

El rol del Estado en el Derecho de Daños

Por

Dra. Lidia MR Garrido Cordobera

1. Consideraciones previas

El Estado cumple complejas funciones en cuyo ejercicio entra, muchas veces en colisión con los intereses de los administrados y mucho se ha reflexionado sobre sus fines y funciones, sobre su personalidad y su responsabilidad, se han escrito libros y artículos abordando estos temas, y nuestro propósito es abordarlo como ya lo hicieramos en otras oportunidades desde la óptica del Derecho de Daños y volver a mirar ciertas cuestiones a la luz del “derecho de las víctimas”.

La cuestión medular que usualmente se plantea es saber si la responsabilidad del Estado difiere en sus reglas de la responsabilidad civil clásica, y por lo tanto, si es posible estructurar una teoría diferente y además qué bases podemos dar en nuestro derecho positivo¹.

Ya hemos fijado nuestra posición respecto al tradicional derecho de la responsabilidad civil en nuestro libro sobre Los daños colectivos y la reparación donde sostenemos que la noción-base es la distribución de los daños y el repartir sus consecuencias insertándonos en los autores que sostienen la existencia de un Derecho de daños con lineamientos propios y que contempla al Estado en este esquema.

Concretamente pretendemos plantear una visión integradora ante el daño injustamente sufrido por el accionar lícito del Estado y por las nuevas realidades que nos circundan y consideramos a este tema como uno de los pilares del estudio actual, siendo imperioso abordarlo con una cosmovisión y tratar de solucionar los conflictos que surgen constantemente por ese parcelamiento de las disciplinas que en él con-

¹ Tal lo expuesto por la doctrina administrativa y civilista, y conforme al planteamiento del Curso de Responsabilidad del Estado en Extensión Universitaria de la U.B.A., dictado por la Dra. Graciela Reiriz.

Debemos recordar que fue necesaria una evolución y todo un trabajo doctrinario para admitir la responsabilidad del Estado, y como observaremos, por ejemplo, persiste en torno al factor de atribución y a sus alcances por la actividad lícita la polémica, lo que nos permite, aunque de manera somera, a modo de punta del iceberg, atisbar la magnitud de la cuestión.

vergen (Derecho Constitucional, Derecho Político, Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Internacional Público).

Consideramos que debido a los caracteres de la sociedad actual, es menester tener en claro un concepto de "poder de policía" por los dilemas con los que nos enfrenta el daño colectivo y los intereses colectivos o difusos, que se hacen patentes en temas como el ambiental, la responsabilidad por productos, el daño nuclear y ciertos actos de violencia. Y merituar cuál es el papel protagónico o rol que le corresponde al Estado.

Cabe recalcar una vez más la posible aplicación de normas que, si bien pueden hallarse en el Código Civil, tengan el carácter de reglas o principios generales rectores para toda situación dañosa, sosteniendo, como lo hacemos, la unidad del fenómeno de la reparación, sin perjuicio de que la obligación del Estado de reparar los daños sufridos por los particulares encuentra fundamento, en nuestro Derecho positivo, en la Constitución Nacional y en la

existencia del "Estado de Derecho".

Es un tema apasionante que no sólo presenta una faz teórica sino que implica una toma de decisión política, pero no debemos olvidar que el Derecho de Daños no sólo tiene en miras la indemnización de las víctimas, sino que pone énfasis en la prevención, y es allí donde el Estado desempeña su rol fundamental.

Antes de analizar la temática central realizaremos algunas aproximaciones a ciertos aspectos vinculados, para lograr así un mejor acotamiento, ya que existen una serie de nociones y elaboraciones que deben darse necesariamente por conocidas, pues sería imposible incluirlas acabadamente en el presente trabajo, y que escapan, aunque influyan, al núcleo del rol del Estado dentro del sistema del Derecho de Daños².

Si pretendiéramos dar una noción de lo que puede entenderse por "Estado", debiéramos intentar remontarnos en la historia hasta llegar al momento actual, pasando por Maquiavelo³. Pero

² Nos hemos visto en la necesidad de acotar los temas y debemos prescindir de desarrollar cada uno de los conceptos con los que nos manejamos, ya que de por sí muchos de ellos son polémicos como lo demuestran los autores de Derecho Administrativo Comparado.

³ En este intento hallaremos al remontarnos en la historia, que los helenos denominaban "polis" a la organización de la ciudad, los romanos utilizaban "civitas" en una forma similar y luego acuñaron el término "res publica". Fue a comienzos del siglo XV, generalizándose en Italia la necesidad de una denominación que describiera la ciudad como entidad jurídico-política y su gobierno, y en ese sentido se plasma en *El Príncipe*, la clásica obra de Maquiavelo. A fines del siglo XVI, Bodin emplea la palabra "republicque" al referirse al Estado en general, y reserva el término "état" para la forma de gobierno. Podemos mencionar también que en los comienzos del siglo XVII, tanto Shakespeare como Loyseau utilizan el término en el sentido amplio de Maquiavelo, según lo puntualiza Smith en el *Diccionario Enciclopédico Omeba*. Para un mayor desarrollo puede consultarse Smith, Juan Carlos: "Estado", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. X, ps. 816 y ss., Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1959.

la situación actual, reflejada por nuestros autores y los extranjeros, muestra una diversidad de puntos de vista en cuanto a la definición del Estado⁴.

Nosotros consideramos que el Estado es una organización necesaria, con facultades y atribuciones que le son propias. Puede caracterizársele, entonces, como la organización jurídico-política de una comunidad, tendiente a lograr de un modo sistemático y efectivo la ordenación de la vida social, con una autoridad suprema, dentro de un territorio y en las condiciones determinadas por factores históricos y culturales.

Puntualiza Bielsa que el Estado se caracteriza como poder jurídico, y presupone dos elementos materiales (población y territorio) y un elemento formal (el poder o *imperium*)⁵.

En cuanto al elemento teleológico del Estado, también éste ha suscitado múltiples estudios, como lo reseña Adolfo Posada en su *Tratado de Derecho Político*, y es sumamente importante en cuanto se pretenda establecer el rol que le corresponde al Estado en la or-

ganización de la vida social y en especial en el Derecho de Daños.

Podemos recordar las palabras finales de este autor al cerrar la cuestión, que involucran la real dimensión del problema de la finalidad del Estado en los Estados contemporáneos, y que se puede ligar a los Sistemas de Seguridad del Derecho Comparado, que sentencian que el fin del Estado se concreta en un régimen de obligaciones para el Estado mismo⁶.

Consideramos cierta la afirmación de que la institución del Estado se asienta en la creencia de que la calidad de vida bajo su organización y sus restricciones es superior a la que pueda realizarse individualmente, y que se debe tender al imperio del "estado de derecho" y a lograr el bienestar general, como lo expresa nuestra Constitución Nacional.

Al respecto, Cavalcanti señala que el Estado existe en vista y para el bien de la comunidad, y puede sacrificar intereses individuales cuando el bien general así lo exige; pero el bien colecti-

⁴ A la pregunta de qué es el Estado, las respuestas se diversifican y lo conciben como un ser de la naturaleza, una relación de fuerza, el espíritu objetivo, una realidad social, como conteniendo una doble faz (una real y una ideal), un sistema normativo. Además, apenas se plantea la cuestión de la personalidad del Estado los caminos nuevamente se bifurcan. Ver: Altamira Gigena, Julio: *Responsabilidad del Estado*, ps. 22 y ss., Ed. Astrea, Bs. As., 1973; Diez, Manuel María: *Derecho Administrativo*, t. 1, ps. 7 y ss., Ed. Omeba, Bs. As., 1963.

⁵ Bielsa, Rafael: *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., t. 1, ps. 87 y ss., Ed. El Ateneo, Bs. As., 1947.

⁶ Posadas, Adolfo: *Tratado de Derecho Político*, t. 1, ps. 302 y ss., Ed. Góngora, Madrid, 1955. Este autor manifiesta: "El problema del fin en los Estados contemporáneos, es, en esencia, un complejo problema de derecho... ¿Puede el Estado abstenerse ante el espectáculo de necesidades esenciales no satisfechas, en el supuesto que se da cuenta de la situación que revela la no satisfacción de esas necesidades?"

vo es el bien de los individuos que componen el Estado, de modo tal que los efectos del mal originado por él deben ser distribuidos entre la colectividad, así como ella aprovecha los efectos del bien común⁷.

Autores como Cassagne prefieren plantear la cuestión distinguiendo al "Estado benefactor", que se halla en crisis, del "Estado subsidiario", pero aún éste "no puede renunciar a su función supletoria, exclusiva o concurrente con la actuación privada, en materia de previsión social, salud, educación, etc. ...", y su finalidad —el bien común— se halla subordinada al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil⁸.

Asimismo, en la evolución del tema se han elaborado las distinciones entre actos de gestión y actos de imperio; éstos últimos se regirán por el Derecho Administrativo y los primeros por el Derecho Civil; y se ha distinguido entre "falta personal" y "falta de servicio" ⁹.

En cuanto a la responsabilidad del Estado, ésta puede ser objeto de una serie de clasificaciones que han originado profundos estudios de los doctrina-

rios, y que podemos sintetizar así:

- a) estar referida al ámbito internacional o al interno;
- b) debe ser regida por las normas del Derecho Público o del Derecho Privado;
- c) corresponder a un actuar lícito o ilícito del Estado;
- d) insertarse en el ámbito de la responsabilidad contractual o pertenecer al ámbito contractual;
- e) incumbir a una actividad legislativa, judicial o administrativa;
- f) Provenir de una responsabilidad expresa o inferirse de normas o principios aplicables al caso; y
- g) ser directa o subsidiaria .

Con respecto a la responsabilidad del funcionario consideramos que ésta debe ser aplicada y que el Estado debe gozar de la acción de repetición cuando ha solventado, frente a la víctima, la indemnización y coincidimos con Reiriz de que ante la existencia de una norma concreta como el art. 1112, ésta debe ser aplicada conjugándose armoniosamente la responsabilidad del Estado con la del funcionario para "salvaguardar los principios y moralizar la vida administrativa"¹⁰.

⁷ Garrido, Roque Fortunato, y Andorno, Luis: *El art. 1113 del Código Civil*, p. 150, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1983.

⁸ Casagne, Juan Carlos: *La transformación del Estado*, "L.L.", 1990-E, ps. 899 y ss. y 1078 y ss.

⁹ Bielsa, Rafael, ob. cit., t. 1, ps. 207 y ss., y t. 2, ps. 372 y ss.; Reiriz, María Graciela: *La responsabilidad del Estado*, ps. 109 y ss., Bs. As., 1969.

¹⁰ Creemos firmemente que se debe responsabilizar al funcionario, tal es la tendencia de nuestros más grandes Doctrinarios y la que se encuentra en el derecho comparado.

Nos interesa primordialmente la responsabilidad del Estado por los actos lícitos en el ámbito extracontractual, ya que es allí donde observamos las mayores dificultades para intentar unir las vertientes en el daño colectivo y resolver la cuestión de los riesgos sociales, y también saber si el Estado es el garante de la “cosa común”.

Debemos tener presente que en nuestro país existe un reconocimiento de que la responsabilidad estatal se halla en una fase de Derecho Público y que no pretendemos retrotraer esa evolución alcanzada, sino sostener que el Derecho de Daños debe erigirse por encima de la antinomia Derecho Civil-Derecho Administrativo, y resolver la cuestión de un daño injustamente sufrido.

2. La “responsabilidad civil” del Estado y sus fundamentos

Volvemos a decir que esto que hoy se nos presenta como una realidad cotidiana poniendo a prueba los diferentes derechos positivos y los fundamentos de la responsabilidad civil, y que es tomado por el Derecho de Daños como uno de sus capítulos despertando pasiones en los congresos en los que se plantea por el angustioso dilema de ponerle límites es, en realidad, una cuestión relativamente moderna, si bien constituye un tema de honda gravitación en el mundo actual, pues, co-

mo señala Reiriz en el epílogo de su obra sobre este tema, la multiplicación de funciones, la estrecha interdependencia económica, social y política, “hacen que los daños causados por los Estados tengan una entidad y gravedad antes insospechada”¹¹.

Suele admitir en la doctrina varias denominaciones: se la llama responsabilidad civil para distinguirla de otros tipos de responsabilidades, o bien se la califica como responsabilidad patrimonial; aunque éstas no difieren en los supuestos que abarcan, dejan trasuntar una cuestión ideológica y podemos, puntualizar que se dan tres etapas evolutivas: I – fase de la irresponsabilidad ligada a la noción absolutista; II – fase civilista basada en la individualidad y los requisitos de los Códigos Civiles, y III – fase del Derecho Público en la que se afirma el derecho social, que sería la etapa en que se inserta el Derecho de Daños¹².

Recordemos que en Derecho Público, durante mucho tiempo, la idea de soberanía presentaba uno de los ejes fundamentales, y fue justamente una de las barreras que tuvo que ser derribada para lograr un Estado responsable frente a los ciudadanos.

Compartimos la concepción de que nunca la “soberanía puede ser sinónimo de impunidad. Soberanía significa

¹¹ Reiriz, María Graciela, ob. cit., ps. 169.

¹² Garrido, Roque F., y Andorno, Luis, ob. cit., ps. 148 y ss. Para la evolución histórica desde el Estado irresponsable hasta nuestros días, en el Derecho comparado puede consultarse Reiriz, ob. cit., ps. 1 y ss., también Bielsa, Diez, Marienhoff, Altamira Gigena, entre otros.

el ejercicio de poderes superiores pero dentro del derecho, dentro de normas legales o constitucionales que fijan la conducta a observar por los funcionarios del Estado"¹³. Acuña Anzorena, Garrido, Andorno, Morello, Mosset Iturraspe y otros coinciden con esta reflexión, y en lugar de la presunción de infabilidad del poder público se erigirá el principio de la obligación del Estado de reparar todo el daño indebidamente producido.

Cualquiera fuere la concepción sociopolítica a la que haya adscrito un pueblo, sus postulados fundamentales conducen al reconocimiento de la responsabilidad estatal por los daños que ocasione en ejercicio de sus funciones y todos los autores parecen confluír en la necesidad actual de adoptar un sistema más o menos amplio de responsabilidad estatal y de los funcionarios, pero recordemos que esto, en definitiva, contiene también un elemento de decisión política.

Podemos compartir el pensamiento con que sentencia la cuestión un autor nacional en uno de los primeros trabajos

sobre este tema, pues es cierto que repugnaría a los principios de la Justicia y de la Equidad que la víctima de un acto estatal no pudiese obtener una reparación por "el sólo hecho de que tal violación ha sido cometida por el guardián del orden jurídico: el Estado" ¹⁴.

El nudo de la cuestión es saber si el Estado tiene, o no tiene, el deber jurídico de no dañar, y si el orden jurídico prevé sanciones para tal supuesto; apuntamos aquí que nuestro más alto tribunal ha sostenido que el principio "*altem non laidere*" posee raíz constitucional y es aplicable al Estado¹⁵.

En el ámbito jurisprudencial, en nuestro país, desde el "caso Devoto" –que marca un hito en la responsabilidad extracontractual del Estado–, toda esta temática ha continuado su perfeccionamiento¹⁶. En tal sentido se ha reconocido el derecho a ser indemnizado cuando ha mediado una actividad lícita, pero dañosa por parte del Estado como ha ocurrido por ejemplo *in re* "Cantón c/Gob. Nacional"¹⁷.

¹³ Marienhoff, Miguel, ob. cit., pas. 693 y ss. Este autor cita a Bullrich, quien sustentará esta posición en sus obras *La responsabilidad del Estado* y *Curso de Derecho Administrativo*. Acuña Anzorena, Arturo: *Estudios sobre responsabilidad civil*, actualizado por Augusto M. Morello, pas. 165 y ss., Ed. Platense, 1963; sostiene que en lugar de infabilidad del poder público, se erigió como principio la obligación del Estado de reparar todo daño indebidamente producido. Ver también: Garrido, Roque F., y Andorno, Luis: ob. cit., p. 150.

¹⁴ Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 18.

¹⁵ Alterini, Atilio Anibal: *Lesión al crédito y responsabilidad del Estado*, p. 77, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990.

¹⁶ "Devoto c/Gob. Nacional", "Fallos", 169, 111. Se puede consultar nota crítica de Rafael Bielsa, en "J.A.", t. 43, p. 416.

¹⁷ Garrido, Roque F., y Andorno, Luis, ob. cit., p. 164, señalan que "se trata por lo tanto de un precedente judicial muy importante toda vez que se admite la responsabilidad estatal por actos administrativos lícitos que provocan perjuicios a derechos de particulares válidamente constituidos bajo normativas preexistentes". Puede consultarse también "L.L.", 1979-C, 219, con nota de Jorge Mosset Iturraspe.

La responsabilidad estatal por actos ilícitos sería la que, originada en un hecho o acto de la administración, de la legislatura o de la judicatura, ocasiona un daño a un particular quebrando ciertos principios de igualdad, pero que no proviene de un actuar ilegítimo sino del ejercicio de atribuciones que le son propias.

Podemos, desde luego, mencionar que ya en 1943, a partir del conocido “caso Laplacette”, tiene consagración la tesis de la responsabilidad del Estado cuando el acto es lícito, pero, a la vez, lesivo¹⁸. En esta línea suelen recalcar-se “Los Pinos c/M.C.B.A.”, del 22 de diciembre de 1975, el “caso Cantón” ya mencionado, “Sánchez Granel, Obras de Ingeniería S.A. c/Dirección Nacional de Vialidad”, “Alzaga de Lanusse c/Pcia. de Bs. As.”, como hitos clásicos fundamentales¹⁹.

Es saber qué pesa más en la balanza de la Justicia, como dicen Mosset Iturraspe, Kemelmajer y Parellada, la injusticia del daño o la injusticia del obrar; estamos convencidos de que los daños injustamente sufridos deben obtener una reparación²⁰.

Pero la cuestión suele plantearse, una vez aceptada la premisa de la responsabilidad estatal en los términos de saber si ésta es igual a la teoría de la responsabilidad civil clásica, o si puede construirse una teoría propia teniendo en cuenta el carácter público del sujeto obligado, y que su actuar es lícito y el interés es general²¹.

Agregamos una posibilidad más, la de incluirla dentro del Derecho de Daños; como podremos apreciar, esto puede alarmar tanto a los civilistas tradicionales –apegados al criterio estricto de la reunión de todos los elementos tradicionales y que erigen a la culpa como exponente supremo– como a los que consideran que los sistemas de seguridad (fondos de garantía) deben pertenecer al Derecho Administrativo.

También, pensamos, originará resquemores en el Derecho Administrativo, pues probablemente se considere que es una invasión del Derecho Civil; pero autores como García de Enterría, en España, manifiestan que se basa en “una garantía integral del patrimonio privado frente a una acción administrativa”, y esa “garantía” es lo que

¹⁸ “Laplacette s/sucesión”, “L.L.”, t. 29, p. 697; Andorno, Luis Orlando: *La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva*, en *Responsabilidad por Daños*, ps. 77 y ss., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990.

¹⁹ “Los Pinos c/M.C.B.A.”, “L.L.”, 1976-B, con nota de Canasi; “Cantón c/Gob. Nac.”, “L.L.”, 1979-C-219; “Sánchez Granel c/D. Nac. de Vialidad”, “E.D.”, semanario del 13/12/84. También suelen citarse “Ferrocarril Oeste c/Pcia. de Bs. As.”, “Asociación Escuela Popular Germánica c/Gob. Nacional”, “Vadell c/Pcia. de Bs. As.”, pues son sumamente importantes.

²⁰ Mosset Iturraspe, Jorge; Kemelmajer de Carlucci, Aída, y Parellada, Carlos A.: *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Santa Fé, 1986.

²¹ Reiriz, María Graciela, Curso de posgrado sobre responsabilidad del Estado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A.

permite la distribución de los daños ²².

La doctrina nacional se muestra pacífica en aceptar que la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos reconoce como presupuestos básicos su actividad, el daño, la relación causal y el factor de atribución, y que deviene como una consecuencia lógica del estado de derecho.

Nosotros creemos firmemente, tal como lo sostuvimos ya en el Congreso de San Juan de 1986, y que se plasmara en el Despacho mayoritario, que tal responsabilidad es directa y objetiva y se basa en normas de nuestra Carta fundamental, principios y normas del Derecho Público que rigen casos particulares, y en ausencia de ley específica en disposiciones que sustentan el deber de reparar del Derecho común ²³.

El Derecho de Daños, que tiene su cen-

tro de gravedad en el daño injustamente sufrido, se asienta en la idea de Justicia y de solidaridad social, y contiene un criterio unitario común al Derecho Público y al Derecho Privado, basándose en las normas de la Constitución Nacional y en leyes tanto civiles como de Derecho Público.

Podemos señalar los siguientes fundamentos doctrinarios:

a) Teoría de la representación: se basa en que los actos que realiza el representante se reputan realizados por el representado, fundándose la responsabilidad en la culpa *"in vigilando"* o *"in eligiendo"*, o modernamente en el factor objetivo de garantía²⁴.

b) Teoría de la expropiación: Se considera a Consolo como uno de sus exponentes, quien sostiene que "el derecho de propiedad del ciudadano si debe ceder al bien público, no debe ser sa-

²² García de Entrerría, Eduardo, y Fernández, Ramón, ob. cit., pas. 304 y ss.

²³ Conclusiones de las 3^{ras}. Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, Comisión IV, despacho de *le-ge data*, punto 4:

"La responsabilidad extracontractual derivada de la actividad lícita lesiva del Estado forma parte integrante de la Teoría general del Derecho de Daños. Dicha responsabilidad es directa y objetiva; tal deber de reparar se basa en normas de la Constitución Nacional y principios y normas del Derecho Público que rigen casos particulares.

"Ante la ausencia de previsión normativa específica se aplicarán:

a) las disposiciones que gobiernan el deber de reparar en el derecho común (Andorno, Bueres, Carlucci, Garrido Cordobera, Mundet, Laplacet, Messina de Estrella Gutiérrez, entre otros);

"b) las disposiciones que gobiernan el deber de reparar en la analogía de los supuestos contemplados en el Derecho Público porque tienen en común el accionar del Estado en el interés público de la comunidad (Ghersy y Bossert);

"c) enmarcándose el caso en una problemática interdisciplinaria, no es posible prescindir de la conjugación de preceptos y principios que brindan el Derecho Administrativo y Civil, lo que se refleja especialmente cuando se pretende fijar la extensión del *quantum* indemnizatorio (Palacio)".

Puede consultarse el fallo plenario de las cámaras civiles de la Capital Federal: "Ricci c/M.C.B.A.", del 3/3/88.

²⁴ Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 75.

crificando al mismo"; de la regla de la expropiación hace surgir un principio de carácter universal de que el patrimonio de los administrados no debe sufrir ningún daño que pueda derivarse de una actividad del Estado²⁵.

c) Teoría del sacrificio especial: Atribuida a Mayer, contiene el aporte de ser aplicable al tacto estatal aunque éste sea legal, "cuando haya perjudicado a un individuo de manera desigual y desproporcionada con respecto a los demás", y establece ciertos requisitos²⁶.

d) Teoría de la igualdad ante las cargas públicas: Teissier extrae del art. 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano un principio: "Los ciudadanos no deben sufrir más, los unos que los otros, las cargas impuestas en interés de todos"; pero, lamentablemente, va a tratar de acotar los alcances de su propuesta estableciendo que los particulares deben soportar sin derecho a indemnización los perjuicios emergentes del ejercicio legítimo y regular de los poderes públicos, y del funcionamiento normal de los servicios públicos en interés general²⁷.

e) Teoría del enriquecimiento sin causa

y del abuso de derecho: Sostenida por Hauriou, considera que el principio de justicia sobre el que debe fundarse la indemnización es el enriquecimiento sin causa y debe reunir por lo tanto sus extremos ordinarios (empobrecimiento en el patrimonio del particular, ausencia de justa causa y enriquecimiento en el Estado); menciona, pero no desarrolla, el abuso de derecho para los daños causados sin culpa por las operaciones administrativas²⁸.

f) Teoría de los derechos adquiridos: La posición de Gierke se basa en el principio del derecho natural de la inviolabilidad de los derechos adquiridos: cuando esto ocurre nace un derecho de indemnización contra el Estado²⁹.

g) Teoría del riesgo: Fue Duguit quien se alejó de las ideas de ilegalidad y culpa para plantear la cuestión con un criterio objetivo; habla del "riesgo", pero como niega personalidad al Estado, hace responsable a la "Caja Pública", que funciona como un fondo o seguro colectivo que reparará el perjuicio particular en pro del interés colectivo: su criterio sigue siendo de aplicación en Francia y se ha expandido notablemente³⁰.

h) Teoría de la estricta justicia: Sosteni-

²⁵ Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 27

²⁶ Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 28; Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 83.

²⁷ Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 29; Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 77.

²⁸ Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 30

²⁹ Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 35

³⁰ Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 37; Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 80.

da por Félix Sarria, quien manifiesta de que si se sostiene que el Estado es o debe ser justicia, si esto es su esencia, no puede quedar excluido cuando se trate de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño, previsible o no, causado por las cosas del servicio público³¹.

i) Teoría de la solidaridad: Defendida en nuestro país por Altamira Gigena, impone la obligación de resarcir en virtud de un acto de justicia distributiva que la sociedad está obligada a realizar para con aquellas personas que, por hechos que no les son imputables, se encuentran en una situación de inferioridad para cumplir su fin individual y social, siendo el Estado el órgano por el cual la sociedad realiza ese acto de solidaridad, a menos que el funcionario o agente se haya extralimitado ostensiblemente en el ejercicio de sus funciones³².

j) Teoría del bien común: Sustentada por Altamira Gigena en su obra, significaría que corresponde indemnizar los perjuicios que se ocasionen por la actividad de la administración, pues el bien de toda la comunidad no puede encontrarse satisfecho si un miembro o un grupo de miembros sufre los daños sin obtener reparación³³.

En nuestro país se puede sostener que el fundamento es el estado de derecho,

y que nuestra Constitución plasma una serie de normas que permiten dar base legal a la responsabilidad del Estado, por ej., arts. 4, 14 al 20, 31 y 1 concordantes éstos, a su vez, pueden reconocer su fundamentación teórica, como lo señala Reiriz en alguna de las teorías que hemos expuesto .

En realidad, las ideas que se han ido elaborando a través de los años pueden compaginarse, pues no todas son contradictorias; podemos reconocer la existencia de nuestras normas constitucionales y del Preámbulo y a la vez aceptar la responsabilidad objetiva por garantía o por riesgo en el actuar del Estado.

En esta etapa de nuestros lineamientos debemos apuntar que la discusión de la aplicación de las normas del Código Civil a las cuestiones de responsabilidad del Estado han dividido las aguas de nuestra doctrina nacional, y aún suscitan ciertas airadas opiniones en temas como el daño moral en los supuestos de actividad lícita estatal.

Entre los autores que se opusieron tenazmente a la aplicación analógica del Código Civil para fundar la responsabilidad extracontractual del Estado podemos mencionar a Bielsa, quien critica a la jurisprudencia iniciada con el "caso Devoto", en 1933³⁴.

³¹ Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 85.

³² Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 86.

³³ Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 88 y ss.

³⁴ Puede consultarse "J.A.", 43, p. 416.

Pero recordemos también la opinión de Marienhoff, que compartimos en muchos aspectos, de que las normas del Código Civil pueden ser aplicadas por analogía, pero también son susceptibles de ser consideradas como principios o normas generales válidas para todos: es una aplicación directa de normas³⁵.

Consideramos que los principios y elementos que configuran la obligación de reparar constituyen parte de la teoría general, en la que no interesa tanto dónde se encuentran las disposiciones normativas sino el fin que ellas persigan.

Veamos entonces el problema desde la sanción del Código Civil: Vélez Sarsfield partió de la tesis de la ficción en cuanto a las personas jurídicas; éstas eran incapaces de hecho y debían valerse de sus representantes, pero en virtud del texto del art. 43 no podían ejercerse acciones civiles extracontractuales contra ellas basadas en el actuar de sus representantes.

La ejecución de un hecho ilícito implicaba siempre la extralimitación de la representación, conforme a lo estipulado en el art. 36 del Código Civil.

La doctrina tradicional sustentada hasta el "caso Devoto" partía de ciertos postulados, a saber: a) la doble personalidad del Estado; b) cuando el Esta-

do obra como poder público, en virtud de la soberanía, es irresponsable; c) es responsable solamente en el ámbito contractual; d) responde por su actividad excepcionalmente cuando una ley expresamente lo establece.

Señala Reiriz que tal posición sustentada por la Corte adolecía de dos defectos capitales: la supuesta existencia de la doble personalidad del Estado y la aplicación de las normas de Derecho Civil en materia de personas jurídicas y de responsabilidad a situaciones del Derecho Público³⁶.

Con el fallo "pretoriano" del 22 de septiembre de 1933 se consagra la responsabilidad extracontractual del Estado basándose en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, e ignorando los arts. 36 y 43, iniciando así una polémica con respecto al criterio de la Corte. Exponentes de tal situación son las posiciones de Bullrich y de Bielsa.

Ante la ausencia de legislación específica, la Corte continuó su avance, tal como lo reflejan los fallos "Ferrocarriil Oeste c/Pcia. de Bs. As.", del 3 de marzo de 1938, hasta "Vadell c/Pcia. de Bs. As.", del 28 de diciembre de 1984, por citar algunos ejemplos, aunque a partir de 1968 se suprime la gran valla del art. 43 del Código Civil.

Podemos recordar el pensamiento de Linares Quintana de que cuando el Es-

³⁵ Marienhoff, Miguel, ob. cit. t. 1, ps. 173 y ss.

³⁶ Reiriz, María Graciela, ob. cit., ps. 84 y ss.

tado lesiona derechos de terceros, está obligado a reparar basado en el principio de igualdad ante las cargas públicas, aún en los supuestos de una actividad legislativa, ilustrando su posición con casos del Derecho francés³⁷.

Con la reforma de la ley 17.711 se establece una redacción que resulta armónica con la jurisprudencia de la responsabilidad del Estado, al preceptuar en el art. 43: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o sus cosas, en las condiciones establecidas en el título: "«De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos»".

Dicho texto, según Garrido y Andorno, implicaría en su primera parte la consagración de una responsabilidad directa de la persona jurídica y en la referencia a los dependientes una responsabilidad indirecta o refleja, igual a la consagrada para las personas físicas³⁸.

La frase "con motivo o en ocasión" ha suscitado en la doctrina las críticas, hoy abandonadas, de Llambías y la consagración en la jurisprudencia del criterio amplio.

En cuanto al tipo de responsabilidad y las normas del Código que las fundamentan, podemos señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce, luego de aceptar la responsabilidad del Estado, las líneas que la asientan en los arts. 1109 y 1113, o bien conjugando el art. 1112 y el 1113, que establecen una responsabilidad indirecta³⁹.

Pero existen fallos como "Vadell" u "Hotelera Río de la Plata", que consagran la responsabilidad directa del Estado, criterio con el que concordamos⁴⁰.

Esta responsabilidad, en nuestra opinión, se asienta en un criterio objetivo de atribución, denominado en el Derecho Administrativo "falta de servicio" (*faute du service*), de carácter impersonal y objetivo, ligando al funcionamiento del servicio público también el "riesgo de la actividad".

³⁷ Linares Quintana, Segundo: *La responsabilidad del Estado*, "L.L.", t. 36, p. 1092.

³⁸ Garrido, Roque F., y Andorno, Luis O., ob. cit., ps. 124 y ss.

³⁹ En nuestra jurisprudencia se pueden sostener estas líneas luego de abandonar el sistema de la irresponsabilidad fundada:

a) en los arts. 1109 y 1113 (p.e., fallo "Irala Arias");

b) en los arts. 1112 y 1113 (p.e., fallos "Lucena" y "Valenzuela");

c) en el art. 1112 (p.e., fallos "Vadell" y "Hotelera Río de la Plata").

Sobre este último criterio de una responsabilidad directa basada en la norma del art. 1112 puede consultarse "L.L.", 1986-B, 105 ss., con un comentario de Roberto García Martínez: La responsabilidad del Estado y los principios generales del Derecho que sustenta un criterio de reparación plena.

⁴⁰ Se basan en el art. 1112 del Código Civil. Puede consultarse sobre la interpretación de este artículo y su análisis exegético de las citas del Codificador a Viviana-Bonpland, en "L.L.", 1987-A-779.

Entendemos que no existe ningún impedimento para establecer la responsabilidad del Estado en virtud de la teoría del riesgo creado, pues en nuestro sistema ha sido receptado y no puede limitarse la norma del art. 1113, 2ª parte, a los supuestos de los automotores.

Recordemos las palabras de Aguiar Días quien, citando a Lessa, responde a los temores de quienes consideran que tal sistema de responsabilidad viene a "aumentar desmesuradamente una fuente de cargas ya bastante onerosa", pues "de suceder tal cosa, el hecho sólo revelaría el mal funcionamiento del servicio público y el desorden de la administración"⁴¹.

Pero debemos señalar que en muchas situaciones coexistirán la responsabilidad del Estado y la de los agentes implicados, debiendo éstos ser obligados a afrontar su responsabilidad y no descargarla sobre aquél; deberíamos ser más rigurosos y no tan indulgentes con sus faltas, y esto requiere más impulso doctrinario y jurisprudencial pa-

ra concienciar a la comunidad .

Ante la víctima, es el Estado el que muchas veces soportará el pago de la indemnización; pero siempre debe gozar de la acción contra los funcionarios comprometidos para obtener el reembolso de lo pagado por su causa⁴².

Pese a todo lo que venimos sosteniendo, al creciente avance de la solidaridad en el Derecho y la captación a cargo del Estado de los "riesgos sociales", es necesario manifestar una vez más que en nuestro sistema las normas de la Constitución Nacional dan la base normativa fundamental en la materia⁴³.

El Código Civil es de aplicación en cuanto base de la teoría general del Derecho de Daños o de la obligación de responder. Al situarnos, como lo hacemos, en el Derecho de Daños, la coexistencia de normas de Derecho Público y de Derecho Privado, que en muchos casos constituyen aplicaciones o verdaderos principios generales, es una constante, pues se pre-

⁴¹ Aguiar Días, José: *Tratado de la responsabilidad civil*, p. 226, Bs. As., 1957. Es por esto que creemos que son compatibles en su espíritu los artículos 1112 y 1113, segunda parte.

⁴² Entre las obras que se dedican a este tema podemos señalar la de Ghersi, Martínez Vivot (h), De Antueno, Marces y Cruchaga: *Responsabilidad de los funcionarios públicos, responsabilidad civil, penal, constitucional, administrativa y política*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1987. También el libro de las I Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil en Homenaje a Augusto M. Morello, de mayo de 1987.

La legislación que se dicte debe prever explícitamente la responsabilidad del funcionario frente a los terceros y al mismo Estado.

⁴³ Las normas de la Constitución Nacional que fundan la responsabilidad del Estado son los arts. 4, 14 al 20, 31 y cc. Puede consultarse el desarrollo explicativo que Reiriz realiza en su libro (ob. cit., ps. 41 y ss.). Todos nuestros autores modernos coinciden con respecto al fundamento de la responsabilidad del Estado en el estado de derecho consagrado en nuestras normas constitucionales.

tende armonizar saltando los antagonismos y las divisiones para solucionar los conflictos de la manera más justa.

Pero nuestra realidad nos muestra graves zonas irritativas con respecto a los rubros indemnizables y a la prescripción por los daños provenientes de la actividad lícita lesiva del Estado, lo que demuestra que la cuestión no está aún cerrada⁴⁴.

3. Teorías de la indemnización y de la reparación

Aparentemente, la palabra “responsabilidad” implica siempre la idea de una regla violada y la presencia del elemento subjetivo culpa, pero ya hemos sostenido que esto no es así, más debemos ser realistas y notar la presencia de esta ideología aún en nuestros días.

Coincidente con esto va a surgir la gran crítica al intentar hallar un Estado responsable por su actividad lícita, pues muchos estudiosos del Derecho Público no consideran al “riesgo” u otros factores objetivos como en igualdad ante la “culpa”, pero lo cierto es que en nuestro sistema se hallan ambos factores compartiendo

el sistema de la responsabilidad.

En el Derecho Público, sustentadas por Garrido Falla y García de Enterría en España, han surgido las teorías que nos ocupan, ya que son de aplicación o llegarán a serlo en el Derecho argentino. Cabe advertir que las líneas fundamentales difieren sustancialmente:

Para Garrido Falla, la “indemnización” es una “reparación debida por la Administración Pública al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legítimo de una potestad administrativa”; aclara, además, que el sacrificio del derecho particular se realiza por la administración legítimamente, o sea que el daño que el particular sufre no es, en ningún caso, la consecuencia de una actividad ilegal⁴⁵.

La teoría sustentada por este autor es típica del Derecho Público, como él mismo lo expresa, y encuentra su fundamento en la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, a veces auxiliada por el enriquecimiento sin causa, siendo una consecuencia “de las internas exigencias” y no una aplicación paralela de las “categorías civilistas de

⁴⁴ Se discute la procedencia, o no, del lucro cesante y del daño moral. En cuanto al plazo de prescripción, el plenario “Ricci” recepta la pauta de los dos años pese a que los fundamentos de los votos de los camaristas demuestran la discrepancia de si corresponde el de dos, o diez años. Es por esto, y por ser básicamente una cuestión de decisión política, que se requiere el dictado de una ley que expresamente solucione la cuestión.

⁴⁵ Garrido Falla, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 240, Madrid. Este autor le dedica al tratamiento del tema su Capítulo 4 denominado “La teoría de la indemnización en el Derecho Público”.

la responsabilidad por culpa y riesgo"⁴⁶.

Además, otra particularidad consiste en distinguir la responsabilidad patrimonial de la administración, que surge, como consecuencia de la actividad ilícita o sin título jurídico para hacerlo, de la teoría de la indemnización que se aplica a la actividad lícita.

Considera que para que se reconozca el derecho a indemnización deben darse los siguientes requisitos: singularidad del daño, efectividad de la protección jurídica del derecho que se sacrifica y mensurabilidad económica del daño⁴⁷.

En cuanto a la medida de la indemnización, establece dos reglas: 1) Debe indemnizarse el daño efectivamente soportado por el particular, pero sin que la indemnización pueda convertirse nunca en motivo de lucro. 2) La indemnización debe limitarse al daño emergente, sin que se deba tener en cuenta el denominado lucro cesante⁴⁸.

Pero recalca que en la aplicación práctica de estas reglas deben distinguirse los supuestos de a) expropiación, b)

prestaciones personales, c) otros derechos⁴⁹. Además de su elaboración doctrinal, contiene un juicio muy duro contra el intento sostenido por García de Enterría de hallar una base y fundamento común a la indemnización y a la responsabilidad, sobre todo en una larga nota, sumamente interesante⁵⁰.

En la otra posición se enrolan García de Enterría y Fernández, para quienes las instituciones aparentemente tan disímiles como la expropiación forzosa y la responsabilidad civil de la Administración tienen como referencia común la lesión patrimonial de un administrado producida por la actuación administrativa⁵¹.

Especifican que el sistema de responsabilidad es directo y objetivo, aproximándose a la profecía que Duguit hizo hace medio siglo, y prescinden acertadamente de la licitud o ilicitud del acto originador del daño⁵².

Consideran que la responsabilidad, al desprenderse de toda idea de ilicitud y culpa ya no reposa en la sanción de la acción de un sujeto culpable, sino en un principio abstracto de garantía, convirtiéndose en un mecanismo obje-

⁴⁶ Garrido Falla, Fernando, ob. cit., p. 241.

⁴⁷ Garrido Falla, Fernando, ob. cit., ps. 250 y ss.

⁴⁸ Garrido Falla, Fernando, ob. cit., p. 254.

⁴⁹ Garrido Falla, Fernando, ob. cit., ps. 255 y ss.

⁵⁰ Garrido Falla, Fernando, ob. cit., p. 243 y nota 9.

⁵¹ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 317 y ss.

⁵² García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 317 y ss.

tivo de reparación que se pone en funcionamiento “sólo si, y en la medida en que se ha producido una lesión patrimonial”⁵³.

Se preocupan por distinguir los conceptos de perjuicio, al que le asignan un contenido amplio, y el de “lesión resarcible”, que tiene la característica de ser antijurídico ya que el sujeto que lo sufre no tiene un deber jurídico de soportarlo; ser patrimonialmente evaluable, aceptando la inclusión de los daños morales, y ser efectivo, lo que apunta a la característica de certeza contraria a la eventualidad del daño ⁵⁴.

Además, para alejar toda duda, manifiestan que el problema de la imputación, o sea, la atribución por el ordenamiento jurídico de las consecuencias de un evento dañoso, persigue el fin de localizar un patrimonio que pueda hacer efectiva la reparación.

Con respecto a cuál es la base o título por el cual se puede atribuir a la administración el deber de reparar, sostienen que es el de “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, siendo suficiente la titularidad de la actividad para justificar la imputación, tanto para la actuación legítima como ilegítima, y tiene carácter directo ⁵⁵.

Por otra parte, consideran que el dato de integración en la organización permite ampliar adecuadamente el término “funcionario” más allá del concepto formal, y recalcan que no se requiere localizar al agente concreto que haya causado el daño, pues “puede tratarse –y así ocurre con frecuencia– de daños anónimos e impersonales no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto a tal ⁵⁶.

De forma que la titularidad de la organización o del servicio justifica la imputación de los daños al Estado, tanto si el servicio ha funcionado mal como si no ha funcionado o lo ha hecho defectuosamente, y el parámetro para referenciar estaría dado por el estándar de rendimiento medio del servicio de que se trate, lo que significa que ingresan en la apreciación factores variables en cada época, según la sensibilidad social y el desarrollo de la actividad.

Plantean García de Enterría y Fernández que al Estado podrán atribuirse los daños provenientes de un caso “fortuito”, pero no de “fuerza mayor”, que se engendran siempre en una causa extraña a la actividad que se desarrolla⁵⁷.

⁵³ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 319.

⁵⁴ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 319 y ss.

⁵⁵ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 329.

⁵⁶ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 332.

⁵⁷ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 332 y ss.

La ley española excluye expresamente la fuerza mayor. Es muy interesante la comparación que hacen estos autores entre estas situaciones.

También la responsabilidad del Estado podrá operar ligada al enriquecimiento, aún en la forma negativa de la eliminación de un perjuicio.

Siguiendo con el prolijo planteamiento, analizan la relación de causalidad –recordemos que nuestro sistema argentino se enrola en la causalidad adecuada–, y sentencian que “el principio de la garantía de la víctima” suele hacer que el juzgador renuncie a todo intento de categorización y resuelva los casos concretos “utilizando expresiones de valor no muy preciso y dotadas de flexibilidad suficiente”⁵⁸.

Las otras causales de ruptura de la relación de causalidad –la culpa de la víctima y del hecho ajeno–, al concurrir con la actividad imputable al Estado por algunos de los títulos que la facultan, plantean –al decir de los autores– “un concurso de causas, dotada cada una de ellas de una determinada potencialidad dañosa, que justifica en principio el reparto en la proporción correspondiente”⁵⁹.

En cuanto a la efectividad de la reparación, sostienen, que ella puede adoptar las formas clásicas de indemnización o reparación *in natura*, y debe cumplir con el principio general de dejar “indemne” a la víctima del daño injusto, lo que significa abarcar todos

los daños y perjuicios sufridos (daño emergente y lucro cesante) como consecuencia del evento dañoso.

Todo su sistema permite unir, en la cuestión de la responsabilidad del Estado, los criterios y principios del Derecho de Daños para una realidad en la que el Estado está presente en todas y cada una de las manifestaciones de la vida colectiva, llevando consigo la creación de riesgos.

4. La responsabilidad del Estado y el “poder de policía”

Es conveniente que precisemos los términos de “policía” y “poder de policía”; históricamente, el primero aparece en Francia a principios del siglo XV, mientras que el segundo es una creación moderna y surge, en 1827, en la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los EE.UU.

Marienhoff señala que “policía” sería una función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad pública y de la economía pública en cuanto afecte a la primera⁶⁰.

El “poder de policía”, en cambio, es una potestad atribuida por la Constitución Nacional al órgano legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de

⁵⁸ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 335 y ss.

⁵⁹ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 341 y ss.

⁶⁰ Marienhoff, Miguel, ob. cit., t. IV, ps. 510 y ss.

los deberes constitucionales de los individuos.

Por su parte, Bielsa expresa que el concepto de “poder de policía” sería el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física y aún moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad personal (individual y colectiva), y que “policía” significa, en su aceptación más amplia, el ejercicio del poder público sobre hombres y cosas⁶¹.

En el Derecho Comparado, los criterios que se utilizan son el restrictivo (“narrow”), que va a legislar sobre las medidas tendientes a proteger la seguridad, la moralidad, y el amplio (“broad and plenary”), que abarca la defensa y la promoción de los intereses económicos de la colectividad y el bienestar general⁶².

En nuestro país, el contenido que se le asigna es amplísimo, de contornos difíciles de establecer, y se acostumbra a la noción de “emergencia” para justificar la validez de su ejercicio, así como a la noción de “prosperidad”⁶³.

También debemos distinguir al denominado “estado de policía” del “estado de derecho”; este último implica que a todo principio de Derecho lo acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a cumplirlo (el Derecho se impone tanto a gobernantes como a gobernados), de que se somete en sus relaciones con los ciudadanos a un régimen de Derecho⁶⁴.

El estado de derecho, puntualiza la doctrina, se establece en interés de los administrados para preservarlos y defenderlos de las arbitrariedades de las autoridades estatales⁶⁵. En cambio, el “estado de policía”, inspirado en el

⁶¹ Bielsa, Rafael, ob. cit., t. 4, ps. 1 y ss.5

⁶² Marienhoff, Miguel, ob. cit., t. IV, ps. 520 y ss.

⁶³ Con respecto a la vaga noción de “emergencia”, recientemente hemos sufrido la denominada “Emergencia económica” que nos ha vuelto a enfrentar a esta problemática y los requisitos que ésta debe reunir:

“I) La situación de emergencia debe ser declarada por ley del Congreso («Fallos», t. 127, p. 21; t. 173, p. 65; t. 238, p. 76).

“II) La declaración de emergencia debe perseguir un fin público que consultó los superiores y generales intereses del país («Fallos», t. 172, p. 21; t. 199, p. 466; t. 202, p. 465; t. 238, p. 76).

“III) Las restricciones excepcionales de derechos deben ser transitorias, nunca permanentes («Fallos», t. 138, p. 170; t. 144, p. 220; t. 200, p. 450).

“IV) Los medios elegidos para superar la emergencia deben ser adecuadamente proporcionados al fin perseguido («Fallos», t. 172, p. 21; t. 243, p. 472)” (ver autor y ob. cit. en “L.L.” 1990-E-884). Con el vocablo “emergencia” se enroscan una serie de disposiciones de la realidad argentina como la “Ley de Emergencia Económica”, “Ley de Reforma del Estado” y los decretos de suspensión de juicios judiciales y administrativos contra el Estado y de ejecución de sentencias contra el Estado por mencionar algunos supuestos..

⁶⁴ Marienhoff, Miguel, ob. cit., ps. 516 y ss

⁶⁵ En tal sentido, nuestra C.S.J.N. se manifestó *in re* “Salazar de Campo c/Pcia. de Buenos Aires”.

axioma de que el fin justifica los medios, con una concepción de autoridad suprema, actúa de manera discrecional y sin trabas frente al individuo, que carece de acción que proteja sus derechos contra el Estado.

Como podemos observar, desde nuestro sistema jurídico se predica la existencia de un "Estado de Derecho", por lo que es posible, y hasta imperativo, plantearnos el tema de la responsabilidad estatal.

Estamos de acuerdo en que el "poder de policía" implica un poder de reglamentación, ya que tiene su fundamento en el carácter relativo de las prerrogativas establecidas en la Constitución Nacional.

Pero, a la vez, ese ejercicio del "poder de policía" compromete al Estado, pues no se trata solamente de una facultad acordada por la ley, sino de una función que debe ser cumplida obligatoriamente; es un deber y un derecho al mismo tiempo.

El campo que puede ser objeto del ejercicio del "poder de policía es, entonces, de un contenido tan vasto y heterogéneo que ha permitido a nuestra

doctrina nacional realizar una serie de clasificaciones con criterios distintos .

Señala Altamira Gigena que el Estado tiene una doble obligación: atender las necesidades de los particulares y propender al bien común, y pone énfasis en evadir el doble escollo del individualismo y del colectivismo, recalcando la necesidad de ser ecuánime⁶⁶.

Como hemos venido analizando, el "poder de policía" representa un amplísimo marco, y hoy los autores pugnan por la defensa de los derechos sociales de todos aquellos que conforman el anónimo y desposeído ser de la masa social y tratan de que puedan acceder a la justicia.

Entendemos que existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a la prevención del daño como garantía social e individual, y para decirlo con las palabras de Morello y Stiglitz, están "implícitamente cubiertos por el generoso manto amparador de la Constitución Nación (Preámbulo, arts. 14 y ss., 28 y 33)"⁶⁷.

Ya se ha dicho de una manera categórica y contundente que ninguna fortaleza ni eficiencia estatal podrá jamás

⁶⁶ Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 88. En tal sentido aclara: "Si mira excesivamente al hombre y olvida a la sociedad "corre el grave riesgo de caer en el individualismo. Y si por el contrario se olvida del individuo y vuelca su mirada especialmente en la comunidad, se precipitará hacia el colectivismo".

⁶⁷ Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel: *Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia*, "L.L.", 1987-D-364. Podemos recalcar la actitud del Dr. Iribarne en el caso "Altamirano" c/Cerámica Martín S.A. y otros", que motivó el comentario de los autores citados.

edificarse sobre los despojos de un pueblo cuyos derechos son impunemente violados.

Dice Gordillo que “uno de los postulados del Estado de bienestar, tiene que ser, sin duda, el lograr la indemnización de la mayor parte posible de los daños sufridos por una persona sin su culpa”⁶⁸.

En este tema, nuestros autores siempre han enfatizado la vulnerabilidad del hombre actual frente a las direcciones, cada vez más sutiles, con las que el Estado despliega su “poder de policía”, ya que a todos nos alcanza el poder de policía de seguridad, salubridad, moralidad, financiero, profesional y ecológico.

López Cabana reflexiona sobre la posibilidad de elegir los riesgos que queremos correr con nuestras propias vidas, reaccionando contra el avance incesante del Estado; pero opinamos que debemos evaluar quien de nosotros está en condiciones de comprender la complejidad de nuestras realidades tecnológicas y asumirlas⁶⁹.

Toda vez que la administración debe ejercer su poder de policía en los ám-

bitos establecidos, y siendo su ejercicio irregular, excesivo, insuficiente, o aparece omitido, se plantea el tema que nos ocupa.

Debido al amplio marco que se le ha asignado a la cuestión policial en nuestro país, como lo hemos puntualizado, es que surgen infinidad de supuestos con contenido diverso, desde las leyes 3959 y 4863 sobre policía sanitaria animal y agraria; el famoso fallo de la Corte Suprema de “Los saladeristas c/Pcia. de Buenos Aires”, de 1887; la sentencia con referencia a la ley 14.226 conocida como “Cine Callao” –con el dictamen adverso del procurador Sebastián Soler y el voto negativo de Boffi Boggero–; las leyes de emergencia locativa, los fallos de los ribereños de las lagunas encadenadas de la provincia de Buenos Aires, etcétera .

En cuanto a la posible responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía, suele recalarse que para que una conducta omisiva genere responsabilidad debe estar usualmente ligada al resultado final, de modo tal que la abstención pueda ser considerada como factor eficiente de la consumación operada⁷⁰.

⁶⁸ Gordillo, Agustín: *Tratado de derecho Administrativo*, parte general, t. 2, cap. XX, p. 3, Ed. Macchi, Bs. As., 1986.

⁶⁹ López Cabana, Roberto M.: *Responsabilidad civil del Estado derivada del poder de policía*, en *Derecho de Daños*, p. 761, Ed. La Rocca, Bs. As., 1989.

⁷⁰ López Cabana, Roberto, ob. cit., ps. 747 y ss.

Pero, por múltiples razones, existe en esta materia una tendencia restrictiva que contrasta con la evolución general del tema de la responsabilidad: subyace la idea de que es necesario adoptar soluciones que se ajusten a la realidad económica, y parecería injusto, en los dichos de Macarel, que el Estado se convierta en el eterno Asegurador de todos los daños.

Una de las líneas será situar el tema en el factor subjetivo de atribución –entendemos más acertado ligarlo a la noción objetiva de falta de servicio o riesgo– y otra, considerar que en la relación de causalidad la omisión no constituye la causa del daño.

En un comentario de Bustamante Alsina al fallo de la Corte Suprema en el caso “Ruiz y otro c/Pcia. de Buenos Aires”, donde se demandaba por daños y perjuicios por la muerte de una persona al colisionar su automóvil con un caballo suelto, este autor refuta los argumentos del pronunciamiento y sostiene que existe fundamento para determinar la responsabilidad del Estado, dándose en autos todos los elementos de la responsabilidad civil y surgiendo ésta de la abstención de su específico deber de vigilancia de las rutas camineras⁷¹.

Existen en la jurisprudencia ciertos casos que marcan hitos, tal como lo fue “Franck c/Pcia. de Buenos Aires”, que admitió la responsabilidad del Estado por omisión en el mantenimiento de las rutas navegables, pero esto contrasta con la tendencia mayoritaria⁷².

Uno de los clásicos actuales es el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza *in re* “Torres”, cuya línea argumental fue elaborada por Aída K. de Carlucci, en el cual se revocó la sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara, que establecía la responsabilidad de la provincia. Debemos aclarar que no compartimos algunos extremos de este pronunciamiento, pero como bien lo recalca Cassagne al comentarlo, este fallo abre la vía para que pueda esgrimirse una responsabilidad estatal por omisión cuando no existe norma expresa que consagre la garantía o el deber de obrar en tal sentido⁷³.

Recordemos que se ha sostenido que el Estado se encuentra obligado a actuar aún en ausencia de norma expresa cuando se dan los siguientes requisitos: a) un interés jurídicamente relevante (cualitativa o cuantitativamente), b) la necesidad material de actuar en dicha protección, y c) la proporción

⁷¹ Bustamante Alsina, Jorge: *La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía*, “L.L.”, 1990-C-429.

⁷² Gambier, Beltrán: *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia*, “L.L.”, 1990-E-617.

⁷³ Cassagne, Juan Carlos: *Responsabilidad del Estado por omisión*, “L.L.”, 1989-C-512.

entre el sacrificio que acarrearía la actuación y la utilidad que se obtendría.

Tengamos presente que el Estado debe ejercer su poder de policía en cada uno de los ámbitos donde es necesario pues, como recalca López Cabana, no se trata de una "facultad" acordada por la ley⁷⁴.

Es por todo esto que consideramos perfectamente viable la responsabilidad del Estado en virtud del poder de policía, y que la omisión puede ser, al igual que la acción defectuosa o excesiva, la causa del daño que deba ser reparado.

Será una cuestión de apreciación en el caso concreto el que se den los requisitos para operar tal responsabilidad, pero doctrinariamente, *a priori* no encontramos óbice para su aplicación, pues responde a los mismos fundamentos constitucionales existentes en el estado de derecho.

5. El rol preventivo del Estado en el Derecho de Daños

Es quizá la cuestión más trascendente, aún más que el tema del *quantum* indemnizatorio, pues sitúa al Estado en una actividad primordial para la organización de la vida en comunidad, ya que el individuo actual, al no aceptar

el daño como un designio divino, exige que se tomen las acciones preventivas para evitarlo, y si esto falla, que sea resarcido.

Existen áreas donde, innegablemente, el Estado actúa cumpliendo o intentando cumplir este rol, tales como el control de medicamentos, alimentos o contaminación de afluentes hídricos. Pero, desgraciadamente, son más los supuestos en los que esa tutela no existe o se realiza deficientemente.

Es necesario un cambio de mentalidad tanto de los integrantes de la comunidad como del Estado, pues es un área confluyente, pero no excluyente ni exclusiva, aquí se intenta que los procesos de control eviten los daños al detectar las situaciones de peligro; es contrarrestar los efectos lesivos, o bien, cuando éstos comienzan a originarse, obstaculizar su producción atacando la causa desde su raíz⁷⁵.

Recordemos las palabras de De Cupis sobre que el ejercicio de la prevención requiere una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés a quien puede imputarse el peligro, y que una aplicación estricta de la prevención implica el riesgo de oprimir las libertades de los demás⁷⁶.

⁷⁴ López Cabana, Roberto, ob. cit., ps. 748 y ss.

⁷⁵ Stiglitz, Gabriel: *La responsabilidad civil*, ps. 94 y ss., Ed. La Ley, Bs. As., 1984.

⁷⁶ De Cupis, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, ps. 575 y ss., Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

Finalmente, recordemos las palabras de Morello y de Stiglitz, que le dan a la prevención el rango de garantía constitucional individual y social que merece, pues está cubierta implícitamente por el generoso manto de nuestra Constitución Nacional (Preámbulo, arts. 14 y ss., 28, 33)⁷⁷.

Reflexiones finales

Compartimos la concepción de que nunca soberanía puede ser sinónimo de impunidad pues significa el ejercicio de poderes superiores, pero dentro del Derecho; en lugar de la presunción de infalibilidad del poder público se erige el principio de la obligación del Estado de reparar todo daño indebidamente producido en el ejercicio de sus funciones y en nuestro Derecho se predica la existencia del “estado de derecho”, por lo que es posible e imperioso plantearnos el tema de la responsabilidad del Estado, al que, según la Corte, sería de aplicación el principio *alterum non leadere*.

Nosotros pensamos que puede incluirse su tratamiento en el Derecho de Daños, pues en él convergen tanto principios de Derecho común, que en realidad son principios del Derecho, como del Derecho Público, normas del Código Civil y de la Constitución o leyes del Derecho Público.

Es por esto que en materia de responsabilidad del Estado coincidimos con

la posición de que es una responsabilidad directa y objetiva, entendemos que los principios y elementos que configuran la obligación de reparar constituyen parte de la teoría general, en la que no interesa tanto dónde se encuentran las disposiciones normativas, sino el fin que ellas persigan.

Esto implica trasladar en mucho la visión que del problema de la responsabilidad del Estado tienen García de Enterría y Fernández a la situación argentina –pese a la diferencia fundamental en la redacción de la Ley Española– pues ella se compadece con el criterio unitario del Derecho de Daños, esta posición, que reconoce una “garantía integral del patrimonio del administrado”, permite la distribución de los daños ocasionados por un acto lícito lesivo.

La responsabilidad directa y objetiva surge obvia en el art.1112 del Código Civil y se funda en la denominada “falta de servicio” de carácter impersonal y ligada al funcionamiento del servicio público.

También opinamos que sería viable aludir a la existencia del denominado “riesgo administrativo” o a la asunción de los riesgos sociales, pues en virtud de la reforma del art. 1113, en nuestro ordenamiento se recepta la teoría del riesgo.

Pese a todo lo que hemos sostenido,

⁷⁷ Morello, Augusto M., y Stiglitz, Gabriel, ob. cit., p. 365.

creemos firmemente en la necesidad de la adopción de una ley expresa, referida a la responsabilidad del Estado, que ponga fin a las discusiones en cuanto al monto indemnizatorio en la actividad lícita lesiva .

Pues ante la ausencia de ley expresa, la hermenéutica de recurrir a los principios de leyes análogas debido a la interpretación prevista en el art. 16 –que es en realidad un principio general vigente en nuestro Derecho– nos puede conducir a dos caminos opuestos.

La primera posición sostiene que debe acudirse a la norma legal típica –en opinión de la procuradora *in re* “Motor Once”–, que autoriza intromisiones en la propiedad de los administrados; cada vez que el interés público así lo exige, corresponde aplicar la Ley de Expropiación⁷⁸.

Se sostiene en tal sentido que la responsabilidad del Estado por acto lícito lesivo no “puede disciplinarse por normas del Derecho Privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos”.

Pero también podría interpretarse una reparación plena si se considera al *alterum non laedere* con rango constitucional, y como se ha sostenido que el

principio que rige toda indemnización es siempre el de integridad, procede, por tanto, siempre, a menos que se encuentre encuadrado en una ley específica que disponga lo contrario.

Se considera que la extensión analógica de la Ley de Expropiación no procedería –conforme a la doctrina de Sánchez Granel en los considerandos 7 y 8–, pues la expropiación supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso que declara al bien de utilidad pública.

Además, la responsabilidad civil moderna contiene una serie de supuestos en los que se ha discutido si puede predicarse la ilicitud de la situación planteada; tal es lo ocurrido en los congresos respecto al riesgo y al abuso de derecho⁷⁹.

Al considerarlo dentro del Derecho de Daños, y teniendo en cuenta los fines que éste persigue, consideramos que en principio la reparación deberá ser plena, ponderando las circunstancias del caso, las consecuencias inmediatas y mediatas, por lo que se indemnizará el daño emergente y el lucro cesante, así como también el daño moral.

Esto requiere suma prudencia en su aplicación y un fino criterio en los jueces, pues es tan peligroso un Estado

⁷⁸ “Motor Once c/M.C.B.A.”, “L.L.”, 1989-D-30.

⁷⁹ Garrido, Roque F., y Andorno, Luis O.: *Reformas al Código Civil, ley 17.711 comentada*, 2ª ed., Ed. Zavallía, Bs. As., 1971.



irresponsable como uno que responda absolutamente por todo; ninguno de estos caminos llevan a la realización de la justicia.

Recordemos una vez más que el Derecho de Daños tiene su centro

de gravedad en el daño injustamente sufrido, se asienta en las ideas de justicia y solidaridad y contiene un criterio unitario; en él se inserta el gran tema de la prevención a cargo del Estado y su responsabilidad.