

# El Estado y sus funciones dentro del Derecho de Daños

Lidia M R Garrido Cordobera\*

## 1. Punto de partida

El Estado cumple complejas funciones, cuyo ejercicio entra, muchas veces, en colisión con los intereses de los administrados. La cuestión medular que se plantea es saber si la responsabilidad patrimonial del Estado difiere en sus reglas de la responsabilidad civil clásica, y si es posible estructurar una teoría diferente y de ser así qué bases podemos dar en nuestro derecho positivo<sup>1</sup>.

Ya hemos fijado nuestra posición respecto al tradicional derecho de la responsabilidad civil y dicho que sostenemos las ideas de López Olaciregui de que la noción-base es la distribución de los daños y el repartir sus consecuencias; habrá que ver, pues, cómo se inserta el Estado en este esquema. Pretendemos una vez más plantear una visión integradora ante el daño injustamente sufrido por el accionar lícito del Estado y por las nuevas realidades que nos circundan.

Este tema es uno de los pilares del estudio actual, y es imperioso abordarlo con una cosmovisión y tratar de solucionar los conflictos que surgen constantemente por ese parcelamiento de las disciplinas que en él tratamiento del fenómeno convergen (Derecho Constitucional, Derecho Político, Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Internacional Público).

Si bien ya hemos reflexionado en varios estudios sobre esas nuevas realidades, tenemos que merituar cuál es el papel protagónico o rol que le corresponde al Estado. Puesto que 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.

Asimismo, es necesario abordar la posible aplicación de normas que, si bien pueden hallarse en el Código Civil, tienen el carácter de reglas o principios generales rectores para toda situación dañosa, sosteniendo, como lo hacemos, la unidad del fenómeno de la reparación.

Todo esto sin perjuicio de que la obligación del Estado de reparar los daños sufridos por los particulares encuentre fundamento, en nuestro Derecho positivo, en la Constitución Nacional y en la existencia del “Estado de Derecho”.

- 
- Profesora Dedicación Exclusiva de la Facultad de Derecho de la UBA

<sup>1</sup> 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.

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<sup>2</sup>.

Habrá que analizar, pues, si la calidad del sujeto, responsable debe influir en el tratamiento que se dé al evento dañoso y, de ser así, en qué medida

## 2. Otras consideraciones previas.

Existen una serie de nociones y elaboraciones que deben darse necesariamente por conocidas, es imposible incluirlas acabadamente pero influyen, en los alcances que le asignemos al rol del Estado dentro del sistema del Derecho de Daños .

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 Maquiavelo<sup>3</sup>. Pero la situación actual, reflejada por nuestros autores y los extranjeros, muestra una diversidad de puntos de vista en cuanto a la definición del Estado<sup>4</sup> . Nosotros consideramos que el Estado es una organización necesaria, con facultades y atribuciones que le son propias<sup>5</sup>.

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*)<sup>6</sup> .

---

<sup>2</sup> Es un tema que implica una toma de decisión política, sobre todo en los supuestos de implementarse los fondos de garantía y de dictarse una ley especial que regule la cuestión de un modo orgánico

<sup>3</sup> 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 “*republique*” 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.

<sup>4</sup> 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. I, ps. 7 y ss., Ed. Omeba, Bs. As., 1963.

<sup>5</sup> Puede caracterizárselo, 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

<sup>6</sup> Bielsa, Rafael: *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., t. 1, ps. 87 y ss., Ed. El Ateneo, Bs. As., 1947

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

Podemos recordar las palabras finales de este autor, que involucran la real dimensión del problema de la finalidad del Estado en los Estados contemporáneos, que sentencian que el fin del Estado se concreta en un régimen de obligaciones para el Estado mismo<sup>7</sup>.

Adherimos a 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.

Recordemos también, que son diversas las teorías que se han expuesto sobre la personalidad del Estado, entre las que podemos mencionar las negatorias, las positivas restrictivas, las que lo identifican con el orden jurídico, las que admiten la doble personalidad, y finalmente, de la personalidad única que puede operar en dos ámbitos, como se sostiene actualmente<sup>8</sup>.

Asimismo, se han elaborado las distinciones entre actos de gestión y actos de imperio; entre “falta personal” y “falta de servicio”<sup>9</sup>.

Las funciones que el Estado desempeña son las legislativas, las judiciales y las administrativas; aceptamos esa terminología y no la de aludir a los órganos, pues éstos pueden realizar, también, cualquiera de las tres funciones, aunque la preponderante sea una de ellas, como se observa claramente en el clásico ejemplo de la Legislatura Nacional.

Cuando utilizamos el término Estado lo hacemos eludiendo a la Nación, a las provincias y a los municipios; en cada caso concreto se establecerá quién es el obligado, ya que según nuestra organización política existen en las Constituciones poderes concurrentes, delegados y exclusivos.

En cuanto a lo que se denomina usualmente responsabilidad del Estado, ésta puede ser objeto de una serie de clasificaciones que han originado profundos estudios de los doctrinarios, y que podemos sintetizar así<sup>10</sup>:

- 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;

---

<sup>7</sup> Posada, 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?”.

<sup>8</sup> Altamira Gigena, Julio L.: *Responsabilidad del Estado*, ps. 26 y ss., Ed. Astrea, Bs. As., 1973; Marienhoff, Miguel: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, ps. 372 y ss., Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1977.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Esta clasificación intenta aunar criterios diversos, pues cada autor aborda la cuestión desde un punto de vista, y a nuestro modo de ver, de una situación puede predicarse más de una clasificación

- 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

En cuanto a la responsabilidad del funcionario, sostenemos que ésta debe ser aplicada plenamente y el Estado goza de la acción de repetición cuando ha solventado, frente a la víctima, la indemnización <sup>11</sup>.

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” <sup>12</sup>.

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.

Nos interesa primordialmente la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos lícitos en el ámbito extracontractual, ya que es allí donde observamos las mayores dificultades

### **3. La llamada responsabilidad patrimonial del Estado.**

Constituye un tema de honda gravitación en el mundo actual, pues, como señalaba ya Reiriz en el epílogo de su obra, 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” <sup>13</sup>.

Suele admitirse en doctrina varias denominaciones: se la llama responsabilidad civil para distinguirla de otros tipos de responsabilidades, o bien se la califica como responsabilidad patrimonial y, deja trasuntar una cuestión ideológica.

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 Daños <sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Creemos firmemente que se debe responsabilizar al funcionario, y tal es la tendencia de nuestros más grandes doctrinarios y la que se encuentra en el Derecho Comparado.

<sup>12</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., ps. 171 y ss.

<sup>13</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., ps. 169

<sup>14</sup> Garrido, Roque F., y Andorno, Luis, *El art 1113 del Código Civil.*, ps. 148 y ss.. Ed Hammurabi, Bs As 1983

Recordemos que “el principio de irresponsabilidad estatal va creciendo lenta y trabajosamente, a la par que se transforman correlativamente las nociones de Estado, de soberano y de Poder Público”<sup>15</sup>, podemos aprender de la evolución que ha tenido la jurisprudencia francesa y en el Derecho español, una vez más, la historia y el Derecho Comparado nos brindan una ayuda inapreciable<sup>16</sup>.

Seguimos sosteniendo que nunca la “soberanía puede ser sinónimo de impunidad, Soberanía significa 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”<sup>17</sup>.

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 erige el principio de la obligación del Estado de reparar todo el daño indebidamente producido.

Podemos compartir el pensamiento de 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 solo hecho de que tal violación ha sido cometida por el guardián del orden jurídico: el Estado”<sup>18</sup>.

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 “*alterum non laedere*” posee raíz constitucional y es aplicable al Estado<sup>19</sup>.

En determinados ordenamientos la responsabilidad estatal puede estar expresamente establecida en la Constitución o en una ley (a veces de manera directa y

---

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.

<sup>15</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 2

<sup>16</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón: *Curso administrativo*, t. II, ps. 308 y ss., Ed. Civitas, Madrid, 1977; Reiriz, María Graciela, ob. cit., ps. 107 y ss.; Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., ps. 65 y ss., y 123 y ss

<sup>17</sup> Cualquiera fuere la concepción sociopolítica a la que haya adscripto un pueblo, sus postulados fundamentales conducen al reconocimiento de la responsabilidad estatal por los daños que ocasione en ejercicio de sus funciones

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.

<sup>18</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 18.

<sup>19</sup> Alterini, Atilio Aníbal: *Lesión al crédito y responsabilidad del Estado*, p. 77, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990.

en otras subsidiariamente), y esto ocurre frecuentemente en el Derecho Comparado y también en algunas Constituciones provinciales argentinas<sup>20</sup>.

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 perfeccionamiento<sup>21</sup>.

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”<sup>22</sup>.

La responsabilidad patrimonial estatal por actos lícitos sería la que, originada en un hecho o acto de la administración, de la legislatura o de la judicatura, que 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.

---

<sup>20</sup> Las leyes francesas del 7 de enero de 1983 y del 9 de septiembre de 1986 son ejemplos contundentes y están asentadas en la exigencia de la solidaridad nacional. También aquellas que refieren a las cuestiones sanitarias.

En la Argentina, Constituciones provinciales la consagraban : La Rioja, arts. 19 (por violación a los derechos humanos) y 48 (responsabilidad solidaria por mal desempeño de las funciones); Santa Fe, art. 18 (por los actos ilícitos de sus funcionarios y deja a salvo a la acción de reembolso); Misiones, arts. 27 (error judicial) y 80 (daños y perjuicios por mal desempeño en ejercicio de las funciones); La Pampa, art. 11 (por error judicial); Río Negro, art. 55 (por sí y por los actos de sus agentes con motivo o en ejercicio de sus funciones); Neuquén, art. 40 (por privación de la libertad por error o violación de las garantías constitucionales); Chubut, art. 28 (por error judicial); Chaco, arts. 21 (error judicial) y 72 (responsabilidad de la provincia y sus agentes); San Juan, art. 16 (violación derechos humanos); San Luis, art. 14 (violación derechos humanos); Jujuy, art. 10 (deja a salvo la acción del Estado contra el agente). Esto sin perjuicio de los artículos de las Constituciones provinciales que aluden a la demandabilidad del Estado, que tiene un carácter más general.

Además, algunas aludian expresamente a la responsabilidad del funcionario: Formosa: art. 33; Mendoza: art. 48; Neuquén: art. 200; Santiago del Estero: art. 7; Tucumán: art. 4; Córdoba: art. 14 (solidaria con el Estado); Buenos Aires: arts. 44 y 185; Entre Ríos: art. 23; Corrientes: arts. 16 y 160; San Juan: art. 43 (sin perjuicio de la responsabilidad del Estado); Santa Cruz: art. 17.

Como se puede observar, las Provincias siempre fueron a la vanguardia en la consagración expresa de la responsabilidad del Estado en sus Cartas Fundamentales.

En la Argentina han existido, además, leyes que consagran la responsabilidad del Estado de una manera expresa: v.gr., las leyes de expropiación, ley 3959, ley 4863, ley 9080, ley 23.054, ley 23.353, ley 20.007 (de subsidios por hechos de terrorismo).

La carencia de la legislación argentina se evidencia en no poseer una ley especial de responsabilidad del Estado y de los funcionarios que brinde un criterio uniforme y ponga fin a las discusiones existentes.

<sup>21</sup> Devoto c/Gob. Nacional”, “Fallos”, 169, 111. Se puede consultar nota crítica de Rafael Bielsa, en “J.A.”, t. 43, p. 416

<sup>22</sup> 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.

No podemos dejar de mencionar la expropiación y la garantía constitucional del derecho de propiedad, aunque su tratamiento nos excede y sólo lo abordamos de manera incidental al comparar el *quantum* de la reparación.

A partir del conocido “caso Laplacette”, tiene consagración la tesis de la responsabilidad del Estado cuando el acto es lícito, pero, a la vez, lesivo<sup>23</sup>. En esta línea “Los Pinos c/M.C.B.A.”, 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.”, fueron hitos fundamentales<sup>24</sup>.

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 reparación<sup>25</sup>.

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 general<sup>26</sup>.

Agregamos hace tiempo una posibilidad más, la de incluirla dentro del Derecho de Daños; decíamos que ello podría 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 y no tienen cabida en nuestro análisis.

También, origino resquemores en el Derecho Administrativo, pues se considera que es una invasión del Derecho Civil; pero autores como García de Entrería, en España, manifiestan que se basa en “una garantía integral del patrimonio privado frente a una acción administrativa”, y esa “garantía” es lo que permite la distribución de los daños<sup>27</sup>.

La doctrina nacional se muestra pacífica en aceptar que la responsabilidad patrimonial 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.

---

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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 Germana c/Gob. Nacional”, “Vadell c/Pcia. de Bs. As.”, pues son sumamente importantes.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Reiriz, María Graciela, Curso de posgrado sobre responsabilidad del Estado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A.

<sup>27</sup> García de Entrería, Eduardo, y Fernández, Ramón, ob. cit., pas. 304 y ss.

Nosotros creemos firmemente, tal como lo sostuvimos en el Congreso de San Juan de 1986, y se plasma 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<sup>28</sup>.

Este Derecho de Daños, al que aludimos tiene su centro 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.

#### **4. El fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado.**

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 garantía<sup>29</sup>.

*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 sacrificando 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 Estado<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Conclusiones de las 3<sup>ras.</sup> Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, Comisión IV, despacho de *lege 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, Laplacette, 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.

<sup>29</sup> Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 75.

<sup>30</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 27



*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 requisitos<sup>31</sup>.

*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 general<sup>32</sup>.

*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 administrativas<sup>33</sup>.

*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 Estado<sup>34</sup>.

*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 notablemente<sup>35</sup>.

*h)* Teoría de la estricta justicia: Sostenida por Félix Sarria, quién 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 público<sup>36</sup>.

*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

---

<sup>31</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 28; Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 83.

<sup>32</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 29; Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 77.

<sup>33</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 30

<sup>34</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 35

<sup>35</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 37; Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 80.

<sup>36</sup> Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 85.

solidaridad, a menos que el funcionario o agente se haya extralimitado ostensiblemente en el ejercicio de sus funciones<sup>37</sup>.

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 reparación<sup>38</sup> (39).

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, 31,33, 41, 42 y 116 ( el 100 antes de la Reforma de 1994 éstos, a su vez, pueden reconocer su fundamentación teórica, en alguna de las teorías que hemos expuesto<sup>39</sup>.

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.

## 5. El problema de la aplicación del Código Civil.

La discusión de la aplicación de las normas del Código Civil a las cuestiones de responsabilidad del Estado ha 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

---

<sup>37</sup> Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 86.

<sup>38</sup> Altamira Gigena, Julio L., ob. cit., p. 88 y ss

<sup>39</sup> Reiriz, María Graciela, ob. cit., p. 44, señala que pueden aplicarse a nuestro ordenamiento constitucional las construcciones doctrinarias; así, por ejemplo, serían de aplicación:

- a) Las teorías del sacrificio especial y de la igualdad ante las cargas públicas por lo dispuesto en los arts. 4 y 16, *in fine*.
- b) La garantía del derecho de propiedad por el art. 17. Aclara que la Corte Suprema le ha otorgado un sentido muy amplio al término “propiedad”, y se aplica a todos los supuestos de lesión a los derechos individuales.
- c) La teoría de los derechos adquiridos, pues los derechos individuales reconocidos por la Constitución en los arts. 14 al 20 constituyen derechos adquiridos por los particulares en sus relaciones frente al Estado y no puede desconocérselos sin indemnización.

“De esta manera nuestra Constitución Nacional brinda el fundamento jurídico para declarar la responsabilidad del Estado, toda vez que la actividad de cualquiera de sus órganos (P.L., P.E., P.J.) cause un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra en sus artículos 14 a 20. Esa responsabilidad existe sea que los agentes actúen con o sin culpa y aunque nazca de un acto legítimo (ejemplo, de una ley), por cuanto su antijuricidad surgiría de su incidencia en la Constitución Nacional”.

Es también muy útil la reseña que realiza de las posiciones de Gordillo (ps. 42 y ss.) y de Fiorini (ps. 46 y ss.).

mencionar a Bielsa, quien critica a la jurisprudencia iniciada con el “caso Devoto”, en 1933<sup>40</sup>.

Pero recordemos como siempre 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 normas<sup>41</sup>.

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.

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 Estado 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.

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.

Podemos recordar el pensamiento de Linares Quintana de que cuando el Estado 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 francés<sup>42</sup>.

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 físicas<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Puede consultarse “J.A.”, 43, p. 416

<sup>41</sup> Marienhoff, Miguel, ob. cit. t. 1, ps. 173 y ss.

<sup>42</sup> Linares Quintana, Segundo: *La responsabilidad del Estado*, “L.L.”, t. 36, p. 1092.

<sup>43</sup> Garrido, Roque F., y Andorno, Luis O., ob. cit., ps. 124 y ss.

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.

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 indirecta<sup>44</sup>. Pero existen fallos como “Vadell” u “Hotelera Río de la Plata”, que consagran la responsabilidad directa del Estado, criterio con el que concordamos<sup>45</sup>.

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”.

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 debe limitarse la norma del art. 1113, 2ª parte,

Recordemos las palabras de Aguiar Días, quién, citando a Lessa, responde a los temores de quienes consideran que este 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”<sup>46</sup>.

Pero debemos señalar que en muchas situaciones coexistirán la responsabilidad patrimonial 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 para concienciar a la comunidad<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> 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 “Vandell” 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.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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.

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 causa<sup>48</sup>.

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

Nuestra realidad nos muestra graves zonas irritas 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 zanjada<sup>49</sup>.

## **6. Las Teorías de la indemnización y de la reparación.**

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 en el Derecho argentino.

Las líneas argumentales sobre el mismo texto español 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 ilegal<sup>50</sup>.

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 la responsabilidad por culpa y riesgo”<sup>51</sup>.

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.

---

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

<sup>48</sup> En la conclusión 2 *de lege lata* del tema I, que abordó la cuestión en las Jornadas Chaqueñas, se dispuso: “El Estado está en el deber jurídico de repetir lo que hubiere pagado. No sólo puede hacerlo sino que debe hacerlo con base en el principio republicano de gobierno”.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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

<sup>51</sup> Garrido Falla, Fernando, ob. cit., p. 241

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 daño <sup>52</sup>.

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 cesante <sup>53</sup>.

Recalca que en la aplicación práctica de estas reglas deben distinguirse los supuestos de a) expropiación, b) prestaciones personales, c) otros derechos <sup>54</sup>.

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 interesante <sup>55</sup>.

Justamente, 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 administrativa <sup>56</sup>.

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 daño <sup>57</sup>.

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 objetivo de reparación que se pone en funcionamiento “sólo si, y en la medida en que se ha producido una lesión patrimonial” <sup>58</sup>.

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 <sup>59</sup>.

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

---

<sup>52</sup> Garrido Falla, Fernando, ob. cit., ps. 250 y ss

<sup>53</sup> Garrido Falla, Fernando, ob. cit., p. 254

<sup>54</sup> Garrido Falla, Fernando, ob. cit., ps. 255 y ss.

<sup>55</sup> Garrido Falla, Fernando, ob. cit., p. 243 y nota 9.

<sup>56</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 317 y ss.

<sup>57</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 317 y ss

<sup>58</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 319.

<sup>59</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 319 y ss.

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<sup>60</sup>.

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<sup>61</sup>”.

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 desarrolla<sup>62</sup>.

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”<sup>63</sup>.

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”<sup>64</sup>.

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.

---

<sup>60</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 329

<sup>61</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 332

<sup>62</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 332 y ss

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

<sup>63</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 335 y ss

<sup>64</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 341 y ss

## 7. La cuestión del poder de policía.

Planteamos el tema puesto que en virtud de tal atribución se aplican ciertas limitaciones coactivas en los derechos de los particulares, e implica, como veremos, un amplio campo que no siempre tiene los contornos nítidos entre qué es lo que debe soportarse sin que dé lugar a indemnización y cuáles son los supuestos en que corresponde el pago de ésta.

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 primera<sup>65</sup>. 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 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 cosas<sup>66</sup>.

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”<sup>67</sup>.

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 Derecho<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Marienhoff, Miguel, ob. cit., t. IV, ps. 510 y ss

<sup>66</sup> Bielsa, Rafael, ob. cit., t. 4, ps. 1 y ss.

<sup>67</sup> Con respecto a la vaga noción de “emergencia”, se suelen fijar 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 enrolan una serie de disposiciones de la realidad argentina como la “Ley de Emergencia Económica”, “Ley de Reforma del Estado”, “Ley de emergencia sanitaria” etc

<sup>68</sup> Marienhoff, Miguel, ob. cit., ps. 516 y ss



El “Estado de Derecho”, se establece en interés de los administrados para preservarlos y defenderlos de las arbitrariedades de las autoridades estatales<sup>69</sup>, mientras que el “estado de policía”, esta inspirado en el 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 patrimonial del estado.

## **8. El poder de policía y su relación con los derechos de los ciudadanos y de la colectividad.**

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.

Recordemos que no se concibe un derecho indefinido e ilimitado y, por ende, tampoco un derecho de libertad que no esté regulado por las leyes que lo garanticen, toda vez que, como dice Montesquieu, “la libertad consiste en hacer todo lo que las leyes permiten, pues si un ciudadano pudiese hacer lo que ellas prohíben, no estaría mucho en posesión de esa libertad, porque sus conciudadanos querrían aprovechar de esa misma facultad”<sup>70</sup>.

Tengamos presente las palabras de A. L. Gioja al trabajo de Pound sobre los intereses sociales: existe una nueva clasificación de intereses, los individuales y los sociales, que son aquellos que tienen los miembros de un grupo social en su totalidad o en su mayoría<sup>71</sup>.

Roscoe Pound considera que dentro de los intereses sociales encontramos, por ejemplo, el interés social a la seguridad general, a la seguridad de las instituciones, a la conservación de los recursos sociales, y el interés social en el progreso general<sup>72</sup>.

Quiroga Lavié expresa con respecto a lo que él denomina “derecho público subjetivo”, de que la entidad moral colectiva es donde se apoya el sentido jurídico de esta categoría, en este derecho la sociedad desarrolla el freno a la pretensión expansiva del Estado, se controlan sus excesos, se desarrolla el cumplimiento de la política legislativa y se reclama la operatividad de la legislación que promete cumplir ese “bienestar general” de la Constitución Nacional.

Señala Altamira Gigena que el Estado tiene una doble obligación: atender las necesidades de los particulares y propender al bien común, y hay que poner énfasis en

---

<sup>69</sup> En tal sentido, C.S.J.N. *in re* “Salazar de Campo c/Pcia. de Buenos Aires

<sup>70</sup> Bielsa, Rafael, ob. cit., t. 4, nota 9, p. 9.

<sup>71</sup> Pound, Roscoe: *Examen de los intereses sociales, Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales*, trad.: Alberto Ciria, introducción de A. L. Gioja, p. 13, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1959.

<sup>72</sup> Pound, Roscoe, ob. cit. ps. 37 y ss.

evadir el doble escollo del individualismo y del colectivismo, a fin de lograr ser ecuanímenes<sup>73</sup>.

Entendemos que existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a la prevención del daño como garantía social e individual, y esta implícitamente cubiertos por el generoso manto amparador de la Constitución Nación<sup>74</sup>.

Ya se ha dicho de una manera categórica y contundente que ninguna fortaleza ni eficiencia estatal podrá jamás edificarse sobre los despojos de un pueblo cuyos derechos son impunemente violados.

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 quién de nosotros está en condiciones de comprender la complejidad de nuestras realidades tecnológicas y asumirlas<sup>75</sup>.

## 9. 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, 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 raíz<sup>76</sup>.

Señalaba ya De Cupis que el ejercicio de la prevención requiere una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés a quien

---

<sup>73</sup> 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”.

<sup>74</sup> Podemos recalcar la actitud del Dr. Iribarne en el caso “Altamirano” c/Cerámica Martín S.A. y otros”, comentario de 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.

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> Stiglitz, Gabriel: *La responsabilidad civil*, ps. 94 y ss., Ed. La Ley, Bs. As., 1984

puede imputarse el peligro, y que una aplicación estricta de la prevención implica el riesgo de oprimir las libertades de los demás<sup>77</sup> .

Recordemos una vez mas 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<sup>78</sup> .

## **10. La responsabilidad patrimonial del Estado y el ejercicio del poder de policía.**

Toda vez que la administración debe ejercer su poder de policía en los ámbitos establecidos, y siendo su ejercicio irregular, excesivo, insuficiente, o aparecer 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, los referidos a la emergencia económica etcétera<sup>79</sup> .

En cuanto a la posible responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía, suele recalcar 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 operada<sup>80</sup> .

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 clásico 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

---

<sup>77</sup> De Cupis, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, ps. 575 y ss., Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

<sup>78</sup> Morello, Augusto M., y Stiglitz, Gabriel, ob. cit., p. 365.

<sup>79</sup> Puede consultarse, entre otros, a Marienhoff, ob. cit., t. IV, ps. 518 y ss., y los repertorios jurisprudenciales

<sup>80</sup> López Cabana, Roberto, ob. cit., ps. 747 y ss.

la responsabilidad civil y surgiendo ésta de la abstención de su específico deber de vigilancia de las rutas camineras <sup>81</sup>.

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 mayoritaria y actual <sup>82</sup>.

Uno de los clásicos 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. <sup>83</sup>.

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 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 ley <sup>84</sup>.

Justamente, en este tema de la responsabilidad los términos de “razonabilidad y proporcionalidad” adquieren singular relevancia,

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.

## 11. Palabras de cierre

Puesto que el Derecho de Daños tiene su centro de gravedad en el daño injustamente sufrido, que se asienta en las ideas de justicia y solidaridad y contiene un criterio unitario; creemos que en él se inserta el gran tema de la prevención a cargo del Estado y también su responsabilidad patrimonial

El Estado, en virtud del ejercicio del poder de policía, deberá tomar las medidas necesarias para la evitación de los daños pues entendemos que existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a la prevención del daño como garantía social e individual

---

<sup>81</sup> Bustamante Alsina, Jorge: *La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía*, “L.L.”, 1990-C-429.

<sup>82</sup> Gambier, Beltrán: *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia*, “L.L.”, 1990-E-617

<sup>83</sup> Cassagne, Juan Carlos: *Responsabilidad del Estado por omisión*, “L.L.”, 1989-C-512.

<sup>84</sup> López Cabana, Roberto, ob. cit., ps. 748 y ss.

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, frente a un supuesto de actividad lícita lesiva, la extensión analógica de la Ley de Expropiación o la reparación plena si se considera al *alterum non laedere* con rango constitucional<sup>85</sup>.

Al considerarlo un capítulo especial 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<sup>86</sup>.

Esto requiere suma prudencia en su aplicación y un fino criterio en los jueces, pues es tan peligroso un Estado irresponsable como uno que responda absolutamente por todo; ninguno de estos caminos llevan a la realización de la justicia.

---

<sup>85</sup> Señalemos que 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

<sup>86</sup> Recomendación 5 del despacho *de lege lata* de las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil.