

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

PATRICIO MARANIELLO

I. INTRODUCCIÓN

Toda persona que por su actuar ocasiona un daño a otro, en principio, es responsable de dicha conducta y deberá reparar dicho daño. De los principios *neminem laedere* –no se debe dañar a nadie– y *alterum non laedere* –no se debe dañar a otro– ha surgido el derecho a la reparación bajo el fundamento del art. 1109 del Código Civil que reza: “...Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del Derecho Civil...”.

El Estado como sujeto de derecho también resulta responsable, con ciertas particularidades. La reparación por la responsabilidad extracontractual de aquel, fundada en jurisprudencia y normas de Derecho Público, es unas de las temáticas más relevantes.

Sin embargo, la responsabilidad del Estado tiene otras consecuencias, como por ejemplo, responder por su actuar lícito, por una omisión antijurídica por su actuar judicial o legislativo. Este último es el que mayor actualidad tiene, cuyas particularidades resulta necesario puntualizar.

II. ORIGEN Y CLASES O TIPOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

a) Origen y secuencia lógica

Responsable viene del latín *responsum*, que significa responder; en derecho es conocido como la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

Para que haya responsabilidad debe haber un antecedente y un consecuente. El antecedente es una obligación, pues a nadie se lo puede hacer responsable de una conducta o de una omisión si no tiene una obligación, mientras que el consecuente es el daño, atento a que si la obligación no ocasiona un daño, desde el plano jurídico es irrelevante.

En la misma línea del razonamiento expuesto decimos que para que haya responsabilidad deber darse previamente una obligación legal (Constitución, tratado internacional, etc.) o convencional del Estado, sea esta de hacer o de no hacer.

El art. 19 de la CN¹ establece las dos obligaciones tanto la legal como la convenciónal. Aquí encontramos lo que se denomina principio de autonomía personal que consagra el art. 19 de la CN, bajo esa magnífica formulación: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden² o a la moral pública ni perjudiquen a terceros están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”³.

¹ Si nos remontamos al origen histórico del art. 19, vemos que se remonta al Estatuto Provisional de 1815 elaborado por la Junta de Observación, que en la Sección VII, cap. I, art. I decía: “Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofenden al orden público, ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Este texto, que ARTURO ENRIQUE SAMPAY atribuyó al Presbítero Antonio Sáenz, fue repetido sin modificaciones en todos los proyectos constitucionales posteriores, hasta que, reunida la Convención de 1853, el convencional Pedro Ferré propuso que en vez de decir “al orden público” se pusiera “a la moral y al orden público”, lo que fue apoyado por unanimidad. Sin embargo, por motivos que se desconocen, la Constitución sancionada el 1 de mayo invirtió los términos, quedando redactado como lo conocemos: “al orden y a la moral pública”. Coinciden los autores en que la diferencia no es relevante, ya que a nadie se le ocurre pensar que se refiere también a un orden privado, siendo evidente que tanto el orden como la moral deben ser públicos. En tal sentido, dice Chacón que no es el sustantivo moral lo decisivo sino los adjetivos privado y público, que el artículo ya contenía en su génesis histórica (CHACÓN, “El principio de la intimidad en la historia constitucional argentina”, ED T. 204, p. 240). Admitiendo, entonces –desde esta interpretación histórica–, que orden público y moral pública pueden entenderse como barreras diferentes.

² El *orden público*, concepto también de textura abierta, aludido en varias disposiciones del Código Civil (arts. 3, 21 y 872), una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en la que sólo juega el interés individual. Por ello, las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas, porque “cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento” (BORDA, *Tratado*, Parte General, T. I, La Ley, Buenos Aires, 13ª ed., 2008, p. 66). Normalmente, las normas de orden público tienden a proteger a la parte más débil de una relación contractual. Así por ejemplo, todas las normas del derecho laboral son de orden público porque tienden a proteger al trabajador, que sólo dispone de su “fuerza de trabajo” para negociar con el empleador en condiciones desventajosas.

³ Dice CARLOS S. Nino que el art. 19 es de profundo contenido jurídico expresada con gran belleza literaria, y que difícilmente los argentinos podamos enorgullecernos en igual grado de algún otro aspecto tan crucial de nuestra práctica constitucional, ya que, al tiempo de su sanción, no existía una norma similar en la Constitución norteamericana (“Fundamentos de derecho constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 316).

También llamado antiguamente “derecho a la privacidad”, como dijo el Dr. PETRACCHI en su voto en el conocido caso “Bazterrica” de 1986⁴, ya en el siglo XIX, THOMAS COOLEY lo definió como el “derecho a ser dejado a solas por el Estado”; o sea, el derecho a ser dejado a solas, no por la religión, la moral o la filosofía, sino por el Estado para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formulación de su *plan de vida* en todas las dimensiones fundamentales de ella, “plan que le compete personalísticamente y excluye la intromisión externa y más aún si es coactiva”. “Sólo razones que demostraren, en base a muy rigurosos juicios –añadió–, que se encuentra en juego la convivencia social pacífica, admitirían por vía excepcional la intromisión estatal en esa dimensión individual”⁵.

Ese *derecho a ser dejado a solas*⁶ generalmente se esgrime –como en el caso que motivara el fallo “Bazterrica”– frente a la pretensión punitiva del Estado de determinadas conductas, pero su alcance es mucho más amplio. En primer lugar puede implicar una exigencia al Estado a que reconozca efectos jurídicos a determinadas decisiones individuales de las personas, que hacen a su *plan de vida*. Pero también comprende todo un haz de decisiones que el individuo puede tomar sin que el Estado se entrometa en ellas mientras las mismas no afecten las barreras fijadas por el art. 19 de la CN, lo que no significa –reitero– sólo que no le aplique penas sino también que *no le imponga un régimen jurídico si no lo exige alguna de tales limitaciones*⁷.

Ahora bien, en el supuesto caso de no cumplir con dicha obligación y produce un daño, deberá responder por ese incumplimiento; a ello se lo denomina comúnmente “responsabilidad”. Si la obligación es convencional y proviene de un contrato será “responsabilidad contractual” y si deriva de una obligación legal será “responsabilidad extracontractual”.



⁴ Fallos 308:1412. En su momento la declaración de inconstitucionalidad del art. 64 de la ley de matrimonio civil (2393), que no permitía la aptitud nupcial a los divorciados también se fundó, entre otros argumentos, en el principio de autonomía del art. 19 de la CN (fallo “Sejean” de la CSJN, Fallos 308:2268).

⁵ EMILIO A. IBARLUCÍA, “Unión convivencial y principio de autonomía personal”, LL del 8/2/13, o LL 2013-A, 773.

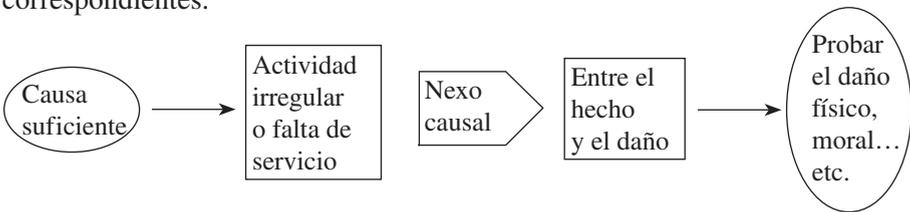
⁶ “*The right to be alone*”, como se lo conoce en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas.

⁷ EMILIO A. IBARLUCÍA, op. cit.

En el supuesto de responsabilidad del Estado el damnificado deberá demostrar en su caso, quien es el sujeto activo de esa obligación para poder atribuirle a aquel dicha responsabilidad, es decir, que haya causa suficiente; para ello deberá probarse que el Estado es el obligado legal y que debió cumplir con ese servicio público en forma eficiente; es lo que llamamos “falta de servicio”. No resulta necesario demostrar que sus dependientes o sus órganos actuaron con dolo o culpa, como lo requiere en materia civil, sino tan sólo deberá probarse la existencia de una falta de servicio.

Una vez finalizada dicha secuencia, continúa otra exigencia por parte del sujeto pasivo, que es la de probar que hubo daño, atento a que no habrá responsabilidad si no existe un daño.

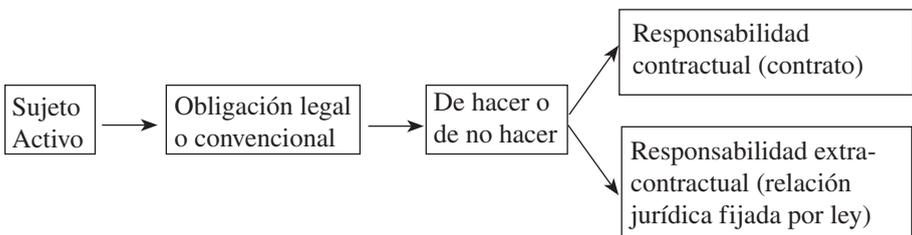
Luego deberá efectuarse la apreciación del daño físico, moral, psíquico, pero es al juez a quien le corresponde, en cada caso en particular, su determinación y extensión, fijando en su consecuencia los rubros indemnizatorios correspondientes.



b) Clases o tipos

Como ya dijimos, existen dos tipos de responsabilidades, la contractual, derivada de un contrato escrito por el cual las partes se obligan al cumplimiento de su objeto, y la extracontractual, donde no existe un contrato, pero sí una relación jurídica cuya regulación se encuentra determinada por la ley. En este último aspecto cuando el Estado actúe en forma ilícita o irregular, tendrá una responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto, no resulta necesario que proceda en contra de la ley, sino que también tendrá responsabilidad en su obrar lícito por su actuar irregular, y que ello produzca un daño al sujeto.



Otra de las grandes diferencias entre ambas responsabilidades es que la extracontractual origina una nueva obligación –pagar daños y perjuicios– que nace con el hecho ilícito, pero no como una cuestión sancionatoria (penal), sino netamente resarcitoria (civil).

c) Diferencias entre los presupuestos de la responsabilidad en el Derecho Público y privado

Los presupuestos de responsabilidad en el Derecho Público y en el Derecho Privado no son iguales, existen diferentes matices. Para BUSTAMANTE ALSINA⁸ son elementos comunes a ambos regímenes de responsabilidad (contractual o extracontractual): 1) antijuridicidad, 2) daño, 3) relación de causalidad entre el daño y el hecho, 4) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad.

Mientras que los presupuestos de responsabilidad estatal son: 1) el fundamento de la responsabilidad estatal, 2) el factor de imputación de las conductas dañosas, 3) el daño o lesión resarcible, 4) el nexos causal y 5) factor de atribución.

Para BALBÍN⁹ el régimen del Derecho Privado es igual que el derecho público, pero existen matices sumamente importantes que debemos señalar, uno de los más importantes es el factor de imputación que es extraño en el campo de las responsabilidades civiles de las personas físicas, aunque no así respecto de las personas jurídicas privadas.

El mismo autor sostiene que la bifurcación entre las actividades estatales lícitas e ilícitas propias del derecho público nos obliga a abandonar necesariamente el campo de la responsabilidad del Derecho Civil y sus fundamentos. Cabe recordar aquí que según el Código Civil (arts. 1071 y 1066) en el Derecho Civil no existe responsabilidad por conductas lícitas sino únicamente por conductas ilícitas.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTUAR ILÍCITO

a) Responsabilidad indirecta o refleja y subjetiva

En la responsabilidad extracontractual ilícita del Estado, la Corte de Justicia de la Nación tuvo su hito jurisprudencial en el caso “Tomás Devoto”¹⁰

⁸ *Teoría General de la Responsabilidad Civil*

⁹ *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, La Ley, 2011.

¹⁰ La base fáctica estaba constituida por un perjuicio al establecimiento rural “San Isidro”, que rentaba la actora en la provincia de Entre Ríos, por un incendio producido por

del 22 de septiembre de 1933. La importancia de este fallo radica en que al admitir la responsabilidad extracontractual del Estado, lo hizo valiéndose, subsidiariamente, de regulaciones contenidas en el Código Civil, arts. 1113 segunda parte –cosa riesgosa– y 1109 –encuadrando su responsabilidad en forma indirecta o refleja y subjetiva–. Además, la Corte Suprema acepta la responsabilidad extracontractual del Estado, tanto como autoridad pública cuanto como persona jurídica y establece que además del daño, se debe probar la culpa o negligencia de sus agentes.

b) Responsabilidad objetiva del funcionario

Luego, en la causa “Ferrocaril Oeste de Buenos Aires”¹¹ del 3 de octubre de 1938 aplica los arts. 1112 y 1113 del Código Civil, y establece que la irregular prestación o falta del servicio genera responsabilidad del Estado frente a los administrados y habilita a prescindir de la exigencia de una conducta culposa por parte de los agentes públicos en el desempeño de sus funciones. La noción de falta de servicio consagró la responsabilidad del Estado por las faltas objetivas en la prestación de los servicios públicos, distinguiéndose claramente, como lo establece la doctrina francesa, entre la *faute de service*¹² de la *faute personnelle détachable* del funcionario¹³, por lo cual abandona toda noción de culpa como presupuesto indispensable de responsabilidad de la persona jurídica Estado.

En este caso se descartó explícitamente la aplicación del art. 43 del Código Civil, y más allá de que sus decisiones se funden en razones de justicia y equidad, el Estado tiene la obligación de prestar un servicio en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución.

las chispas de un brasero que utilizaba una cuadrilla volante de guarda hilos del telégrafo nacional.

¹¹ El Máximo Tribunal condenó a la provincia de Buenos Aires a pagar al accionante la suma de dinero que la empresa ferroviaria debió abonar a la reivindicante de un terreno, que con anterioridad ya había adquirido por escritura pública de compra, para recuperar su propiedad.

¹² Resultante de la no ejecución o de la prestación irregular o defectuosa de la función administrativa, siempre que de ello causare perjuicios a los administrados.

¹³ Desprovista de toda relación con el servicio, desvinculada de la ejecución de este o ajena al ejercicio de las funciones estatales.

c) *Responsabilidad directa y objetiva*

Finalmente, a partir del *leading case* “Vadell” del 18 de diciembre de 1984, considera la responsabilidad extracontractual ilícita, que prevé la falta de servicio por parte del Estado, como directa y objetiva en aplicación del art. 1112 del Código Civil y no requiere recurrir como fundamento de derecho positivo al art. 1113 del mismo Código. Ello viene del derecho francés en el *arrête* del Consejo de Estado –Tribunal de conflictos– “Blanco” y “Pelletier” –1873– en los que se considera la falta de servicio como el irregular cumplimiento u omisión por parte del Estado¹⁴. No hay que indagar en el dolo o en la culpa, tan sólo hay que probar un actuar irregular –falta de servicio–.

En el ámbito del Derecho Público, la responsabilidad extracontractual del Estado no constituye una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios de aquel, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de estos, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.

Todo ello se ha desarrollado a través de la llamada *Teoría del órgano*, que fuera elaborada por el jurista alemán GIERKE, quien considera que el hombre es responsable por el trabajo que ejecutan sus manos. Es decir, un órgano –en este caso las manos– del cuerpo humano hace responsable a la persona. Trasladando esta tesis al plano jurídico, se puede afirmar que cuando un órgano administrativo actúa lo hace en nombre de toda persona jurídica. De acuerdo con lo apuntado, el funcionario o agente público es considerado como un órgano de un gran organismo que es la Administración Pública, por lo tanto, lo que hace el funcionario o agente convierte en responsable a la Administración. La jurisprudencia argentina ha tomado la teoría del órgano para fundamentar la responsabilidad extracontractual del Estado.

La responsabilidad de aquel por los actos u omisiones de sus órganos es directa y se encuentra fundada en la idea objetiva de la falta de servicio (art. 1112, CCiv.), quedando subsumidos dentro de este concepto general todos los elementos de la responsabilidad civil y, en particular, lo atinente a la ilicitud del acto de la Administración Pública por no ejecutar aquel al que estaba obligada por medio de su agentes¹⁵.

¹⁴ La falta de servicio se construye alrededor del servicio público, pero sobre una idea más amplia que comprende toda la actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos, que constituye la función administrativa.

¹⁵ J. BUSTAMANTE ALSINA, “La Responsabilidad del Estado en el ejercicio del Poder de Policía”, en LL 1990-C, p. 429.

Ahora bien, para que proceda la acción resarcitoria contra el Estado, deben concurrir simultáneamente determinados requisitos. Entre ellos, se exige la conexión causal entre la conducta omisiva y el daño (art. 901 y concs., Cód. Civil). Es decir, se trata de determinar la causa eficiente del daño, conforme con el principio lógico de la razón suficiente¹⁶.

El nexo de causalidad es un elemento esencial del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal y, entonces, no basta con probar la existencia del daño y la falta de servicio de la actuación del Estado, sino que para que nazca su responsabilidad, es menester demostrar que existen una serie de sucesos encadenados que conectan su actuación ilegítima con el daño o perjuicio. Se trata de indagar la causa eficiente que origina el daño alegado por la reclamante y determinar si las consecuencias dañosas se siguen necesariamente de ese acto o hecho u obedecen a otras causas, ya que para que exista causalidad suficiente, la circunstancia que el actor invoca como generadora del hecho debe haber influido decisivamente en la dirección del resultado operado¹⁷.

En principio, no puede imputársele responsabilidad al ente estatal por un acto voluntario –p. ej.: un suicidio donde un detenido se quitó la vida con su vestimenta, elemento vital que hace al decoro y dignidad de cualquier ser humano y del que nadie puede ser privado–. En este contexto, es dable resaltar que la clave para determinar la falta de servicio y en consecuencia la responsabilidad por un acto omisivo, ha de ser hallada en la configuración o no de una omisión antijurídica, la cual se perfila sólo cuando sea razonable esperar que el Estado (o sus funcionario o empleados) actúe en un determinado sentido para evitar los daños en las personas; empero claro está, la configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan con una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Cód. Civil). Y resulta imprescindible agregar que para que se genere la obligación de reparar es necesario que se trate de un deber concreto que no opere en dirección genérica y difusa¹⁸, es decir, en definitiva, que esté referido a una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración.

¹⁶ Expte. N° 32.028/2006, “C. M. M. y otro vs. EN, Ministerio del Interior-PFA s/daños y perjuicios”, CN Cont. Adm. Fed., sala II, 21/12/2010.

¹⁷ CN Cont. Adm. Fed., sala I, *in re* “García Pablo y Otro vs. EN, Ministerio del Interior, Dirección Nacional de Migraciones s/daños y perjuicios” del 18/6/2010.

¹⁸ JUAN CARLOS CASSAGNE, “La responsabilidad del Estado por omisión” en LL, 1989-C, ps. 512/514.

d) Nuevos criterios doctrinales y jurisprudenciales

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, intervino en el caso “Nación Argentina (Fuerza Aérea Argentina) vs. provincia de Río Negro”, del 1 de marzo de 1994, en el que se demandó por los daños ocasionados por un autobomba conducido por un imprudente bombero por la calle de rodaje del aeropuerto de San Carlos de Bariloche, donde al desviarse de su ruta se cayó en una zanja de drenaje.

En el fallo, con fundamento en el art. 1113 del Código Civil, se establece que el Estado no sólo se debe hacer responsable por los hechos de sus dependientes realizados en el ejercicio de sus funciones, sino también por aquellos realizados con abuso de la función, sea que el subordinado haya contrariado expresas instrucciones, o que: *a)* haya asumido tareas que podrían considerarse no comprendidas en el encargo, o *b)* que haya violado disposiciones reglamentarias. El principal no puede obviar su responsabilidad en la infracción en virtud de que no puede causar daños a terceros, al no haber adoptado medidas adecuadas para hacerlas cumplir o, en su caso, al haber faltado el control.

En la causa “Mabel Scarmacia y otro vs. Provincia. de Bs. As.”, del 12 de diciembre de 1995, cuyos hechos se basaron en los daños ocasionados por un agente de la policía que con su arma reglamentaria y fuera de servicio, en un local bailable ocasionó, por motivos de una riña, daño a un menor, la Corte interpretó que los perjuicios causados debían ser soportados por toda la comunidad y no sólo por los damnificados, ya que si la protección pública tiene sus riesgos, lo más justo es que esos riesgos sean asumidos por quienes se benefician con ella; sustenta su decisión en el art. 1113 del Código Civil.

En el caso “Lema” del 20 de marzo de 2003 se decidió que el poder de policía y de seguridad estatal imponía a sus agentes la preparación técnica y psíquica adecuada para preservar racionalmente la integridad física de la sociedad y sus bienes, en cuya virtud reconoció la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires, tanto con fundamento en el art. 1112 del Código Civil (teoría del órgano) como en el art. 1113 del mismo Código (responsabilidad por el error en la elección de los agentes públicos).

En “Friar SA” del 26 de septiembre de 2006, se reclamaron daños y perjuicios ocasionados por la prohibición de exportar carnes, impuesta durante la epidemia de la fiebre aftosa. La Corte lo rechazó, pues no incumbe a los jueces cuestionar el acierto o desacierto y eficacia de la política seguida por el Servicio Nacional de Sanidad Animal, ya que lo contrario implicaría sustituir el juicio de los magistrados por el de la autoridad instituida por el Congreso para decidir sobre dicha materia.

Para resolver se hizo una breve referencia de los requisitos que deben conjugarse para que existiera responsabilidad patrimonial del Estado; y aquellos son:

a) *La existencia de un daño actual, cierto, concreto y constatable*: se excluyen los perjuicios hipotéticos o conjeturales. En algunos casos excepcionales el lucro cesante pueda aplicarse cuando se presente como un valor objetivo indemnizable y siempre que con la evolución normal u ordinaria de los acontecimientos, ponderados con prudencia, se pueda concluir que este, efectivamente, habrá de producirse.

b) *Un perjuicio especial*: el daño debe traducirse en un perjuicio especial, esto hace a su singularidad, ya que si el disvalor tuviera carácter general, no operaría el principio constitucional de igualdad como base de las cargas públicas, fundamento de la reparación ante perjuicios particulares. Para considerar que el Estado nacional o sus organismos o entidades son responsables por falta de servicio, no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama.

c) *La imputabilidad material del hecho u omisión a un órgano del Estado*: requiere que el acto dañoso pueda ser atribuido a la actividad de la Administración o que se conjugue con el necesario cumplimiento de sus fines; del mismo modo a los demás órganos del Estado, tales como los Poderes Legislativo y Judicial.

d) *Relación de causalidad entre la acción u omisión del Estado y el perjuicio*: aquí se deberá realizar un juicio de probabilidad o previsibilidad del caso, conforme a las reglas de la experiencia y al curso ordinario de las cosas, que permite distinguir entre causa inmediata, exclusiva y adecuada¹⁹, de las demás circunstancias que pueden coadyuvar a la producción del resultado o a su agravamiento, pero que de por sí solas no resultan relevantes o suficientes para que este se verifique.

En la causa “Mosca” (2007), el actor demandó a la Asociación del Fútbol Argentino, al Club Atlético Lanús y a la provincia de Buenos Aires por los daños sufridos en un partido de fútbol. Para resolver, la Corte entendió que no correspondía atribuir responsabilidad a la provincia de Buenos Aires por los daños causados por simpatizantes de un equipo de fútbol a quien permaneció durante el partido en las inmediaciones de la cancha, si se dispusieron los medios razonables para el cumplimiento del servicio, pues se destinaron

¹⁹ La causa adecuada es la que resulta apta para producir un determinado efecto.

efectivos para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio; no existía un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente y la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece ²⁰.

La responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con este y el grado de previsibilidad del daño.

Por tu parte, BALBÍN ²¹ considera, que en los casos de mala praxis médica en actividades cumplidas en los hospitales públicos, resulta relevante hacer jugar el factor subjetivo en la responsabilidad patrimonial extracontractual, supuesto en el cual es menester, independientemente del resultado, acreditar que las prácticas médicas no se ajustaron a las reglas del arte de curar o que se obró con negligencia o imprudencia.

Por lo tanto, los factores de atribución de responsabilidad serían:

a) el art. 1112 del Código Civil es un precepto propio del Derecho Administrativo sobre la responsabilidad de los agentes públicos y no del Estado. De modo que en la responsabilidad de este debe aplicarse este precepto pero por vía analógica de primer grado;

b) la teoría general de la responsabilidad del Estado debe construirse sobre los factores objetivos y subjetivos, según el caso. El factor es subjetivo cuando el deber estatal es inespecífico, de manera que el operador deberá analizar cómo obró el Estado, es decir, si actuó de modo diligente o negligente, según la circunstancia de cada caso, aunque no se exige discernir cuál es el agente directamente responsable. Es objetivo cuando el deber estatal es claro y preciso;

c) el estándar básico es el de las obligaciones o deberes legales, mencionado por el propio codificador en el art. 1112 del Código Civil. Así, los criterios de falta de servicio o lesión resarcible deben sustituirse por el de las obligaciones o deberes del Estado y su incumplimiento.

²⁰ CSJN *in re* “Mosca, Hugo Arnaldo vs. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, del 6/3/2007, Fallos 330:563.

²¹ CARLOS BALBÍN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, ps. 386 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2008.

IV. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

a) *Daño físico*

Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas en forma parcial o permanente, debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida. Para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables en forma general los porcentajes fijados en la Ley de Accidentes de Trabajo –aunque puedan ser útiles como pauta genérica de referencia– sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que estas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación ²².

b) *Daño moral*

Además del daño patrimonial sufrido por el administrado, producto de una actuar o una omisión por parte del Estado que produzca su responsabilidad, podría incorporarse la indemnización del daño moral.

Al tratarse de un daño provocado a bienes extrapatrimoniales, resulta, independiente del daño patrimonial, la reparación del daño moral, con el cual no tiene por qué guardar relación alguna, y su indemnización es resarcitoria no punitoria.

El daño moral es una lesión en los sentimientos por los sufrimientos o el dolor que padece una persona. Liminalmente cabe recordar que dicho daño debe presumirse en todos los casos en que se han producido lesiones. En efecto, cuando dichas lesiones han existido, no necesita probar el daño y su monto se fija atendiendo a la índole de estas, sus secuelas, tratamiento y repercusión en el área del dolor, entre otras circunstancias.

Si no se fija el monto del daño, es el juez quien debe hacerlo al dictar sentencia (art. 165, CPCCN). Pero si la parte peticona el monto de la indemnización, este será el límite para el magistrado (art. 163, CPCCN). El daño moral no puede aplicarse de oficio. A los fines de la fijación del *quantum*, debe tenerse en cuenta su carácter resarcitorio, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene nece-

²² Fallos 330:563. Caso “Mosca”, 2007.

sariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este.

Con respecto a la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos, además de la indemnización de pérdidas e intereses, se podrá aplicar el daño moral si el damnificado así lo solicitare. Y sólo competirá al damnificado directo, y por muerte, a los herederos forzosos –ascendientes y descendientes y cónyuge– (art. 1078, Cód. Civil).

Como una pauta ejemplificadora, podemos establecer que por la incidencia espiritual que pudo tener el hecho y las consecuencias en la vida de una joven de diecinueve años, como por ejemplo, haber protagonizado un sorpresivo accidente, sufrir lesiones que requirieron el auxilio médico de urgencia, el traslado, el periodo de recuperación, el ánimo y el ritmo de vida habitual, es dable otorgarle una indemnización que compense el daño moral en la suma de pesos seis mil (\$ 6000).

V. PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

Para que haya responsabilidad se deben dar los siguientes elementos:

1. *Daño o perjuicio sufrido*: para que exista responsabilidad debe haber daño, que es toda lesión a un derecho subjetivo. Todo perjuicio tiene derecho a obtener una reparación del daño sufrido (art. 1079, Cód. Civil). Ello deriva del *alterum non laedere* (el deber genérico de no dañar a otro, art. 1109, Cód. Civil) y *neminem laedere* (no se debe dañar a nadie).

2. *Relación de causalidad* directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio.

3. *Imputabilidad*: posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó. El damnificado deberá probar la obligación legal expresa o implícita (art. 1074 del Cód. Civil) y no un deber genérico o confuso.

4. *El factor de atribución de responsabilidad*: es la existencia de una falta de servicio por acción u omisión (anormal o irregular cumplimiento de una actividad efectuada por el Estado) que tenga en cuenta: *a*) la naturaleza de la actividad, *b*) los medios que dispone la Administración, *c*) el lazo que une a la víctima con el servicio, y *d*) el grado de previsibilidad del daño.

VI. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA O LEGÍTIMA

Cabe recordar que cuando la actividad lícita y legítima de la autoridad administrativa o judicial –esto es sin culpa, dolo o actuación irregular y anti-jurídica–, 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 que suscita la obligación de compensar o indemnizar, los daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito ²³.

El origen de esta figura se remonta al año 1938, cuando el Consejo de Estado francés se expidió en el caso conocido como “La Fleurette”, en el que mediante una disposición legislativa se prohibió la fabricación, comercialización y transporte de productos denominados “cremas”, pero cuyo origen no era lácteo. A través de esa normativa se buscaba la protección de la industria láctea, perjudicando a la empresa actora, que de ese modo se veía impedida de comercializar una golosina. Como el motivo no se vinculaba con la salubridad pública, sino con la necesidad de proteger una actividad comercial, el Consejo de Estado reconoció el derecho del reclamante a obtener la reparación del perjuicio ocasionado por el Estado ²⁴.

En la Argentina esta doctrina encuentra fundamento en la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada que debe estar condicionada por tres requisitos: *a)* una causa de utilidad pública, entendida como aquella que sirve para la satisfacción del bien común, *b)* la materialización a través de una ley formal, donde se deberán especificar los bienes involucrados, y *c)* la indemnización, el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación (p. ej.: ocupación temporaria de bienes, inundaciones por trabajos hídricos, etc.).

La jurisprudencia lo ha consagrado en el caso de la inviolabilidad de la propiedad privada en “Laplacette” del 26/2/1943, con fundamento en los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional, y en la igualdad ante la ley y las cargas públicas en el caso “Los Pinos” del año 1975, con fundamento en los arts. 14, 17 y 16 de la Carta Magna.

En el caso “Laplacette” la Corte reconoció los lineamientos trazados en el *arrête* francés “La Fleurette”. En esa oportunidad, el Alto Tribunal hizo lugar al reclamo formulado a partir de la inundación de los campos de la actora como consecuencia de la realización de obras hidráulicas por la provincia de

²³ Doctrina de Fallos 301:403; 305:321; 306:1409, entre otros.

²⁴ MARÍA FLORENCIA RAMOS MARTÍNEZ, “Reparación integral en la responsabilidad lícita del Estado”, LL diario del 10 de julio de 2009.

Buenos Aires. Una cuestión muy importante para destacar es que ante la falta de normas expresas que regularan la presente acción, aplicó en forma analógica las normas de expropiación y la ley de procedimientos administrativos, porque entendió que estas regulaban un supuesto de responsabilidad por actividad legítima del Estado. Es por ello que ponderó el art. 18 de la ley 19.549²⁵ y el art. 10 de la ley de 21.499 –expropiación–; tras valerse de fundamentos *iuspublicistas*, limita la reparación, excluyendo el lucro cesante del cómputo de los conceptos involucrados.

Que ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del Derecho Privado y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno. Que esa analogía debe fundarse en principios de Derecho Público.

A diferencia del Derecho Privado donde rigen criterios de justicia conmutativa, en el Derecho Público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva²⁶.

La diferencia básica entre la regulación privatista y la publicista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras la primera regula relaciones entre particulares fundamentadas sobre la base de la conmutatividad, la segunda regula las relaciones entre el todo (la comunidad presentada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sea individualmente o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios), según criterios de distribución.

El art. 2611 del Código Civil dispone que las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público sean regidas por el Derecho Administrativo. El Estado puede, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizar los perjuicios que causare a los administrados, según los lineamientos establecidos por el art. 18 de la ley 19.549 (p. ej.: no otorgar o quitar una licencia de radiodifusión).

²⁵ El art. 18 de la ley 19.549 establece que “el acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”.

²⁶ MIGUEL S. MARIENHOFF, “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, ED 114-949.

También ha dicho la Corte en la causa “Galanti, Carlos Alberto vs. Municipalidad de la Ciudad de Buenos” (1987)²⁷, que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado, con el fin de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables.

En la causa “Ledesma S.A. Agrícola Industrial vs. Estado nacional (Ministerio de Economía) s/nulidad de resolución” (1989)²⁸, se enfatizó que es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue.

Que el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la situación discutida conduce a encontrar la solución en la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499, es decir, en la norma legal típica que autoriza las intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija; pues sin esas intromisiones aquel no es capaz de cumplir sus funciones (doctrina de Fallos 301:403; dictamen de la señora Procuradora Fiscal en Fallos 312:659, al que esta Corte remitió), (disidencia de ELENA HIGHTON DE NOLASCO en el caso “El Jacarandá”).

• *Lucro cesante*

En el precedente “Eduardo Sánchez Granel de 1984”²⁹ se determinó la admisión del rubro *lucro cesante* en la composición de la indemnización debida por el Estado por su actuar lícito.

Que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación; en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos respectivos, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas³⁰ (caso “El Jacarandá S.A.”³¹, 2005). Sin perjuicio de que en el caso citado

²⁷ Doctrina de Fallos 310:2824.

²⁸ Fallos 312:2022 del 31/12/1989, cons. 16.

²⁹ Fallos 306:1409.

³⁰ Fallos 306:1409, cons. 4 y 5; 316:1335, cons. 20.

³¹ Aquí decidió admitir el recurso ordinario de apelación deducido contra la sentencia que descalificó la que había hecho lugar a la nulidad de acto administrativo y resarcimiento de daños y perjuicios –en virtud de la revocación de la adjudicación de una emisora– y distribuyó las costas en el orden causado, pues ha sido deducido contra una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6, del decr.-ley 1285/58, y sus modificaciones, y la resolución de la Corte 1360/91.

confirmó la sentencia que –al hacer lugar al resarcimiento de daños y perjuicios por la revocación de la adjudicación de una emisora– no reconoció el lucro cesante, pues la actora nunca explotó la licencia, ni realizó las inversiones imprescindibles para obtener alguna ganancia de la explotación, por lo que no se probó una concreta privación de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, lo cual impide revertir la decisión de la Cámara sobre el punto.

Muy recientemente, en el caso “Zonas Francas Santa Cruz S.A.”³² se admitió implícitamente la indemnización por lucro cesante, pero para ello la actora debía acreditar los daños solicitados con el grado de certeza para que procediera su reparación.

• *Requisitos de admisibilidad*

En la causa “Columbia S.A.” del 19 de mayo de 1992, agregó a los requisitos de admisibilidad de la acción por responsabilidad (existencia de daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar y el perjuicio y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada) que en la especie, resulta necesario acreditar la existencia de un *sacrificio especial, directo y desproporcionado* en el afectado, así como también *ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño*.

Luego en los autos “Revestek S.A.” del 15 de agosto de 1995 sostuvo el criterio que establece que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones y que el presupuesto de la responsabilidad del Estado demanda que por su obrar se haya producido una lesión a una situación jurídica protegida, la que no se corresponde respecto de las pautas cambiarias y de la cotización de las monedas.

• *Presupuesto de responsabilidad*

Los requisitos para que ostente responsabilidad del Estado son:

1. daño actual y cierto;
2. relación de causalidad entre el accionar del Estado y el daño;
3. la existencia de un sacrificio especial, directo y desproporcionado o que el ciudadano damnificado no tenga la obligación jurídica de soportar el perjuicio;
4. la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada a través de un factor de atribución, y que el daño debe ser probado.

³² CSJN del 9/6/2009.

VII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU OMISIÓN ANTIJURÍDICA

Desde un punto de vista del Derecho Privado, en el art. 1074 del Código Civil se establece que “toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

La jurisprudencia se mostraba hasta tiempos muy recientes sumamente restrictiva para aceptar que el Estado debiera responder por los daños provocados por sus abstenciones, con el requisito de que para que esta responsabilidad procediera se debería verificar una omisión directa de sus agentes y una conducta culpable frente a la obligación legal expresamente impuesta. A pesar de ello, se comprueba un abordaje marginal de la cuestión en una familia de fallos que, conforme con las peculiaridades del caso, trata el tema en materia de accidentes viales por falta de señalización preventiva –caso “Lanati”, 1991– y por percances originados en razón de la presencia de animales sueltos en las rutas –casos “Ruiz”, 1989; “Antonio Sarro”, 1990; “Colavita”, 2000–³³. En estos últimos entendió que el ejercicio del poder de policía y seguridad propio del Estado y las obligaciones emergentes de la empresa concesionaria de la ruta resultaban insuficientes para atribuir responsabilidad por los accidentes ocasionados en rutas por la presencia de animales sueltos.

En los votos en disidencia de los fallos citados –doctrina que con posterioridad se convirtió en mayoría– se entendió que en virtud de la relación contractual, el concesionario no asume sólo la obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio, entre cuyos deberes colaterales se encuentra la seguridad, de origen legal e integrado con la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en las rutas concesionadas, en tanto resulten visibles.

En el caso de la Corte Suprema *in re* “Mosca” (2007)³⁴, se consideró que no podía afirmarse que existiera un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la dis-

³³ JOSÉ CASAS, *La responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario*, Ad-Hoc, 2010.

³⁴ Fallos 330:563. Aquí resolvió que no corresponde atribuir responsabilidad a la provincia de Buenos Aires por los daños causados por simpatizantes de un equipo de fútbol a quien permaneció durante el partido en las inmediaciones de la cancha, si se dispusieron los medios razonables para el cumplimiento del servicio, pues se destinaron efectivos para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio, no existía un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente y la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece.

posición de medios razonables. Todo organizador de un espectáculo deportivo tiene una obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento general en el art. 1198 del Código Civil, y especial en la ley 23.184. Ese deber de seguridad es expresivo de la idea de que quienes asisten a un espectáculo lo hacen con la confianza de que el organizador ha dispuesto las medidas necesarias para cuidar de ellos.

En un espectáculo deportivo el organizador responde objetivamente por hechos vinculados inmediatamente a su accionar y previsibles al momento de organizar el espectáculo. Tal estándar evita que la responsabilidad alcance a hechos mediatamente conectados, como son los daños sufridos por personas que están lejos y que son dañadas por otros participantes o asistentes al espectáculo fuera del área de control del organizador.

Finalmente, la Corte dejó sentado que la determinación de la responsabilidad del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de juicio estricto y basado en la ponderación generalizada de la decisión a tomar, agregando, en este sentido, que el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y muchos menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que nadie sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables.

JUAN CARLOS CASSAGNE considera que el Estado no puede transformarse en una suerte de caja aseguradora de todos los riesgos que enfrenten en su vida los ciudadanos por la circunstancia de vivir en comunidades medianamente organizadas³⁵. Este autor limita sensiblemente la posibilidad de activar este tipo de responsabilidad, lo que confirma que la omisión antijurídica se genera por el incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Cód. Civil) y no de un deber genérico o difuso.

Por otra parte, para HORACIO CORTI³⁶, no hace mucho tiempo, se concebía la ley de presupuesto como un acto institucional no pasible de cuestionamiento y escrutinio judicial. Agrega este autor que hoy es manifiesta la vinculación

³⁵ JUAN C. CASSAGNE, "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema".

³⁶ HORACIO CORTI, *Derecho Constitucional Presupuestario*, LexisNexis, 2007.

esencial entre dicha ley y los derechos humanos, con la correlativa posibilidad por parte de los titulares de esos derechos de instar la intervención judicial para corregir las omisiones o insuficiencias presupuestarias.

En una postura intermedia se ubica JOSÉ OSVALDO CASAS³⁷, quien considera que el Estado no tiene como función evitar daños en los bienes de los ciudadanos resarciendo ante el mínimo menoscabo, sino que debe propender, de forma innovativa y transformadora a hacer efectivos, para todos, con gradualismo y progresividad, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución nacional que se orientan a concretar el bien común, siempre, claro está, teniendo presente que los recursos financieros del Estado son escasos, priorizando lo urgente que con responsabilidad fijen los poderes legitimados por el sufragio universal como modo de evitar las actividades inorgánicas que terminen judicializado todas las decisiones políticas (art. 32 de la CN).

VIII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACCIÓN LEGISLATIVA

Los actos normativos por excelencia son las leyes (acto legítimo por representar la máxima expresión de la legalidad) y estas, según la Constitución Nacional, las que dicta el Congreso de la Nación, que establece en su art. 75, inc. 32 que entre sus atribuciones se encuentra: “Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

En algunas ocasiones este actuar puede producir daños cuando altera derechos constitucionales –obrar ilícito– o cuando actúa dentro de sus atribuciones regulares –obrar lícito–; en ambos casos el Estado es el responsable (responsabilidad legislativa) y deberá reparar el daño causado.

En cuanto a la responsabilidad por su actuar lícito o ilícito, generalmente la ley hace silencio en cuanto a la indemnización por daños, aunque en algunos casos excepcionales la ley misma (p. ej.: art. 15, CN sobre esclavos, ley 3959 sobre policía sanitaria animal y ley 4863 sobre policía agraria) u otra posterior (ley 24.411 reparación del Estado en el supuesto de desaparecidos durante la dictadura militar) es la que fija la indemnización por el daño producido.

El Máximo Tribunal de Justicia de la Nación reiteró en numerosos fallos la tesis de la irresponsabilidad por la acción legislativa cuando ella había importado el ejercicio razonable de sus poderes propios. En el caso “Los

³⁷ Op. cit. p. 82.

saladaristas” del 14 de mayo de 1887, se rechazó la demanda de daños y perjuicios de aquellos.

CASAS considera que si bien la ley constituye un acto legítimo (por presentar la máxima expresión de la legalidad), no por ello deja de estar subordinado a la Constitución, derivándose de dicho plano jurídico superior la obligación de reparar todo perjuicio cierto y especial que cause a los derechos de los particulares³⁸.

a) Responsabilidad por el ejercicio del poder de policía

Como regla, las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria no dan lugar a indemnización. Si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en ejercicio del poder de policía de salubridad, sería imposible gobernar³⁹. Por otro lado, la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa⁴⁰.

b) Responsabilidad por delegación legislativa

En cuanto a la responsabilidad por delegación legislativa, cuando la ley delega en las autoridades del Poder Ejecutivo la determinación de las políticas y el dictado de las regulaciones que a su juicio resulten más adecuadas para cumplir los cometidos preestablecidos por aquel, los jueces no pueden *ex post facto* sustituir el criterio adoptado por las autoridades administrativas, al considerarlas inconvenientes, juzgarlas según su propia discreción sustituyendo indebidamente la que es propia del Poder Ejecutivo nacional.

³⁸ JOSÉ OSVALDO CASAS, op. cit.

³⁹ CSJN *in re* “Friar S.A. vs. Estado nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y SENASA. s/daños y perjuicios (ordinario)”, del 26/9/2006, T. 329, p. 3966.

⁴⁰ CSJN *in re* “Mosca, Hugo Arnaldo vs. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, del 6/3/2007, T. 330, p. 563.

c) *Sacrificio especial*

Derecho comparado

En Alemania el particular debe soportar a través de reglamentaciones ciertas restricciones, sin posibilidad de ser resarcido y por el carácter social que contiene el patrimonio. La excepción a esta regla la constituye un concreto detrimento en la propiedad que signifique un perjuicio anormalmente grave y especial⁴¹.

Ya en su momento, MAYER en su célebre obra planteaba que la actividad estatal “no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado lo cual los individuos pertenecen [...] Pero a partir del momento en que esos principios afectan a un individuo de manera *desigual y desproporcionada*, empieza a actuar la equidad, y cuando el perjuicio se traduce en un daño material [...] habrá lo que se llama el *sacrificio especial* [...] que debe indemnizarse”⁴².

En uno de los primeros Fallos conocido como la entrega del ejemplar obligatorio⁴³, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán había dispuesto la inconstitucionalidad de la Ley de Hessen que estipulaba la obligatoriedad de la entrega de un ejemplar gratuito a la biblioteca provincial.

En España, el art. 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común establece: “Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Dicha norma ha permitido avanzar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, sobre la base de la “teoría del sacrificio especial”, ha otorgado indemnizaciones, por ejemplo, en el caso de la eliminación de cupos de pesca exentos de derechos arancelarios con motivo del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Europea, fundándose además la reparación aludida en el hecho de que la normativa anterior había sido prorrogada seis días antes de la firma del Tratado (esa corta distancia temporal evoca los escasos meses transcurridos entre la ley de intangibilidad de los depósitos y la legislación de emergencia contraria en la Argentina hacia fines de 2001 y comienzos de 2002).

⁴¹ PEDRO ABERASTURY, “Responsabilidad del Estado por actividad normativa”, en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, 2001, p. 123.

⁴² OTTO MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, T. IV, Buenos Aires, 1954, p. 217.

⁴³ BverfGe 58, 137.

Tal como indica BIANCHI, “para determinar la existencia de responsabilidad por acto legislativo, el Tribunal Supremo español se basa en el principio de confianza legítima y maneja criterios tales como el grado de previsibilidad, transitoriedad, existencia o inexistencia de medidas compensatorias, efectos favorables emanados para los demandantes de la propia regulación en cuestión, etc., analizados desde un punto de vista de equidad, razonabilidad y proporcionalidad, en sintonía con la moderna jurisprudencia comunitaria”⁴⁴.

No todos los autores, empero, son contestes en el impacto positivo de ese texto legal. Así, expresa CLAVERO ARÉVALO: “Ciertamente que la responsabilidad por daños que ocasiona el legislador acaba de tener una merma tremenda con la ley 230/92, con la que se regula el régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común frente a una jurisdicción avanzada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, pues ha establecido *que sólo responderá el legislador cuando el propio legislador así lo establezca*, con lo cual pues se ha mermado enormemente la posibilidad de exigir responsabilidad”⁴⁵.

En España, en definitiva, los supuestos se vinculan más que nada con la ley expropiatoria; cuando la ley ha sido declarada inconstitucional y su aplicación ha originado perjuicios económicos y cuando los resultados de su aplicación ameritan en definitiva algún grado de compensación.

d) Responsabilidad de los asesores técnicos en el proceso de elaboración de leyes

Esta cuestión ha tenido especial trascendencia debido al fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Bustos, Alberto Roque vs. Estado nacional y otros s/amparo” con fecha 26 de octubre del 2004, sobre el denominado “corralito financiero”.

En dicha resolución, el Dr. ZAFFARONI, quien forma parte de la mayoría que ha llegado a la misma conclusión que los otros ministros, pero con argumentos propios, en el considerando cuarto de su voto expresa “...la llamada ley de intangibilidad de los depósitos bancarios, en cierto momento parece haber tenido en cuenta de preferencia el efecto que producían en el público y no una seria intención de proceder a su cumplimiento, puesto que este era imposible en el momento de la sanción, como se deduce por el curso posterior

⁴⁴ ALBERTO B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, 1999, p. 95.

⁴⁵ MANUEL CLAVERO ARÉVALO, “Debate sobre la Responsabilidad Civil de la Administración Pública”, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, y otro (dirs.), *El Derecho Público...*, op. cit., p. 810.

de los acontecimientos...”. “...En efecto, una ley que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podría ser desconocida para *los técnicos que intervenían*, aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a la preparación de una *defraudación de proporciones colosales*. Todo indica que buscaba el efecto de mantener y reforzar en un sistema bancario que estaba al borde del colapso...” (la cursiva me pertenece). “...Por ello, corresponde extraer testimonio de la presente sentencia y remitirlo al señor Procurador General, para que en su ámbito y con el equipo técnico idóneo, proceda a investigar la *eventual responsabilidad penal de los técnicos que intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado y en especial en la citada ley* quienes no podían ignorar la situación y contexto en que la misma se sancionaba. Sería inadmisibles que los tribunales sometiesen a juicio al estafador que vende el incauto una máquina de fabricar dólares y que no se pusiese en movimiento frente a quienes pretendieron venderle el ingenio a toda la sociedad argentina...”.

Cabe examinar, tal como lo hace el Juez ZAFFARONI en el caso “Bustos”, si las conductas de los equipos técnicos que ayudaron a elaborar la ley de intangibilidad de los depósitos no se encontrarían comprendidas en las previsiones penales vistas anteriormente (art. 173, inc. 3, CPen.) que llevan a dicho magistrado en el considerando cuarto de su voto a propiciar la remisión del testimonio de la sentencia a la Procuración General de la Nación en su carácter de cabeza del Ministerio Público Fiscal, titular máximo de la pretensión punitiva del Estado (art. 120, CN)⁴⁶.

La importancia del asesoramiento técnico en el Congreso ha sido enfatizada por HARO, quien señala agudamente que “la problemática que la Constitución ha aprehendido requiere, para elaborar las soluciones adecuadas, la *asistencia técnico-científica, sustancial o de fondo*. Aquí la preocupación está dirigida al meollo de los contenidos normativos, a las soluciones políticas que desde la ley, el Congreso prevé para superar las dificultades en los diversos sectores, todo lo cual exige la apoyatura de un competente consejo de expertos”⁴⁷.

Cabe recordar con ALBERTO BIANCHI que la responsabilidad del Estado por actos legislativos fue, al igual que su antecesora en el tiempo, la derivada

⁴⁶ WALTER CARNOTA - PATRICIO MARANIELLO, “Responsabilidad de los asesores técnicos en el proceso de elaboración de normas legales”, *Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. VIII, año 2005. (c) *Studies in Latin American Constitutional Histories. All rights reserved*. EE. UU. Derechos reservados (2002-5).

⁴⁷ Subrayado original RICARDO HARO, *Constitución, poder y control*, México D.F., 2002, p. 33.

en los actos judiciales, una de las últimas en aparecer, y considera esa circunstancia como una comprensible consecuencia de la “teoría de la inmunidad soberana” a la vez que una paradoja, ya que la responsabilidad legislativa del Estado tiene en nuestro país fundamento constitucional al proscribirse el denominado “sacrificio especial”⁴⁸.

Cada vez son más las parcelas de la actividad pública que intentan ser sometidas al control y a la supervisión de los órganos competentes. Al respecto, cabe afirmar que mal puede darse una *teoría de la democracia* sin una adecuada *teoría del control*. Estos últimos se enlazan con las nociones tan difundidas últimamente de *responsiveness* y de *accountability*, que sirven hoy para legitimar cualquier sistema político que se precie de democrático.

El camino iniciado por la concurrencia del Juez ZAFFARONI en el caso “Bustos”, en este sentido, revela el comienzo de un proceso que, cimentado en las mejores construcciones de la teoría general del derecho, contribuirá decisivamente, a nuestro criterio, a la consolidación del Estado constitucional de Derecho.

IX. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE LEYES INCONSTITUCIONALES

CASAS⁴⁹ considera que, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal de Justicia, como regla general, salvo escasas excepciones, si el acto legislativo es regular o constitucional, aunque su aplicación ocasione daños a los particulares, no genera responsabilidad por parte del Estado. Estas excepciones pueden ser: 1) cuando existe un daño especial y significativo al particular⁵⁰; 2) cuando hay una lesión manifiesta al derecho de propiedad⁵¹, o 3) cuando la lesión proviene de una norma declarada inconstitucional⁵².

En este último aspecto, MARÍA GRACIELA REIRIZ⁵³ señala que si bien la ley es la máxima expresión de la legalidad, de todos modos, también se infringe el orden jurídico por su pugna con la Constitución nacional, máxima expresión

⁴⁸ ALBERTO B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, 1999, p. 95.

⁴⁹ JOSÉ OSVALDO CASAS, *op. cit.*

⁵⁰ CSJN *in re* “Carlos Reisz y Cía. SRL vs. Nación Argentina”, del 14/10/1960.

⁵¹ CSJN *in re* “Francisco Piria vs. Provincia de Buenos Aires”, del 8 de noviembre de 1939.

⁵² Sea esta emanada de una ley o decreto, existen para este último muchísimos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“SRL Acuña Hnos.”, del 17/2/1962, “Azucarera Buenos Aires”, del 22/11/1972, entre muchos otros).

⁵³ MARÍA G. REIRIZ, “Responsabilidad del Estado”, Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), Buenos Aires, 1969.

de la juridicidad, lo que determina la responsabilidad del Estado no sólo por los daños que se han causado al accionante victorioso en los estrados judiciales, sino a todos los restantes damnificados que no han transitado tal camino, pero que han sufrido las consecuencias del acto irregular.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

Vemos, luego de un desarrollo de la jurisprudencia y de la normativa imperante, el avance que ha tenido la responsabilidad del Estado, donde no sólo se expone sobre su relación contractual con el damnificado, sino extracontractual, tanto de su actuar o de su omisión en materia legislativa.

Para fundamentar la responsabilidad del Estado y la obligación de indemnizar los daños causados por actos legislativos, se ha argumentado a partir de las siguientes premisas:

1. *Igualdad*: la igualdad es la base de las cargas públicas, ya que no resulta justo, lógico ni admisible que las consecuencias dañosas de la actividad legislativa del Estado, inspirada en el bien común, sean soportadas exclusivamente por unos pocos y no por toda la colectividad beneficiada con la sanción de la ley.

2. *Enriquecimiento sin causa*: debe conjurarse el enriquecimiento sin causa del Estado, como ocurre cuando prohíbe una actividad a los particulares y la monopoliza a su favor.

3. *Utilidad pública*: todo cercenamiento de la propiedad particular por causa de utilidad pública, sobre la base de las reglas expropiatorias debe ser indemnizado.

4. *Derecho de propiedad*: los derechos individuales o los derechos adquiridos deben ser protegidos por encontrarse al reparo de la garantía constitucional del derecho de propiedad⁵⁴.

En cuanto a la indemnización por declaraciones de inconstitucionalidad de normas jurídicas, la doctrina ha entendido que si bien la ley es la máxima expresión de la legalidad, de todos modos, también se infringe el orden jurídico por su pugna con la Constitución nacional, lo que determina la responsabilidad del Estado, bajo ciertas excepciones y siempre que afecte los derechos de los particulares, de modo que no existe responsabilidad alguna cuando la afectación versa sobre expectativas⁵⁵.

⁵⁴ MARÍA G. REIRIZ, op. cit., cap. III, parág. 2, punto b) ps. 52 y ss., en particular ps. 57 a 61. Citado por JOSÉ CASAS, op. cit., p. 87.

⁵⁵ JORGE HÉCTOR DAMARCO, *La responsabilidad del Estado en materia tributaria*, La Ley, año 2010.

En sentido vulgar, el daño significa la destrucción o menoscabo de un bien por cualquier motivo, así sea por acción del titular o por caso fortuito. Para el Derecho, el daño interesa cuando atenta contra intereses ajenos, y dentro de una perspectiva lata, es la pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido ⁵⁶.

⁵⁶ MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Actuaciones por Daños*, ps. 48 y 69, Hammurabi, 2004.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina