

## **Subejecución presupuestaria y responsabilidad del Estado.**

*Por Aníbal Filippini*

### **I.- ¿Qué es la subejecución presupuestaria?**

La ley de presupuesto es un acto de gran trascendencia política<sup>1</sup> y, a pesar de que a veces contiene disposiciones que no son sólo de naturaleza financiero-administrativa, sino también de derecho penal e, incluso, de derecho privado, la ley de presupuesto es una *ley* en el sentido institucional de vocablo, con *plenos efectos jurídicos*<sup>2</sup>, dictada en ejercicio de las facultades legislativas del Congreso de la Nación<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> CJSN, -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-, autos “Cipolla, N.E. c/Instituto Nacional de Reaseguros Sociedad del Estado en Liquidación s/Despido” C. 1908. XL. REX, del 05/09/2006, *Fallos* 329:3577; v. Martín, J.M., *Introducción a las Finanzas Públicas*, 2ª ed., edit. Depalma, pág. 278: “porque, conforme lo destacó el profesor Trotabas todas las actividades del Estado se hallan, en cierta medida, subordinadas a los recursos de que se puede disponer. Pero asignamos especial significación política al presupuesto, además, porque mediante su análisis podemos apreciar cuáles han sido las decisiones o elecciones del Estado con respecto a determinadas necesidades privadas o colectivas que en aquél aparecen elevadas al rango de necesidades públicas o, para ser más precisos, a una subcategoría de éstas, es decir, necesidades públicas secundarias” (con cita de Trotabas, L., *Précis de science et législation financières*, París, 11ª ed., 1953, p. 30).

<sup>2</sup> CSJN, causa “Zofracor S.A. c/Estado Nacional s/Amparo”, Z. 74. XXXV, 20/09/2002, *Fallos* 325:2394.

<sup>3</sup> Sobre la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de la ley de presupuesto, en la causa B.142.XXIII, “Badin, Rubén y otros c/Pcia. de Buenos Aires”, del 19.10.1995, la Corte (*Fallos* 318:2002) sostuvo: “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta. No pueden justificar transgresiones de este tipo (derecho a la vida de un interno de la cárcel de Olmos, que el Estado no garantizó) ya que privilegiar dichas carencias sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que importan comprometer a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional”. Asimismo, cuando el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, para justificar la negativa de vivienda a una mujer en situación vulnerable con un niño discapacitado, invocó tener un “presupuesto inelástico”, la Corte Suprema lo condenó (Q. 64. XLVI. – “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24/04/2012) señalando que, además de la “violación al derecho a una vivienda digna” estaba involucrado un niño discapacitado y que teniendo en cuenta “la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública” (...) no es admisible que pueda resultar

Desde el punto de vista de las finanzas públicas, el presupuesto es “el instrumento operativo básico que expresa las decisiones en materia de política económica y de planeación”<sup>4</sup> en el que los gastos son computados apropiándolos en razón de sus respectivos compromisos (no de su liquidación) con la característica de que los gastos comprometidos y no pagados dentro de un ejercicio *no son transferidos al ejercicio siguiente*<sup>5</sup>.

Tengamos en cuenta que la noción misma de presupuesto tuvo origen y progresivo desarrollo en Inglaterra, durante los siglos XVII y XVIII. En 1688 Guillermo de Orange *debió aceptar* la Carta de Derechos (*Bill of Rights*) preparada por el Parlamento. Dicho documento, entre otras disposiciones, establecía que éste –además de la atribución de autorizar los impuestos y contribuciones, que se le había otorgado algunos siglos antes– *se reservaba la facultad de discutir y controlar los gastos, o sea, el destino o empleo de los recursos*. “El motivo de esta

---

notoriamente dejado de lado” por el Gobierno de la Ciudad” (Ver Rosatti, Horacio, *Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* [2003-2013], edit. Rubinzal-Culzoni, 2013, pág. 255. En “Monteserin, Marcelino c/Estado Nacional” (*Fallos* 324:3569) un niño con discapacidad, residente en la Provincia de Santa Fe, sin obra social ni recursos económicos demandó la cobertura de los servicios básicos de rehabilitación dispuestos por la ley 24.901 y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ante la negativa del Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación el Estado Nacional, que alegó la insuficiencia de partidas presupuestarias. La Corte señaló que el Estado “no puede desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades —públicas o privadas— pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar los tratamientos que necesiten...”. Al respecto, estableció que no es posible que el Estado se sustraiga a esa responsabilidad “en razón de demoras contingentes en la puesta en funcionamiento del respectivo sistema sanitario en las provincias (...) más allá de la actividad que le corresponda ejercer, en su caso, para lograr la adecuada participación de la autoridad local en la materia” (consid. 18º). Ver también CSJN, *Fallos* 328:1183; 334:1216; 335:452; ver Filippini, A., *Tarifas y derechos humanos*, Erreius, Temas de Derecho Civil, Personal y Patrimonio, Agosto 2016.

<sup>4</sup> Fernández, L.O., *Diccionario Fiscal, Económico y Contable*, LA LEY, pág. 171.

<sup>5</sup> Fonrouge, G., *Derecho Financiero*, Bs. As., 2ª ed., tº I, pág. 217 y sigtes.

disposición fue exclusivamente político: establecer un estricto control parlamentario sobre el gobierno”<sup>6</sup>.

En un sistema de gobierno representativo y libre *no se concibe que el Poder Ejecutivo pueda gastar las rentas nacionales o invertir las a su capricho sin autorización alguna de los representantes directos del pueblo, que provee las fuentes de donde dimanan aquéllas*<sup>7</sup>.

Así como la ejecución del presupuesto, *lato sensu*, consiste en todas aquellas operaciones o actos reglamentados que tienen como objeto –en lo que aquí interesa– la realización de las erogaciones previstas en aquél, la *sub ejecución presupuestaria* es, entonces, la *inejecución total o parcial de una partida presupuestaria determinada*. No se trata de juzgar la conformación del presupuesto<sup>8</sup>, sino de ponderar la virtualidad jurídica de su inejecución, en determinadas partidas.

---

<sup>6</sup> Martín, J.M., *Introducción a las Finanzas Públicas*, 2ª ed., edit. Depalma, pág. 280, con cita de Duverger. Nuestra Constitución nacional, en el art. 75, inc. 8º, encomienda también al Congreso: “Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el párr. 3º del inc. 2º de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recurso de la administración nacional, sobre la base del programa de gobierno y del plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

<sup>7</sup> Dalla Vía, A.R., *Derecho Constitucional Económico*, 2ª edición, Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, pág. 633.

<sup>8</sup> Es conocido el rechazo de un amparo promovido por una ONG contra disposiciones que autorizaban reasignaciones presupuestarias, pero allí se juzgó que se trataba de afirmaciones dogmáticas sin la presencia de un reclamo de “suficiente concreción e inmediatez”, ni de la defensa de “un derecho de incidencia colectiva”, sino más bien de la búsqueda de una “declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial” (CSJN, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/Estado Nacional – Ley 26124 (DECI 495/06) s/Amparo Ley 16986”, A. 1319. XLIII. REX, del 03/08/2010, *Fallos*: 333:1212).

En lo que sigue, veremos si dicha subejecución compromete la responsabilidad del Estado<sup>9</sup> cuando la partida estaba destinada a la prevención del daño (en materia de salud, medio ambiente, etc.)<sup>10</sup>.

## **II.- Responsabilidad del Estado.**

Nadie duda, a esta altura del Siglo XXI, sobre la responsabilidad del Estado, con base en el derecho privado<sup>11</sup> o en el derecho público<sup>12</sup>, como responsabilidad directa<sup>13</sup> o indirecta<sup>14</sup>, con o sin disposiciones en

---

<sup>9</sup> Del Poder Ejecutivo, en este caso.

<sup>10</sup> Alberto R. Dalla Vía subraya la opinión de Germán Bidart Campos en favor de que la Constitución fije un “mínimo” presupuestario para el gasto social respectivamente (*El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 360), y agrega: “Seguramente en el pensamiento destacado constitucionalista no estaba ausente la advertencia de Juan Bautista Alberdi, cuando escribió ‘...El poder de crear, de manejar y de invertir el Tesoro Público, es el resumen de todos los poderes, la función más ardua de la soberanía nacional. En la formación del Tesoro puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada u hollada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado el país’” (Alberdi, Juan B. *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, en *Obras escogidas*, tº. IV, Luz del Día, Buenos Aires, 1954, en Dalla Vía, A.R., *Derecho Constitucional Económico*, 2ª edición, Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, pág. 634).

<sup>11</sup> CSJN, del 22.09.33, *in re* “SA Tomás Devoto y Cía c/ Gobierno nacional, Fallos 169:111: “El incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasione por culpa o negligencia, la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad al Estado bajo cuya dependencia se encontraba el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado”; ídem, “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires” Fallos 182:5; ídem, “Juan Laplacette (su sucesión) y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 195:66. Ver

Rosatti, Horacio, *La responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil. Una crítica*, en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, N° 9, ps. 73 y ss.; *Responsabilidad del estado por omisión. Reflexiones desde el Derecho Público en Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, N° 2007-2, ps. 67 y ss.

<sup>12</sup> Rosatti, H., *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado*, pág. 36; Hitters, J.M., *Responsabilidad del Estado por error judicial*, con cita de Dromi, R., Ver [www.cvd.edu.ar/camp18/courses/.../ERROR\\_JUDICIAL-JMH.doc?cidReq](http://www.cvd.edu.ar/camp18/courses/.../ERROR_JUDICIAL-JMH.doc?cidReq)

<sup>13</sup> CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Prov. Buenos Aires”, Fallos 306:2030. En lo que respecta al factor de atribución, la Corte sostiene, tal como lo dijo en “Mosca” (Fallos 330:563) y “Zacarías” (Fallos 321:1124), que “la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el

el Código Civil y Comercial, con o sin la Ley 26.944, mediante actividad legítima<sup>15</sup> o ilegítima<sup>16</sup>, con fundamento en la igualdad de las cargas públicas<sup>17</sup> –que impide sacrificios selectivos- o con base en el bien común<sup>18</sup>, o en la solidaridad social<sup>19</sup>, sencillamente porque, más allá de todo ello, la regla *neminem laedere* tiene jerarquía constitucional<sup>20</sup>.

---

contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación.” Ver Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., tº 2, pág. XIX-33.

<sup>14</sup> Art. 1113, Cód. Civil.

<sup>15</sup> Art. 4, Ley 26.944. CSJN, del 28.07.2005, "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional", LA LEY 2006-A, 828 - DJ 2005-3, 983: “Cabe recordar 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 (doctrina de Fallos: 301:403; 305:321; 306:1409, entre otros)”.

<sup>16</sup> Art. 3, Ley 26.944. la Corte decidió que los recaudos de orden genérico que deben concurrir para la procedencia de todo reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, [son], que (a) éste haya incurrido en una falta de servicio (artículo 1112 del Código Civil), (b) la actora haya sufrido un daño actual y cierto, (c) exista una relación de causalidad entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (“Parisi de Frezzini, Francisca c/Laboratorios Huillen y otros”, *Fallos*: 332:2328)” o (“Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de” *Fallos* 328:2546).

<sup>17</sup> CSJN, S 591 XXV, “Servicio Nacional de Parques Nacionales c/Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca "Las Pavas" s/Expropiación”, del 05/04/1995, *Fallos* 318: 445; A. 274. XXIII., “Autolatina Argentina S.A. c/Resolución N° 54/90 Subsecretaría de Transportes Marítimos y Fluviales s/Recurso de apelación”, del 19/12/1991, *Fallos* 314:1824, entre muchos otros

<sup>18</sup> Altamira Gigena, J.I., *Responsabilidad del Estado*, pág. 46.

<sup>19</sup> Para la responsabilidad pro actos lícitos, Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Tº II, pág. XIX-2.

<sup>20</sup> El principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental; C.S.J.N., S-115, Recurso de Hecho, "Santa Coloma, Luis F. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", del 5 de agosto de 1986; v. E.D., 120-651, consid. 7º; idem, *Fallos* 308:1139, también del 5 de agosto de 1986, “Gunther, F.R. c/Estado Nacional”, cit. por Leonardi de Herbón, H.M., *La regla neminem laedere en el Derecho Constitucional* en Alterini, A.A. - López Cabana, R.M. [Directores] *La responsabilidad. Homenaje al Prof. Dr. Isidoro H. Goldenberg*, pág. 90); CCC San Martín, Sala 2, del 09.06.2005, “Garro, J.H.

Es cierto que en la jurisprudencia –consolidada– la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación (hechos extraños a su intervención directa) bastando la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar<sup>21</sup>, incluso en materia de “salubridad o medio ambiente”<sup>22</sup>, pero ello es, ciertamente, a condición de que “ninguno de sus órganos o dependencias” haya tenido participación<sup>23</sup>.

La *sub ejecución presupuestaria de una partida destinada a la prevención del daño* importa, digámoslo antes que todo, un indiscutible punto de contacto entre los órganos del Estado –precisados a ejecutar la partida destinada a la prevención<sup>24</sup>– y el suceso perjudicial.

### **III.- La prevención del daño. Código Civil y Comercial de la Nación.**

Desde siempre se piensa que es preferible la prevención a la indemnización<sup>25</sup>. La prevención del daño, en efecto, ha estado en la agenda de la doctrina<sup>26</sup>, y de la jurisprudencia<sup>27</sup>.

---

/Fiscald e Estado de la Pcia. de Buenos Aires s/Daños y Perjuicios”, JUBA, SUM B2003218.

<sup>21</sup> CSJN, causa “Carballo de Pochat, V.S.L. c/ANSES s/Daños y perjuicios”, C. 127. XLVII. ROR, 08/10/2013, *Fallos* 336:1642; ídem, “Ferrell, P.M. c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y Perjuicios”, F. 539. XXXVII. ORI, 06/05/2008.

<sup>22</sup> CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de l contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, M. 1569. XL. ORI, 20/06/2006, *Fallos* 329:2316.

<sup>23</sup> Voto del Dr. Fayt en CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, M. 1569. XL. ORI, 20/06/2006, *Fallos* 329:2316.

<sup>24</sup> Del Poder Ejecutivo, en este caso.

<sup>25</sup> Por eso se autorizan mecanismos jurisdiccionales de anticipación del daño, de "tutela

La *reparación civil* (que cobija el deber principal “de no causar daños a otro”, y el de “reparar el daño causado al infringir aquel otro

---

preventiva”, dirigidos a impedir “la realización posible del daño” (De Cupis, A., *El daño*, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 576). Porque “desde el punto de vista de la víctima del daño no puede negarse que su prevención sea preferible a su represión” (De Cupis, A., *ob. cit.*, pág. 575): “el derecho a la prevención del daño puede encaminarse a proteger los más variados intereses” (De Cupis, A., *ob. cit.*, pág. 574). Parece indudable que si para que exista un acto ilícito basta con que promedie un daño causado “u otro acto exterior que lo pueda causar” (art. 1067, Cód. Civil), “claro es antes de que (...) la cosa sea destruida o dañada, antes de que un hombre sea muerto o lesionado, siempre que exista un acto capaz de producir tales efectos, ese acto encuadrará jurídicamente dentro de la definición genérica de los hechos jurídicos y la específica de los actos ilícitos” cabiendo entonces preguntarse: “¿Cuál es la conducta, cuál es la reacción permitida a la víctima en presencia de un daño que la amenaza? ... esa amenaza crea una situación que permite intervenir a las autoridades para prevenir el agravio: actúa la justicia preventiva para impedir que el daño se produzca...”. Porque, en definitiva, “los daños, cualquiera sea su fuente, deben ser evitados” (Aguiar, H.D., *Responsabilidad civil - Hechos y actos jurídicos*, TEA, tº II, pág. 100). Por esa misma razón, el sistema jurídico argentino provee una serie importante de mecanismos preventivos: arts. 2788, 2618, 2500, Cód. Civil, art. 252, ley 19.550, art. 79, ley 11.723 (t.o., ley 22.936), arts. 321, inc. 2º, y 232, Cód. Procesal. De tal modo, la actuación jurisdiccional preventiva del daño no es extraña a nuestro régimen jurídico. En definitiva, si la Justicia permaneciera impasible frente a la ilicitud e, inclusive, ante la “aparición de un riesgo que compromete la chance de evitar un deterioro de la situación actual” (Viney, G. “Les obligations. La responsabilité: conditions” en el *Traité de Droit Civil*, de Ghedin, LGDJ, Paris, 1982, pág. 345), “ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar si al lado se impone la obligación de resarcir” (Aguiar, H., *ob. cit.*, tº IV, pág. 172).

<sup>26</sup> conf. II Jornadas de Derecho Procesal (Mercedes, Provincia de San Luis), 1991; Vázquez Ferreyra, R., *Daños y perjuicios: función de prevención en la responsabilidad por daños*, ed. Zeuz, tº 52.

<sup>27</sup> Cám. Fed. de La Plata, Sala 3ª, del 8.08.88, *G., D. y otra c/ Gobierno Nacional*, JA, 1988-III-97: se trata de un juicio de daños a raíz del fallecimiento por asfixia de una menor en una excavación realizada por una firma concesionaria en terrenos de un Batallón. Allí la Cámara de Apelaciones, al verificar la subsistencia del peligro, aun cuando el actor no lo había solicitado, decidió que: “el Tribunal debe corregir la grave situación de peligro existente, estimo que ello ha de efectuarse con economía de medios. Por ende, no creo indispensable intimar al Estado Nacional a que construya el cerco perimetral completo en torno al predio de que se trata, obligación que emana de la respectiva ordenanza de la Municipalidad de Quilmes (...). Basta, para hacer cesar la situación de peligro, establecer que en el plazo de 30 días tendrá la demandada -Gobierno Nacional- que colocar en torno de las excavaciones inundadas una cerca que las aisle completamente, de una altura no menor de dos metros, de material o de alambre tejido sujetos a postes, bajo apercibimiento de ordenar a la Municipalidad de Quilmes que realice la obra con cargo al Estado Nacional”; v. además, Tribunal Colegiado del Juicio Oral 4, de Santa Fe, del 12.10.89.

deber principal"<sup>28</sup>) también involucra el principio de prevención según el cual, "los daños deben ser evitados, tanto deriven de actos lícitos como de infracciones contractuales"<sup>29</sup>.

De allí que en el moderno derecho de daños la política legislativa encaminada al desarrollo de sistemas para prevenir los daños revista un sitial privilegiado<sup>30</sup>.

Siguiendo esa línea de preocupación por la víctima, el nuevo Código Civil y Comercial entroniza la prevención como uno de los ejes principales del sistema:

**ARTÍCULO 1710.- Deber de prevención del daño.** *Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*

- a) *evitar causar un daño no justificado;*
- b) *adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;*
- c) *no agravar el daño, si ya se produjo.*

La prevención del daño adquiere, así, un valor innegable, incluso más allá de la mera actuación judicial preventiva (consagrada también en el art. 1711 del nuevo Código)<sup>31</sup>, y tiene un fundamento de eficiencia

---

<sup>28</sup> Santos Briz, J., *Derecho de daños*, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 251.

<sup>29</sup> Santos Briz, J., *ob. cit.*, pág. 252.

<sup>30</sup> Se trata de procurar la prevención de comportamientos antisociales -con el correlativo aliento de las conductas adecuadas-, cumpliendo de tal modo una de las funciones propias del sistema de responsabilidad civil (Tunc, André, "La responsabilité civile", Paris, 1981, núm. 53, pág. 50; le Tourneau, Philippe, "La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (Ou de la relativité de son déclin)", en *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, núm. 3, julio - setiembre de 1988, pág. 505, ap. B-1; Viney, Geneviève, "Introduction à la responsabilité", 2ª ed., Paris, 1995, núm. 40 y sigs., pág. 64 y sigs.

<sup>31</sup> Lorenzetti, R.L. *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*; "La tutela civil inhibitoria"; LA LEY, 1995-C, 1217; De Lorenzo, M.F., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

y axiológico<sup>32</sup>. Incluso, “en derecho constitucional existen instrumentos para la tutela de los derechos fundamentales que buscan la efectividad encaminados a la prevención como el amparo, el hábeas data o el hábeas corpus”, de modo tal que puede ser dicho “que la tutela preventiva **tiene un fundamento constitucional** y que, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, es una figura con tipicidad propia”<sup>33</sup>. Ello se inscribe en la perspectiva de la constitucionalización del derecho privado<sup>34</sup>.

#### **IV.- Conclusión.**

La prevención del daño, así, ocupa hoy un lugar central en el sistema jurídico argentino.

Dicha directiva, de sustancia constitucional, destinada a proteger “los más variados intereses”<sup>35</sup>- bien puede servir de

---

<sup>32</sup> Lorenzetti, R.L., *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, edit. LA LEY, pág. 351; autor cit. *Las nuevas fronteras de la responsabilidad civil*, LA LEY, 1996-B, 1107.

<sup>33</sup> Lorenzetti, R.L., Lorenzetti, R.L., *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, edit. LA LEY, pág. 353, con cita de Morello, A.M., *El proceso justo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

<sup>34</sup> En los Fundamentos del Código Civil y Comercial puede ser leído: “toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

<sup>35</sup> De Cupis, A., ob. cit., pág. 574. En “Rozniatowski, Rosa Cristina c. EN - Secretaría de Energía de la Nación” (del 03.03.2009, v. LA LEY 2009-C, 272; AR/JUR/403/2009) la Corte Suprema declaró desierto un recurso del Estado Nacional contra una sentencia de la Cámara Federal de General Roca que lo condenaba a ejecutar las obras necesarias para robustecer la presa Portezuelo Grande hasta el volumen de la nueva crecida máxima probable pronosticada, para prevenir y evitar los serios daños que su posible rotura podía causar a los habitantes de Cipolletti, aplicando la noción de deber de seguridad y señalando que cabe a los jueces a “tomar un rol activo y a desplegar particular energía para hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a la protección de derechos fundamentales”.

fundamento a la responsabilidad estatal<sup>36</sup>: cuando acaece un daño<sup>37</sup> a un ciudadano (o a un colectivo), es decir, ante un caso concreto, y la correspondiente partida presupuestaria destinada a prevenirlo ha sido subejecutada, dicha inejecución –que importa también un desaire al sistema republicano<sup>38</sup>, y al mismo tiempo una omisión ante un deber normativo de actuación expreso y determinado, en los términos del art. 3° inc. “d” de la Ley 26.944- **compromete la responsabilidad del Estado**<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Horacio Rosatti (en *Ley 26.944 de Reponsabilidad del Estado*, págs. 36 y 37) practica un listado de disposiciones constitucionales que “operan como fundamento de la responsabilidad estatal: el deber de “afianzar la justicia” en el Preámbulo; la adopción de la forma republicana de gobierno (arts. 1°, 29, 33 y cons.), que debe ser asumida igualmente por las provincias (arts. 5° y 6°); el principio de “igualdad ante la ley” y su proyección, la “igualdad ante las cargas públicas” (art. 16); el “derecho de propiedad” y su carácter inviolable (art. 17); la defensa en juicio como requisito inexorable previo a la aplicación de una pena (art. 18); la intervención de los magistrados en caso de perjuicio a terceros (art. 19 a *contrario sensu*); la concepción del Derecho positivo como un sistema jerárquico con vértice en la Constitución (arts. 28, 31 y cons.), cuyo imperio se mantiene aún en el caso de golpe institucional (art. 36); la “ética pública” como principio rector de la función pública (art. 36); la participación ciudadana en los organismos de control de los servicios públicos (art. 42); la reparación judicial sumaria ante actos u omisiones de autoridades públicas que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidas en la Constitución, un tratado o una ley (art.43); el principio de justicia social (art. 75, inc. 19); la incorporación de los tratados internacionales que hablan sobre el tema (art. 75, inc. 22); la igualdad real de oportunidades (art. 75 inc. 23); el control de la administración pública (art. 86); la demandabilidad judicial del Estado (art. 116); la judiciabilidad para la protección del principio de legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120). Por otro lado, si hoy se piensa en la responsabilidad del Estado por actor legislativos inconstitucionales –Gordillo, A., *ob. cit.*, t° 2, pág. XIX-46-, cómo no habría de haberla ante la inejecución del presupuesto, en las partidas destinadas a prevenir el daño, que es una directiva de sustancia constitucional.

<sup>37</sup> En cuestiones de medio ambiente, por ejemplo, tiene prioridad absoluta la *prevención del daño* futuro (conf. CSJN, causa “Martínez, Sergio Raúl c/AGUA RICA LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/Acción de amparo”, del 02/03/2016, *Fallos* 339:201). Lo mismo acontece en materia de menores (CSJN, “S., V. c/ M., D. A. s/medidas precautorias”, S. 622. XXXIII, del 03/04/2001, *Fallos* 324:975).

<sup>38</sup> Ver. Nota n° 31. CSJN, “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, *Fallos*: 315:1361, cons. 8°.

<sup>39</sup> A menos que promedie un impedimento insuperable –equiparable al caso fortuito-, y sin perjuicio, también, de la cuestión relativa a la responsabilidad *personal* del funcionario, renglón éste que no es abordado en este trabajo.