversia ha suscitado en la jurisprudencia y en la doctrina, es lo relativo a la norma aplicable para la resolución del conflicto. En este punto, compartimos la opinión de quienes sostienen,⁷ desde los inicios, que la responsabilidad del Estado es materia de Derecho Público, en especial, del Derecho Administrativo. En ese momento, ante la ausencia de una norma expresa, los tribunales, en general, y la Corte Suprema de Justicia, en particular, tomaron como base los preceptos constitucionales. Así también, se aplicaron las disposiciones del Código Civil de manera subsidiaria, analógica, incluso, para el caso del art. 1112, previendo que es una norma incompleta o de reenvío.⁸

6. Se sostiene que el caso “Arrêt Blanco” del 8 de febrero de 1873 fue un caso emblemático no solo porque consagra la responsabilidad administrativa del Estado, distinta de la civil, sino porque muchos afirman que en virtud de dicho fallo se sentaron las bases del Derecho Administrativo.

7. Mención especial merecen los trabajos de la Dra. María Graciela Reiriz.

8. En cuanto a la aplicación del Art. 1112 del Código Civil, la Prof. Reiriz sostenía que se trataba de una incompleta, más bien una norma de reenvío “porque para determinar si la conducta u omisión del funcionario público puede equipararse al hecho ilícito, habrá que analizar las leyes que rigen el servicio o función pública en que se encuentra encuadrado tal agente (por ejemplo las leyes de los Registros de Propiedad Inmueble, las leyes orgánicas de la Policía, las leyes orgánicas del Poder Judicial o el Reglamento de la Justicia, y tantas otras)”, en Reiriz, María Graciela, “Responsabilidad del Estado”, en *El derecho Administrativo Argentino, hoy*, 1996, Buenos

La jurisprudencia fue construyendo los cimientos de la teoría de la responsabilidad del Estado que tuvieron su recepción por parte de nuestros legisladores con la sanción de la Ley N.º 26.944 y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que recoge una serie de principios y criterios jurisprudenciales y doctrinarios, cuyo análisis excede el presente trabajo.

III.II. Responsabilidad del Estado: Referencia a los casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. Requisitos para la procedencia Responsabilidad por actividad ilícita

Como señalamos, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de Nación han tenido un rol protagónico en materia de responsabilidad del Estado. Ello ante la ausencia de una normativa específica en la materia, hasta el año 2014 año en que se sancionó la ley⁹ N.º 26.944. Como adelantáramos, en ella se receptaron los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios respecto de los principales lineamientos y requisitos en la materia, tales como la naturaleza objetiva, el factor de atribución para resarcir los daños en los casos de falta de servicio,¹⁰ el criterio atribución de la relación de causalidad y el concepto de responsabilidad en forma directa ya sea para los casos de legítimos o ilegítimos.

La responsabilidad del Estado es reconocida desde el caso “Tomas Devoto”,¹¹ como una imputación indirecta y subjetiva, para lo cual se recurrió a lo previsto en los artículos 1109 y 1113 del antiguo Código Civil.

Luego, cuatro años más tarde, se pasó a un criterio objetivo e indirecto en esta causa “F.C. Oeste”.¹² En ella, la Corte Suprema hizo lugar a una demanda de daños y perjuicios, con fundamento en lo que hoy se considera el nacimiento y definición del concepto “falta de servicio”, el principal factor de atribución de responsabilidad estatal. En este caso hace mención a lo dispuesto en el art. 1112 junto con el art. 1113 del Código de Vélez.

Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1997, p. 225.

9. En la Ley N.º 26.944 (art. 1) se receptan aquellos postulados que venía sosteniendo la jurisprudencia al establecer que la responsabilidad del Estado es siempre objetiva y directa.

10. Sin embargo, la norma no contempla otro tipo de factor de atribución al Estado como puede ser por el riesgo o vicio de la cosa, previsto en el antiguo art. 1113 Código Civil (hoy arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación), y que fue aplicado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

11. Fallos: 169:111

12. Fallos: 182:5

En “Vadell” se dejó de lado la doctrina del caso “Devoto”, para adoptar a un tipo de imputación de carácter objetivo e independiente, encontrando su fundamento en la aplicación subsidiaria del citado art. 1112. En definitiva, se establece un criterio respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere recurrir al art. 1113 del Código Civil.

Finalmente, pensamos que en esta línea jurisprudencial no podemos dejar de mencionar el caso “Barreto, Alberto”,¹³ no sólo por que continuó la ruta marcada por los anteriores, sino por generar una doctrina que fortaleció la responsabilidad del estado y además contribuyó a la autonomía misma del derecho administrativo argentino.¹⁴

Por lo tanto, lo importante en esta materia, habida cuenta de su fundamento constitucional, no es si la responsabilidad se funda o no en un precepto del Derecho Civil, sino que las dos cuestiones fundamentales son: a) reconocer que se trata de una responsabilidad directa y objetiva fundada en principios de derecho público (arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional) y b) aceptar que la culpa se excluye como factor de atribución sustituyéndolo por la figura de la falta de servicio del Estado originada en su funcionamiento irregular o defectuoso¹⁵ que causa el daño.

Siguiendo los parámetros brindados por la jurisprudencia¹⁶, la doctrina¹⁷ y hoy también la legislación,¹⁸ los requisitos para que se configure la responsabilidad

13. Fallos: 329:759

14. SARMIENTO GARCÍA, en su publicación “Responsabilidad del Estado. Principios y proyecto de ley” recuerda que Renato Alessi ha expresado que “el derecho administrativo, respecto a un determinado conjunto de relaciones (precisamente aquellas inherentes al desarrollo de la función administrativa) constituye él mismo un *jus commune*, es decir, un sistema jurídico autónomo, paralelo al derecho privado”, del 11/03/14 (LL 2014-B).

15. CASSAGNE, Juan Carlos “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, LL 2000-D, 1219 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2007, 489.

16. Fallos: 320:266 (1997), Considerando 2º; Fallos 321: 2144 (1998), considerando 5º; Fallos 328: 2546 (2005), Considerando 7º; Fallos 333:1623 (2010), considerando 9º; entre otros.

17. Véase CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado (Balance y perspectivas)* LL, 18/11/09; Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública*. Buenos Aires, Abaco, 2001, pp. 103 y ss; Perrino, Esteban, “La responsabilidad de la Administración por actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”. ED. 185.781

18. Art. 3 de la Ley N.º 26944: Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado,

extracontractual del Estado por su actuación ilícita, son: a) daño o perjuicio cierto; b) posibilidad de imputar el hecho u omisión al Estado, es decir la falta de servicio; c) relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.

III.III. Responsabilidad del Estado por falta de Servicio en el caso “Rea”

En el fallo en análisis, la Corte Suprema atribuye responsabilidad a la provincia de Santiago del Estero por hechos ocurridos en el canal “Contreras - López”, que terminaron con el fallecimiento de cuatro personas, por considerar configurado el factor de atribución regulado en el art. 1112 del Código Civil, vigente entonces. En tal sentido, recordó que para tener acreditada la falta de servicio exige una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad estatal, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (ver Fallos: 321:1124 y 330:563, considerando 6º, entre otros).

Puntualizó que los argumentos por los cuales el Superior Tribunal Provincial¹⁹ había desestimado la existencia de responsabilidad del Estado eran insuficientes, pues se había acreditado que en el lugar del accidente no existían carteles de advertencia, barandas que dificultaran el acceso, ni rejas que impidiesen el ingreso de objetos al ducto. Así, también surgía de las declaraciones testimoniales, que el pozo en el que se ahogaron las víctimas era una especie de “trampa mortal” que en el lugar se solían bañar niños y ya se habían ahogado otras personas.

Cabe recordar que, en otros precedentes similares al presente, la Corte señaló que el factor de atribución “falta de servicio” se encuentra vinculado con el irregular cumplimiento de la función pública asignada a un órgano o ente

19. Surge de la sentencia del tribunal inferior que no correspondía responsabilizar a la provincia por la falta de servicio relacionada con el estado en que se encontraba el canal “Contreras - López”, pues la obligación de abastecimiento de agua potable e irrigación había sido cubierta diligentemente por el Estado local al realizar el revestimiento de la obra. Añadieron que, si bien en el lugar donde ocurrió la tragedia no existían carteles indicadores de la profundidad o peligrosidad del canal, ninguna norma expresa o implícita imponía al demandado la obligación de proveer de medidas de protección en las inmediaciones de los cauces de agua existentes en la Provincia ya que no se condecían con la naturaleza de la obra ni con el objeto de su creación (voto del Dr. Argibay, al que adhirieron con ciertos matices, los jueces Juárez Carol y Herrera). STJ Santiago del Estero, fallo del 8/04/2014, cita online MJ-JU-M-85835-AR

estatal.²⁰ Más aún, enfatizó que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular”. (Fallos: 306:2030; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).

En este caso, además de lo sostenido por la Corte Suprema, entendemos que la falta de servicio se encontraba acreditada para evitar la desgracia sucedida y que el Estado provincial debió informar acerca de los peligros existentes en el lugar y no lo hizo.

En efecto, según se desprende de las constancias de la causa, no había ningún tipo de advertencia o carteles que indicaran la profundidad o el riesgo que provocaría su uso, máxime cuando la zona era cercana a un lugar urbano y sobre todo teniendo en cuenta que en las provincias del norte de nuestro país es un hecho culturalmente aceptado el de bañarse en las aguas de un canal, acequias, ríos, etc. En tal sentido, los jueces no pueden ser ajenos a los usos y costumbres del lugar donde viven.

Párrafo aparte merece, la cuestión del nexo causal que el Superior Tribunal provincial, no consideró configurado porque entendió que el peligro al que quedaron expuestos los menores había sido expresamente previsto por la persona que estaba a cargo de su guarda, en el caso su tía. Fallaron que esta última no tomó las previsiones necesarias para acceder al canal. Agregaron que fueron las propias víctimas quienes materializaron la peligrosidad al sumergirse en un cauce de agua a fin de refrescarse. Asimismo, entre otros argumentos, manifestaron que la presencia de los carteles exigidos “hubiera sido obviada por la persona adulta a cargo de la guarda de los niños que conocía la zona e ignorada por los niños ante la imposibilidad de su lectura”.

Sin embargo, la Corte Suprema tuvo por acreditada la relación causal que se exige para la procedencia de la reparación. Esto, en tanto, por un lado, sostuvo que las víctimas menores de edad - 9 y 10 años - no pudieron prever el riesgo que

20. Fallos: 331:1690, considerando 6.

implicaba acercarse a una zona del canal en el que existía un peligroso efecto de succión, y, por el otro, porque la ausencia de medidas de seguridad en el lugar del siniestro impide eximir de responsabilidad al Estado provincial con fundamento en el obrar negligente de las personas que tenían a su cargo la guarda de las menores que se ahogaron en el canal.

Probablemente, de haber existido medidas de seguridad, se hubiera evitado el lamentable hecho.

IV. LA TACHA DE ARBITRARIEDAD POR DEFECTOS EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

IV. I. La fundamentación de la sentencia como garantía constitucional

Nos proponemos en este capítulo analizar los defectos de fundamentación que la Corte Suprema tuvo en cuenta para tachar de arbitrariedad el fallo del Superior Tribunal de Provincia y ordenar el reenvío del expediente para el dictado de una nueva sentencia.

Hace varios años sostuvo el maestro Morello que una sentencia es una faena rigurosa, selectiva, un obrar agudo y sagaz, un sentido de la vida que con realismo, valores y finalidad útil busca la paz con justicia. Obliga a una afinación creciente y abarcativa, a saber, el modo de optar y preferir, a descartar la prueba inconducente, los argumentos superfluos, a exhibir sentido común y destreza en la interpretación, manejando aquellos criterios atentos a las consecuencias que habrán de seguirse de su decisión.²¹

En aquel memorable libro sobre arbitrariedad de sentencias,²² Genaro Carrió indicaba que el pronunciamiento de un juez, aunque venga rotulado de esa manera, no es la sentencia que quiere la Constitución si tal pronunciamiento es arbitrario o insostenible.

21. MORELLO, Augusto Mario en *Revista de Derecho Procesal* 2008-1: Sentencia II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p. 81.

22. CARRIÓ, Genaro R., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, p. 39.

Es que el ideal regulativo del Estado de Derecho es el sometimiento del poder a la razón y no de la razón al poder. Esto supone que las decisiones de los órganos públicos deben estar racionalmente fundadas. Por esto, “la sentencia debe ser un razonamiento práctico justificado”.²³

En el derecho argentino, la obligación de fundamentar las sentencias es constitucional, aunque no aparece explícitamente mencionada.

En los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional se hace referencia a la “sentencia fundada en ley” y “el juicio previo fundado en ley”, respectivamente.

Sin embargo, tal obligación aparece implícitamente contenida en el art. 28²⁴ de la Constitución Nacional. A pesar de su breve redacción es, en sí mismo, una suma de garantías de limitación al poder. De las declaraciones emergen la forma de gobierno; la libertad; la igualdad; las fronteras de las atribuciones impositivas; el principio de legalidad y el de privacidad. De los derechos, el reconocimiento de los que se conciben propios de la persona humana y, por ello, anteriores a la formación del Estado. De las garantías expresas, emergen las seguridades frente a la competencia represiva de los delitos, atribuida al Estado. Así, el art. 28 irradia hacia todas las disposiciones constitucionales porque el principio que contiene es sustantivo en el sistema, es el principio de limitación, básico en el estado de derecho.²⁵

De ello, se concluye que todos los poderes del Estado y sus funcionarios se encuentran compelidos a no alterar las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución. En el caso del Poder Judicial, esto se traduce en que el principio de razonabilidad exige que las decisiones se justifiquen (se fundamenten) siempre.²⁶

23. ATIENZA, Manuel, “El derecho como argumentación”, Isegoría (Revista de filosofía, moral y política), n° 21, noviembre 1999, Madrid, p. 38.

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

25. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*. Comentada y concordada, 3ª Ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 324 y ss.

26. Aun cuando hay autores que distinguen entre justificación y fundamentación utilizaremos estos términos como análogos en el presente trabajo. Aunque no sin dejar de señalar, que según Robert Alexy la fundamentación es más amplia que la justificación (Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p.27). Asimismo, Rodolfo Vigo, citando a Ferrater Mora, enseña que la fundamentación es más abarcativa mientras que la justificación se vincula específicamente con la duda y las opciones dentro del saber práctico o ético (Vigo, Rodolfo L., *Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho*

En definitiva, las razones de un fallo “justifican el poder y la autoridad jurisdiccional. Es una proyección del deber de rendir cuentas sobre los actos que se realizan en nombre del pueblo. Por eso se tiene el deber de fundamentación como una exigencia política”.²⁷

IV.II. La tacha de arbitrariedad por defectos en la fundamentación de la sentencia: La tacha de arbitrariedad en el caso “Rea”

Como analizamos en el apartado anterior, sin fundamentos no hay sentencia válida.

En el caso que se comenta, la Corte señala que los magistrados incurrieron en falta de fundamentación que tornaba inválida la sentencia por: a) inadecuada valoración de prueba relevante aportada por las partes y b) no aplicación razonada del derecho vigente (considerando 10).

Por un lado, la inadecuada valoración de la prueba se evidencia por lo siguiente:

El hecho dañoso ocurrió en el canal “Contreras - López”, ubicado a menos de 20 kilómetros de la capital provincial de Santiago del Estero y a poca distancia de un club deportivo y de viviendas. Se demostró que el sitio resultaba de fácil acceso (dado que no había ningún tipo de contención) y que, pese a ello, no existían carteles indicativos. Sin embargo, el tribunal de provincia afirmó que el lugar donde se produjo el siniestro era de difícil acceso y se encontraba alejado de toda población.

El pozo en el que se ahogaron las víctimas era una especie de “trampa mortal”. En el lugar se solían bañar niños y ya se habían ahogado otras personas.

También se afirmó que la zona debajo del puente del camino vecinal que atravesaba el canal (en la que se produce un efecto succión denominado “sifón”) podía ser protegida mediante la instalación de una reja que impidiera que objetos, personas o animales fueran succionados.

Constitucional, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 85)

27. GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *El debido proceso*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 429.

Todo lo relatado surge de probanzas de autos que la Corte Suprema tuvo en cuenta, a saber: fotografías; croquis de la policía Provincial; inspecciones oculares; actas de reconocimientos judiciales practicados por el juzgado de primera instancia; informes de peritos y pruebas testimoniales.

Debe valorarse como relevante lo transcrito en la sentencia de la Corte Suprema considerando el planteo de los recurrentes acerca de que no podía desconocerse el contexto económico-social del lugar del hecho, en donde pocas personas tienen acondicionadas sus viviendas para soportar las temperaturas estivales que superan los 50°.

En efecto, es un hecho público y notorio (que no puede ser desconocido por nadie, y cuando decimos *nadie* incluimos a autoridades y jueces de la zona) que en el Norte del país existe la arraigada costumbre de “bañarse” en canales de agua, de riego, acequias, piletones, hasta incluso en fuentes de plazas y todo otro lugar -aún público y no apto para tal fin- que permita refrescarse de las altas temperaturas en los meses de mayor calor.

Por otro lado, la falla en la aplicación razonada del derecho vigente deviene como consecuencia de la falta de valoración de la prueba. Así, puede interpretarse que en el considerando 10 el Máximo Tribunal señala que si la prueba hubiere sido adecuadamente valorada se habría llegado a la conclusión de aplicar el art. 1112 del Código Civil (entonces vigente).

De lo hasta aquí expuesto se sigue que, en la clasificación que alguna vez propuso Carrió,²⁸ el fallo recurrido ante la Corte es una sentencia arbitraria “*por fallas en los fundamentos de la decisión*”. Dentro de esta causal analizamos más arriba que en la sentencia revocada se incurre en fallas referidas “al establecimiento del fundamento normativo” por: 1) prescindir del texto legal y 2) dar como fundamentos pautas de excesiva amplitud, en sustitución de normas positivas directamente aplicables.

Pero también se incurrió en fallas que Carrió indica como vinculadas “*al establecimiento del fundamento normativo, del fundamento de hecho, o al tránsito de ellos a la conclusión*” porque: 1) hacen afirmaciones dogmáticas; 2) son autocontradictorias.

28. Véase CARRIÓ, Genaro R., *El recurso extraordinario...* cit., pp. 57, 58 y 59.

El problema de las afirmaciones dogmáticas es que solo dan un fundamento aparente al fallo. Encontramos en él varios ejemplos: la referencia a que el peligro al que quedaron expuestos los menores había sido “expresamente previsto por la persona que estaba a cargo de su guardia”; la presencia de carteles que indicaran peligro “hubiera sido obviada por la persona adulta a cargo de la guarda de los niños que conocía la zona e ignorada por los niños ante la imposibilidad de su lectura”.

La alusión a esas razones demuestra que la cuestión fue juzgada desde una óptica demasiado ligera y carente de sentido del derecho. Justificar en tales expresiones un fallo parece provenir más de la sola voluntad de los jueces que de argumentos sustentables y probados en la causa.

En la sentencia del Superior Tribunal Provincial se dan por sentados ciertos hechos, como si fueran obviedades, cuando en realidad no lo son. Así, no es evidente la falta de capacidad para cuidar de los niños de quien los tenía a cargo ni tampoco era indudable que los niños no sabían leer o que, aun sabiendo, hubieren ignorado la señal de peligro si hubiere existido cartelera que lo advirtiera.

En conclusión, todos ellos no son datos de la realidad que se presentan de manera clara y simple, sino que, por lo contrario, son cuestiones que merecen de prueba y análisis para ser tenidas como motivos de peso al momento de decidir el caso.

V. NULIDAD DE LA SENTENCIA POR VOTOS CONTRADICTORIOS

Ingresamos aquí en el análisis del defecto de fundamentación constituido por afirmaciones autocontradictorias.

La sentencia recurrida ante la Corte fue suscripta por tres jueces, es decir, que se trata de una sentencia colegiada.

En el caso de los tribunales colegiados es necesario contar con el acuerdo de todos sus miembros para el dictado de la sentencia, o bien, con una mayoría que participe de un mismo criterio.

En ese orden de ideas, para que una sentencia sea válida debe existir coherencia y unidad en lo que constituye el argumento principal del fallo. Si la sentencia está compuesta por más de un voto ellos son, en general, ampliaciones de fundamentos, o bien, disidencias. Si lo que al final se resuelve es unánime, es evidente que todos los votos deben coincidir en el argumento central y luego puede, sí, haber discrepancias o ampliaciones respecto de cuestiones menos relevantes.

Uno de los mayores problemas relativos a las sentencias colegiadas surge cuando “la discrepancia en la votación emerge de pensamientos coincidentes en la línea a seguir para solucionar el caso, pero fuertemente alejadas de coherencia en su faz de racionalidad y fundamentación”.²⁹

Según lo resume la sentencia de la Corte que aquí se comenta, el voto del preopinante arriba a la conclusión de que el canal de agua no es una cosa riesgosa mientras que los otros dos vocales suscriben el fallo -sin efectuar disidencias- pero entienden que el canal es una cosa riesgosa. Decir que el canal es riesgoso y no lo es a la vez, viola un principio básico de la lógica cual es el de “no contradicción”, es decir, nada puede ser y no ser al mismo tiempo.

La contradicción respecto del peligro o la seguridad del canal de aguas en el que se ahogaron los menores impide -a nuestro juicio- que las opiniones puedan sumarse como votos coincidentes, lo que la convierte en una sentencia nula.

Una sentencia de tal naturaleza incurre en dos vicios: es arbitraria por carecer de fundamentación lógica y es nula por carecer de los requisitos esenciales que hacen al derecho constitucional al debido proceso.³⁰

En esa línea de pensamiento es conveniente recordar que en reiteradas oportunidades el Máximo Tribunal de Justicia de nuestro país estableció que la validez de un fallo depende no solamente de que la mayoría convenga en la parte dispositiva, sino que también exhiba una sustancial coincidencia en los fundamentos (Fallos: 312:1058, 313:475; 332:826).

29. GONZAINI, Osvaldo Alfredo, *El debido ...* cit., p. 444

30. *Ibíd.*

Asimismo, sostuvo que la sentencia de los tribunales colegiados debe concebirse, de exhibir una coincidencia indubitable sobre los fundamentos considerados sustantivos para resolver la causa y que dan apoyo a la decisión adoptada, y no como una mera sumatoria de opiniones individuales y aisladas de aquéllos (Conf. doctrina Fallos: 312:1500; 326:1885; 329:4078).³¹

Entendemos que, en el caso en análisis, la Corte Suprema no se centró en esta cuestión porque –posiblemente– no lo consideró indispensable. En efecto, al tachar de arbitrariedad a la sentencia por falta de fundamentación suficiente no necesitó decir que también era nula porque los votos de los Vocales –supuestamente coincidentes– no lo eran.

VI. PALABRAS FINALES SOBRE EL FALLO DE LA CORTE, EL LENGUAJE CLARO Y EL DERECHO A OBTENER UNA SENTENCIA JUSTIFICADA

Pensamos que en el considerando N.º 12 en su parte final, utiliza una expresión que resulta ambigua lo que, nos parece, debería evitarse en una sentencia.

La Corte dijo: “la situación deberá ser objeto de examen en un nuevo pronunciamiento *que precise en qué medida las circunstancias que determinaron el accidente pudieron ser evitadas si se hubiese observado el comportamiento apropiado, ya que la responsabilidad sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias...*”

En realidad, el expediente no se devuelve al Superior Tribunal de provincia para que en el nuevo pronunciamiento “precise como el comportamiento adecuado de las víctimas hubiere evitado el accidente”, sino que se devuelve para que el Tribunal advierta sus errores en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho y se pronuncie conforme a la justicia que el caso merece.

Es decir, a pesar de que podemos entender lo indicado por la Corte Suprema, a nuestro criterio, hubiera sido mucho más claro manifestar que se reenvía para que el Tribunal provincial falle conforme a derecho

³¹. CSJN, “Zhang, Peili c. Dirección Nacional de Migraciones s/ Amparo”, Voto Dr. Rosatti, sentencia del 30/10/2018, LL online, Cita: AR/JUR/81278/2018.

valorando adecuadamente las pruebas del expediente y aplicando el art. 1112 (lo cual fue señalado en el considerando 10)

Por una parte, se comprende que la Corte no lo dice expresamente de este modo porque, de lo contrario, sería dictar el fallo y, en consecuencia, no resultaría necesario el reenvío. Pero, por otra parte, parece quedar a mitad de camino entre señalar el derecho aplicable y luego decir con una sutil ironía como debe ser el pronunciamiento del tribunal inferior.

Señalaba Nino, que “la carga emotiva de las expresiones lingüísticas perjudica su significado cognoscitivo, favoreciendo su vaguedad”.³²

Las expresiones irónicas o ambiguas no deberían formar parte de las sentencias ya que la claridad en ellas contribuye a la mejor prestación del servicio de justicia.

Más aún, la sentencia aquí analizada resulta precisa y comprensible en la mayoría de sus considerandos por lo cual era deseable que también lo hubiere sido en el considerando final que concluye con la argumentación que hasta allí se venía desarrollando.

El lenguaje claro en las sentencias es una necesidad de nuestros tiempos. Forma parte de la garantía del debido proceso y de la fundamentación de las resoluciones. Permite a los justiciables comprender los términos en que sus derechos son – o no- reconocidos. Asegura a todos los ciudadanos la posibilidad de acceder de modo directo a como “dicen” el derecho los jueces.

Por esto es imprescindible que los términos en que se pronuncian las sentencias sean absolutamente claros e inteligibles para los usuarios del servicio de justicia y para la ciudadanía, en general.

En efecto, ello forma parte de lo que se conoce como el “principio de justicia comprensible” que se desenvuelve como el derecho a que en

32. NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Ciudad de Buenos Aires, Ed. Astrea, 2014, pp. 269 y ss.

los actos de comunicación procesal, vistas, comparencias y resoluciones se utilice un lenguaje sencillo y comprensible, sin desmedro de las exigencias técnicas necesarias.³³

Esto es así, en tanto ya no basta con que el juez este legitimado para pronunciarse, sino que además ese pronunciamiento debe ser motivado y claro, lo que contribuye también al ejercicio y práctica de la democracia.³⁴

De todos modos, esta precisión acerca del lenguaje claro lo es sin desconocer que la sentencia de la Corte Suprema, declaró la arbitrariedad del fallo provincial y, por lo tanto, cumplió con la finalidad del Poder Judicial de “afianzar la justicia”, conforme el Preámbulo de la Constitución Nacional.

VII. CONCLUSIÓN

Los derechos fundamentales consagran obligaciones de hacer, a cargo del Estado, tanto Nacional como Provincial, que no pueden desentenderse de deberes básicos como brindar protección y seguridad a los ciudadanos, en ocasión de las obras y servicios que realizan.

Sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, es un deber del Estado atender a las garantías indispensables para brindar seguridad a los ciudadanos.

La responsabilidad del estado es un precepto fundamental de un República democrática, el cual no tiende solo a proteger y consagrar los derechos de las personas sino también los compromisos que un país asume frente a los otros países a la luz de los acuerdos asumidos mediante la firma de tratados internacionales.

Tal como lo señalamos, este tipo de responsabilidad directa y objetiva, se funda en principios de derecho público (arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional) y excluye a

33. Conclusiones de la VII Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia; Declaración de Cancún, Cancún, Méjico, año 2002.

34. Muchas veces en el ámbito judicial se utiliza un lenguaje anacrónico que no condice con la época que vivimos, genera inseguridad y desconfianza y, en ocasiones, conduce a la vulneración de los derechos fundamentales.

la culpa como factor de atribución, sustituyéndolo por la figura de la falta de servicio del Estado originada en su funcionamiento irregular o defectuoso que causa el daño.

Si el Poder Judicial está llamado a resolver sobre ese incumplimiento, en virtud de una causa iniciada ante sus estrados, tiene la obligación de juzgar la falta de servicio, de atender a las pruebas rendidas en autos y de aplicar correctamente el derecho.

Lo menos que el Poder Judicial les adeuda a los ciudadanos es una sentencia fundada y, especialmente, si se rechaza una demanda. En este supuesto, debe argumentar acerca de las razones de la denegatoria, por que quien accede a la justicia pidiendo y probando para el reconocimiento de un derecho –y no lo obtiene– merece, al menos, una negativa fundada, razonada, motivada.

El Poder Judicial como poder del Estado al servicio de los ciudadanos está llamado a cumplir con la garantía que la Constitución nos asegura a todos los argentinos: *que la decisión judicial sea un acto razonado y fundado en razones de hecho y de derecho, más no un mero ejercicio de poder y discrecionalidad.*

Ello deviene imprescindible, sobre todo en casos tan sensibles como el que aquí se comenta. ¿Acaso no se encuentra entre las mayores injusticias y entre los accidentes más fáciles de evitar la muerte de cuatro personas, dos de ellas niñas, por falta de barreras de protección en un canal de aguas perteneciente al mismo Estado que debe cuidar de sus ciudadanos?

Si la justicia no se conmueve ante la muerte de dos niñas por falta de servicio del mismo Estado que debe cuidarlas, ¿quién se conmueve entonces?

Esta pregunta es muy importante en un país donde pareciera haber un retroceso en el bienestar de los ciudadanos, donde la falta de seguridad, de asistencia médica, de educación, de agua potable, de adecuados centros para el tratamiento de adicciones, de cárceles dignas, simplemente generan el desgarrador efecto de producir la muerte de muchos habitantes.

En esas circunstancias, los jueces deben aplicar el derecho sin tolerar que se reconozca menos de lo que la propia Constitución Nacional garantiza a los ciudadanos.

Por eso, el fallo comentado tiene dos caras. Una de ellas, está constituida por el derecho objetivo que tienen los ciudadanos a no sufrir daños por omisiones y negligencias por parte del Estado. La otra cara del fallo, está compuesta por la obligación que tiene el Poder Judicial de fundamentar sus sentencias, de aplicar el derecho de manera correcta, de razonar y expresar sus argumentos para que la sentencia no sea un mero acto de poder y una expresión de arbitrariedad.