

Estado y responsabilidad .
(La obligación de responder
ante los desmanes y saqueos
producidos en Diciembre del
2001)

BARATTA Luis

Sede Norte

Índice

Introducción	1
Capitulo I	5
Capitulo II	30
Capitulo III	38
Capitulo IV	56
Capitulo V	70
Capitulo VI	85

No recuerdo como, pero ya es tiempo de comenzar a escribir mi trabajo final. Aun recuerdo esos primeros días en la facultad, y de que forma algo nuevo se gesto en mi interior, como se comenzaron a garabatear algunos conocimientos que me permitieron, desde otra óptica, contemplar la realidad. Desde esos primeros pasos, ¡QUÉ LEJOS SE VE ESTE MOMENTO!. Y hoy, antes de introducirme en la composición de esta labor anhelo expresar mi agradecimiento a todas las personas que ayudaron a mi formación.

Marcado previamente por dos crisis del Estado de bienestar (1952 y 1962), el último cuarto del siglo XX argentino tuvo una dinámica demoledora: hubo cuatro crisis— 1975, 1982, 1989, 2001— que fueron cada vez más agudas y perforaron la estabilidad política y el bienestar de la sociedad. Esa ola se inició en 1975 en los estertores del gobierno de Isabel Perón. Anticipó un *reformateo* del país— en sus niveles de ingreso, de endeudamiento, en la distribución de la riqueza o en el proceso de industrialización— definido con *manu militari* a partir de 1976. Ya en democracia, siguió esa matriz impuesta en el 76. Entre el 80 y el 90 la deuda externa se incrementó 264 veces. La fuga de capitales se disparó a partir de 1978, generando la crisis del 82 y la del 89. En los 90 por cada dólar de deuda hubo casi un dólar de fuga.

Circunstancia que creo en nuestro país una depresión que llevaría a los mas altos niveles de desocupación e inseguridad en la historia. Sumando a esto una clase media que durante años omitió pronunciarse sobre los acontecimiento que afrontaba la República avalando con su silencio los caprichos de los dirigentes políticos de turno, a sabiendas de la herida que se le originaba país. Hasta que, obvio, tocaron sus ahorros. Ya Nicolás Maquiavelo le enseñaba al Magnifico Lorenzo De Médicis “Sobre todo, absténgase de quedarse con sus bienes, porque los hombres olvidan ante la muerte del padre que la perdida de su patrimonio,” adiestrandolo en el sentimiento que los subditos deben poseer sobre el principe (Capitulo XIX, El principe debe evitar que se le

menosprecio y se le aborrezca), el italiano proceguía escribiendo “*Le hara odioso, como ya dije, la rapacidad y los atropellos contra los bienes de sus subditos, ... Siempre que se respete los bienes y el honor de la generalidad de los gobernados, viviran estos contentos...*”ⁱ

Dando como resultado violentas manifestaciones de protestas en las calles de las principales ciudades del País, la muchedumbre irrumpio en los comercios en busca de comida y ocurrieron enfrentamientos con las fuerzas de seguridad del Estado.

¿Quién se hará cargo de pagar semejantes destrozos?, ¿El Estado Nacional o Provincial posee o no responsabilidad por los saqueos ocurridos en Diciembre del año 2001? y si, por ende, resarcir los daños producidos en los bienes de los particulares?

Es el interrogante que esta labor intentara responder. Y con el fin de cumplir con ese objetivo haremos un breve repaso por la evolución de la responsabilidad estatal en los tribunales nacionales, y referiremos la opinión de respetados juristas, del mismo modo tamizaremos la actuación estatal a través de los elementos constitutivos de la responsabilidad, a fin de atribuir responsabilidad. Aunque, el propósito principal que esta labor persigue consiste en que ante la posibilidad cierta de que los comerciantes que soportaron las consecuencias de las violentas manifestaciones, con saqueos y destrozos en sus bienes, acudan a la justicia en busca de una indemnización imputándole al estado la falta o deficiente prestación del servicio de seguridad a los ciudadanos y los bienes de ello.

En los hechos acontecido en Diciembre, los críticos de la actuación publica atribuyen al Estado su deficiente actuación en la prestación del servicio de seguridad. Y por consiguiente sostienen que su pretensión se encuentra precisada en el artículo 1074 del Código Civil. .

El principal argumento con que se cuenta para imputarle responsabilidad a la Administración la encontramos en la doctrina planteada en el fallo Vadel c/ Provincia de Buenos Aires (Fallos 306:2030, La Ley 1985-B,3), que dicta que quien organiza un servicio responde por el correcto funcionamiento del mismo. Por lo que consideran que los Tribunales Nacionales se encontrarían obligados a imponer al Estado una indemnización.

Singularmente considero que si la Administración tiene el deber de indemnizar a aquellos comerciantes que soportaron destrosos, pero que ese resarcimiento no debe ser originado por una decisión judicial, por el contrario el fundamento debe encontrarse en el ordenamiento social justo, o el derecho natural. Que es definido como “ ... el meollo o núcleo de ese ordenamiento que conforme a la naturaleza humana tiende a la instauración de la justicia en la sociedad”.ⁱⁱ

ⁱ El Príncipe “Nicolas Maquiavelo” Edit. Retrolectura.

ⁱⁱ Tratado de Derecho Civil, Parte General, Edit. Abeledo Perrot.

Capitulo I

La aceptación de la responsabilidad del Estado, cuando este desarrolla su actividad en el ámbito del derecho público, fue de tardía aparición en la historia.

En el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado podemos observar un lento pero inexorable proceso de transformación, pudiendo ser segmentada en tres etapas, cada una con sus particulares características.

La primer etapa es caracterizada por la irresponsabilidad del Estado, una segunda, de reconocimiento de la responsabilidad del agente, y en algunos supuestos la responsabilidad solidaria del Estado y finalmente una tercera fase en la que se reconoce directamente la responsabilidad del Estado.

En algunos datos históricos sobre la responsabilidad extracontractual del Estado encontramos que en los regímenes primitivos, el daño que sufría el particular como consecuencia de la actividad estatal debía ser soportado por el ciudadano, sin que éste tuviera acción alguna para reclamar u obtener indemnización ni contra el agente del cual emanaba directamente el acto, ni contra el soberano. De esta forma aparecían aniquilados, por el Estado mismo, la integridad y el goce de los derechos de sus súbditos, en aras de la idea absoluta e injusta de poder del príncipe y de su derecho divino. La idea que pueda tenerse de los derechos individuales o derechos privados parece haber sido absolutamente extraña a las legislaciones de la antigüedad.

Durante la antigüedad clásica la idea que se imponía era de irresponsabilidad del Estado, así, debe recordarse que en Esparta y Atenas, el soberano, ya sea la monarquía, la aristocracia o la democracia que según la época gobernaban, disponían libremente de

los bienes de los ciudadanos, y no era responsable de sus actos sino ante la divinidad de la cual se lo consideraba una emanación.

Por lo que observamos que el principio de irresponsabilidad estaba íntimamente vinculado con el principio de soberanía.

De lo expresado precedentemente podemos apreciar que, el principio que domino en la Roma antigua fue el de la irresponsabilidad del Estado y nunca se llevo a pensar que los perjuicios provocados por esto por sus agentes pudiera dar lugar a una indemnización en favor de quien la hubiere sufrido, sin embargo, es del caso señalar que en los tiempos de la República, se admitía en supuestos determinados la acción por indemnización de daños contra los funcionarios; de ahí la doble responsabilidad de estos:

1- ante el fisco, singularmente agravada en la administración de las provincias;

2- respecto de los miembros de la colectividad, es decir, los administrados. Y aún a veces el particular tenía acción contra el Estado, pero ello era en casos excepcionales, por ejemplo, de expropiación ilegal.

Durante el imperio romano el Cesar tenía dos patrimonios , el erario y el fisco, mantenidos con los impuestos y se utilizaba para sostener los servicios públicos. Con ellos Augusto, deseoso de consolidar su prestigio, mandó hacer construcciones y reparar caminos permitiendo que los accidentes que ocurrieran durante la ejecución de los trabajos, dieran lugar a una acción de las víctimas contra el funcionario, que venia de esta suerte a ser responsable directo en las condiciones estatuidas por el derecho privado.

El desarrollo de esta teoría del fisco permitió concretar algunos avances hacia la formalización de la responsabilidad del Estado, pero sin que de ninguna manera se llegara a aceptar en forma sistemática y orgánica, esa posible responsabilidad, ya que el soberano, que ejercía y representaba la soberanía no podía, como tal, ser responsable.

Posteriormente y durante el Imperio, existió una unidad entre el fisco y la persona del emperador, y en consecuencia éste tenía carácter de propietario irresponsable. Es decir cuando el emperador personificó al mismo Estado romano se unificaron ambos patrimonios y la irresponsabilidad de uno se extendió a otro.

Asimismo señala Colautti, que durante esta época no se admitió la responsabilidad por errores en la administración de justicia, dado que la misión del Estado en el proceso se limitaba a asegurar el equilibrio entre los intereses de la acusación -necesariamente privada- y la defensaⁱⁱ.

Por otro lado, debemos advertir que los funcionarios romanos, como representantes del Estado, adquirían y gestionaban por cuenta de su representado y, en consecuencia, lo obligaban; pero ellos continuaban siendo responsables en razón y por los medios o formas empleados en la ejecución de su mandato. Ciertamente es que el poder que tenían los funcionarios romanos era casi ilimitado, considerado como derivación de la soberanía, pero no podían ejercerlo en forma abusiva o despótica sino consultando siempre el interés público. Su arbitrariedad, en todo caso, tenía varios frenos: el veto que otros magistrados podían poner a sus resoluciones -en especial el veto del tribuno- y, como recurso supremo, la *provocatio ad populum* en caso de aplicación de penas capitales. Así el magistrado tenía siempre doble responsabilidad: por un lado, desde el punto de vista político, ante el pueblo; por otra, respeto de los particulares a quienes podía perjudicar con los actos ejecutados durante el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, la responsabilidad del funcionario en este sistema se funda en la circunstancia que se le considera como un mandatario del Estado, por lo que todo hecho que signifique una responsabilidad para éste implica una verdadera extralimitación que no puede recaer sobre el instituyente y cuyas consecuencias deben ser afrontadas sólo por la persona que lo ha cometido: *diligentes gerere commissum*.ⁱⁱ

De esta forma, resulta fácil observar, que los romanos no tenían dificultad alguna en materia de responsabilidad de los agentes de poder, cuestión que en nuestros días, se considera como contenido un problema insoluble.ⁱⁱ

Posteriormente, con el sistema regalista, el temperamento que propiciaba la irresponsabilidad del Estado se profundiza, se proclamaba la impecabilidad del soberano y se consideraba sacrilegio la sola circunstancia de poner en duda que el príncipe no hubiera elegido dignamente sus representantes; ni tampoco debía presumirse que éste hubiera dado mandato con el fin de dañar.

En este sentido, pone de relieve García Oviedo, que el problema de la responsabilidad estatal es moderno, en otros tiempos su mero planteamiento hubiera sido tachado de sacrilegio político. Así concluye diciendo el citado autor *“Los términos soberanía y responsabilidad se excluyen. Los daños ocasionados a los particulares por actos del Estado debían ser sufridos por aquellos como mal mayor, consecuencias de su vida político social.”*ⁱⁱ

Afirmamos, por lo tanto que la teoría proporcionaba la *“impecabilidad o infalibilidad del soberano”*ⁱⁱ no contribuyó, tampoco a mejorar las cosas, pues en su virtud se debía reconocer que el mismo siempre elegía bien a sus representantes, sin que se pudiera presumir que la

acción de éstos llegara a constituirse en fuente de algún daño y, en consecuencia de responsabilidad alguna. El monarca, no podía cometer yerros ni muchos menos equivocaciones, de lo cual se deriva el antiguo adagio *the king can do no wrong*. Esta concepción, reconoce sin lugar a duda una raíz teológica, que obligaba a considerar al monarca como omnipotente y omnisapiente.

Teniendo en cuenta tal pensamiento, cuando el funcionario público representante del rey, provocaba un perjuicio al ciudadano, a lo sumo se consideraba como un daño producto de un caso fortuito o de fuerza mayor.

Por otra parte, el hecho mismo del príncipe se asimila al *casus* o a la *vis divina*, no sólo respecto de sus súbditos, sino también ante el mismo principado. La forma despótica de gobierno, la confusión de la soberanía con el poder de la administración conducían a tales consecuencias.

Por otra parte, debemos destacar que el absolutismo de los monarcas, en cuyas manos se concentraban todos los poderes, impedía que los súbditos ejercieran acciones tendientes a lograr un resarcimiento de los perjuicios sufridos. Solamente en caso de que el soberano dispensara una gracia supeditada a su voluntad permitía a veces satisfacer las exigencias de los mismos. Esta situación de irresponsabilidad del Estado y de sus funcionarios se mantuvo a lo largo del Medioevo y también de la Edad Moderna, debido a la consideración de la reyecía.

Podemos decir que durante la edad media, la situación se mantuvo sin mayores variantes que en la antigüedad clásica, los monarcas y príncipes fundaban su poder en el derecho divino, y el Estado desmembrado en numerosos feudos, no respondía por los desmanes y tropelías que se cometían en su nombre, estando amparados los reyes y

príncipes por los privilegios e inmunidades que les correspondían, dentro de la estructura política y social establecida.

De esta época de la irresponsabilidad del Estado, podemos decir que las consecuencias que se derivan son que el damnificado no tiene recurso jurídico alguno, ni contra el poder público ni contra los agentes de éste; por lo que el ciudadano se encontraba obligado a soportar el daño por aquéllos causados.

Resulta menester de relieve que durante la vigencia del Estado-policía (polizeitstsst) Alemania, aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder. Esto trajo aparejado una incongruencia, dado que por un lado, se sostenía la inmunidad del poder, y por otro lado, se afirmaba el derecho de reclamar indemnizaciones por el ejercicio del poder.

Ante tal estado de cosas, se intentó dar coherencia a estas circunstancias. Así Mayer, mediante el uso de la teoría del fisco, consideró que el Fisco no representaba sino un lado del Estado; ese lado se reconocía y configuraba como una " persona moral" mucho antes que para el resto de su existencia, se concediese tal cualidad al Estado. En consecuencia, la doctrina del fisco, consigue así un fin que, de otra forma, se hubiese considerado incongruente, esto es llevar al Estado a juicio. En particular, la doctrina precedentemente citada, estimaba que determinadas actuaciones del Estado no tenían ninguna diferencia con ciertas actividades que llevan a cabo los particulares; pero las consecuencias de la doctrina del fisco no se contraen a lo anterior. Lo difícil no es encontrar aplicación al derecho Civil en los casos en que el Estado compra, vende o se obliga. Lo importante fue encontrar fórmulas jurídicas para aquellos momentos en que el Estado mandaba, bien que sus mandatos tuviesen repercusión pecuniaria. Así,

el estado expropiada al propietario, pero al mismo tiempo se imponía al fisco la carga de indemnizar con dinero; o cobraba dos veces una contribución, y entonces se permitía accionar *condictio indebitis* contra el Fisco; en resumen, cada vez que el Estado impone coactivamente al súbdito un sacrificio especial, el fisco, en virtud de una regla general de Derecho, se convierte en deudor de una justa indemnización, para cuyo pago se le puede emplazar ante un tribunal de justicia.

Por su parte Fritz-Fleiner, admite el postulado de Mayer, así pone el acento en la *iura quaesita* que vienen en tiempos del Estado-policía, a proteger al súbdito contra las actuaciones soberanas en tiempos en que no existían otras garantías jurídicas. Está aquí la base del concepto "*garantía de la propiedad privada*" que impide la expropiación sin indemnización y que termina por elevarse a teoría general y a su recepción, siglos después, en la Constitución de Weimar.

A su turno Fortshoff ha observado que la limitación del *ius eminens* por la *iura quaesita* es una situación que permanece hasta el siglo XVIII, en el que el *ius eminens* cedió su puesto al Derecho policial, en su amplia acepción de *cura promovendae salutis*, a cuya idea obedecían los párrafos 74 y 75 de la Introducción al *Allgemeines Landrecht* de Prusia que, después de declarar el sometimiento de los derechos particulares al bien común, establecía la obligación estatal de "*indemnizar a aquello cuyos derechos particulares y ventajas se ha visto obligado a sacrificar al bien de la comunidad*".

La responsabilidad del funcionario

Posteriormente se advirtió con el advenimiento del Estado de derecho, que no podía justificarse un sistema de irresponsabilidad fundado en razones de soberanía, puesto que soberanía no era de ninguna manera sinónimo de infalibilidad.

En el mismo sentido, señala Bielsa “ sostener que cuando el Estado obra como poder público no es posible someterlo a la decisión de sus mismos tribunales, alegando su autoridad entonces no tendría sentido, importaría, evidentemente, argumentar con criterio regalista; aún más, se falsearía también este concepto, porque la soberanía no se menoscaba asegurando el goce efectivo y el respeto de los derechos patrimoniales, sin restricciones fundadas en conceptos dogmáticos, en pugna con las nociones elementales de justicia. En lo que respecta a la distinción entre el Estado persona jurídica y el Estado poder público, observamos que esta doble personalidad es siempre jurídica y no puede seguirse de la una consecuencias jurídicas y de la otra consecuencias antijurídicas Por fin, declarar la irresponsabilidad del funcionario cuando obra como tal, es llevar un simple postulado a consecuencias tales que contradicen abiertamente los principios, los derechos y las garantías establecidos en las cartas constitucionales, especialmente aquellas que adoptan el sistema de gobierno republicano representativo y, en consecuencia, responsable” . ii

De esta forma se admitió la responsabilidad del funcionario público, por un acto arbitrario o ilegítimo, así el ciudadano podía ejercer una acción contra el funcionario reclamándole la indemnización de daños y perjuicios.

En Francia, la responsabilidad del funcionario encontró una restricción, establecida por el art. 75 de la Constitución del año VIII, dicha norma disponía que los agentes de gobierno, con excepción de los ministros, no podían ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones sino en virtud de una decisión del Consejo del Estado. En este caso la acción tiene lugar ante los tribunales ordinarios, es decir, que el funcionario se le podía demandar si había una autorización previa del Consejo de Estado, lo cual ponía enormes obstáculos en el sistema. Sin perjuicio de

ello, y a pesar de las limitaciones para poder demandar al funcionario público, consideramos esta norma, como un avance dado que ya existía la posibilidad, ínfima por cierto, de demandar al funcionario.ⁱⁱ

En Alemania, con anterioridad a la entrada en vigor de las leyes de organización del poder judicial del Reich (1º de octubre de 1879), para demandar al funcionario culpable se requería, en gran número de Estados, una autorización previa de la autoridad superior del funcionario. El derecho del Reich abolió este sistema. Sólo se reservaba al Derecho de los Estados la facultad de establecer un procedimiento prejudicial para proteger al funcionario frente a demandas arbitrarias. Pero esta resolución previa únicamente se limitaría a establecer si el funcionario se había hecho culpable de una extralimitación de sus facultades oficiales o de una comisión de los deberes de su cargo. Dicha resolución previa sólo surtía efectos precisando si autorizaba o denegaba la vía judicial, pero una vez admitida la procedencia de ésta, el procedimiento prejudicial no era obstáculo para que el tribunal civil que había de entender en el asunto, estimase por sí mismo si existía una violación del deber oficial que obligara a una indemnización. El procedimiento prejudicial impedía que las autoridades administrativas pudieran sustraer a los jueces un funcionario culpable pero por otra parte trataba de proteger al funcionario frente a demandas improcedentes.

Dentro de este período podemos citar la Crown Proceeding Act en Inglaterra del año 1947, por medio de la cual luego de una larga gestación se instituyeron reglas de responsabilidad extracontractual, por el hecho de los agentes del mismo. Con todo, aunque la ley es general, estableció una serie de excepciones respecto de actos o hechos irregulares que no hacen responsable a la Corona.ⁱⁱ

En los Estados Unidos de América, también se sancionó una ley que organiza esta responsabilidad; es la “ *Federal Tort Claims Act*” , del año 1946. Es dable señalar que la evolución de la responsabilidad del Estado en este país está constantemente vinculada al régimen de reclamaciones (o demandabilidad) que se inició ante el Congreso cuando se trataba de acciones contra el Estado.

Asimismo, es dable que el tribunal que el Estado norteamericano creó, la Court of Claims, en su origen (1855) no fue un órgano jurisdiccional, pero en 1863 se le atribuyó jurisdicción y competencia para conocer y decidir en materia de reclamaciones por indemnización fundadas en daños causados por actos de los agentes del gobierno, apropiación de bienes especialmente con motivo de guerra. Su importancia funcional aumentó luego de la primera guerra europea de este siglo en la que intervino esa nación.

La evolución en la

Es usual, en el estudio de la evolución de la jurisprudencia argentina respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado, afirmar que los fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, no admitían en la primera etapa, la responsabilidad del Estado y luego de ello, con el caso Devoto, se comienza a admitir la responsabilidad del Estado.

Como habremos de verlo en párrafos posteriores, hubo un fallo del siglo pasado y, que además fue el primero sobre este aspecto, que admitió la responsabilidad extracontractual del Estado y luego de ello, se pasó a una etapa de irresponsabilidad del accionar del Estado, y posteriormente con el fallo Devoto, se inicia el camino hacia el reconocimiento de la responsabilidad estatal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se expidió por primera vez respecto de la responsabilidad del Estado el 3 de setiembre de 1864. El litigio fue iniciado por la firma Bates Stokes y Cía. c/ Gobierno Nacionalⁱⁱ, la cual solicitaba cobrar el importe de las galerías que habían sufrido algunos efectos, debido a una inundación, en los almacenes de aduana, ocasionada por un temporal. Después de varios trámites seguidos ante el gobierno nacional, quien aceptó las obligaciones en que había incurrido la provincia. En esa oportunidad la Corte declaró la responsabilidad del Estado, dando por supuesto que podía demandarse y exigirse al Estado indemnización en razón de los perjuicios causados por sus agentes. Es dable recordar que nuestro Máximo Tribunal, admitió en el referido caso, que puede existir culpa en la acción administrativa.

Unos meses después de dictado el fallo Bates Stokes y Cía. Contra el gobierno nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, produce un cambio total en su anterior pronunciamiento, en el caso "Sesye y Seguich c/ Estado Nacionalⁱⁱⁱ estableciendo el principio de una no demandabilidad del Estado ante los tribunales nacionales. Asimismo el Alto Tribunal puso de manifiesto que uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, aquel por medio del cual el que la inviste no puede ser arrastrado por particulares ante los tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, con el objeto de responder de sus actos y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales y tiene por garantía su buena fe.

Los hechos se plantearon en ocasión de la guerra que la Provincia de Buenos Aires sostuvo y ganó contra el Gobierno del Paraná, Vicente Seste y Antonio Seguich se engancharon como personeros de guardias nacionales, siendo destinados a la legión Militar.

Concluida la guerra y dados de baja en Agosto de 1863, esos individuos se presentaron al Gobierno Nacional pidiendo una indemnización por el mayor tiempo que habían servido. Diciendo ellos que el enganche y el premio recibido habían sido estipulado por el tiempo que durase la guerra; que la guerra había concluido con la batalla de Pavón: que sin embargo ellos habían sido retenidos en el servicio militar hasta el mes de Agosto de 1863; que por consiguiente tenían derecho a una compensación o aumento del premio.

Sosteniendo sus fundamentos en la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, los jueces sostuvieron que *“... reconocer como principio, que el Gobierno Nacional no puede ser demandado ante los tribunales... que el Poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera, y administración con independencia de los otros dos poderes que participan del Gobierno de la República,... que es uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que el que la inviste, no pueda ser arrastrado ante los tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares...”*

A partir de este fallo, el principio era que el Estado era irresponsable y que además era indemandable, salvo una disposición expresa del Estado con el fin de que esas cuestiones sean ventiladas en un juicio.

Como habremos de verlo el camino hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado fue una evolución lenta pero inexorable. En 1864, con el caso Bates Stokes y Cía. Se reconoció la responsabilidad del Estado, luego hubo un retroceso, y en 1876 se inicia ese camino del reconocimiento de la responsabilidad del Estado.

Uno de los primeros fallos que se pueden citar, en el que se discutió la responsabilidad estatal fue el caso Darío David del año 1876. En dicho litigio David, interpuso demanda contra la provincia de San Luis, por

medio de la cual reclamaba el pago de una suma de dinero en concepto de indemnización, como consecuencia de la expropiación de cabezas de ganado que eran de su propiedad. Dicha expropiación fue llevada a cabo por las autoridades de la mencionada provincia, las que con posterioridad fueron declaradas en rebelión. La Corte rechazó la demanda instaurada por David fundando su decisión en que si se hubiera tratado de expropiaciones llevadas a cabo por rebeldes, la cuestión entraría en la categoría de perjuicios causados por guerra civil. Asimismo señaló nuestro Máximo Tribunal, que en el caso e daños ocasionados por un conflicto, están sujetos por igual ciudadanos y extranjeros y ninguna autoridad nacional o provincial es responsable o ley expresa y por jurisprudencia consentida universalmente.

Luego del caso Darío David, con fecha de julio de 1876, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dicta otro fallo, admitiendo la responsabilidad del Estado, no lo dijo expresamente, pero es bueno recordar este pronunciamiento porque admite la posibilidad de indemnización. El caso se encuentra caratulado de la siguiente forma: *“El Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes, Cloacas, etc. De la Ciudad de Buenos Aires, contra D. Germino Pérez sobre construcción de un conducto de aguas de tormenta”*.ⁱⁱ Los hechos del caso fueron los siguientes: Una Comisión de Aguas Corrientes, Cloacas, Adoquinado, presidida por el Sr. Emilio Bunge se presentó ante el juez de Sección, poniendo de manifiesto que unos caños de agua debían pasar por la propiedad de Jerónimo Pérez. Asimismo, Bunge, puso de resalto que Pérez se opuso a esta obra, sin perjuicio de poner de resalto que, se le ofreció al referido ciudadano una suma de dinero por los daños que se le ocasionarían.

Cuando el caso llegó a la Corte, analizó las cuestiones, sosteniendo en el considerando tercero que lo siguiente: *“Que es un caso de indemnización de perjuicios, que el propietario tiene indudablemente el*

derecho de reclamar, cuando los trabajos públicos autorizados por la administración, sin desposeerle de parte alguna de su inmueble, le causan sin embargo, un perjuicio cualquiera, temporario o permanente, sea restringiéndole o embarazándole su goce, sea disminuyéndole el valor de su propiedad”.

Y finalmente la Corte concluye expresando: “Que los casos de perjuicios causados por la administración en la ejecución de los trabajos públicos, a la propiedad particular, sin que haya incorporación al dominio público de ninguna parte de ella, son restricciones impuestas al dominio privado, sólo en el interés público, y son regidas por el derecho administrativo, según lo dispuesto por el artículo primero, título sexto, libro tercero, Código Civil; debiendo por lo tanto las acciones por indemnización de perjuicios a que ellas pueden dar lugar, deducirse ante la autoridad administrativa que con sus hechos o los de sus agentes los haya causado o pretenda causarlos”.

Este fallo reviste particular importancia, porque admite sin decirlo la responsabilidad del Estado, en particular, se admite expresamente la posibilidad de indemnización e indirectamente se está admitiendo la responsabilidad estatal.

Posteriormente en 1886 en la causa Escalada c/ Municipalidad de Capitalⁱⁱ, en el cual se debatía el expendio de billetes de lotería, restitución de multas y daños y perjuicios, la Corte reitera el temperamento sentado en el caso David, así pone de manifiesto que: *“la acción de daños y perjuicios deducida por Escalada no es procedente en el presente caso; pues, por el artículo 43 del Código Civil, se dispone terminantemente que no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores*

individualmente hubieses cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.

Como podemos advertir luego del fallo en el caso de Jerónimo Pérez, se mantiene la línea de la irresponsabilidad del Estado, pero como habremos de observar en párrafos posteriores, son los tribunales inferiores los que van admitiendo la responsabilidad estatal, y haciendo lugar a las acciones judiciales que se instauraron en ese sentido.

Luego de ello, en el año 1893 en una demanda que presentara Luis F. Aráoz c/ la Municipalidad de la Provincia de Tucumánⁱⁱ por despojo, daños y perjuicios, la Corte revoca la sentencia del inferior en cuanto a indemnización de daños conforme al artículo 43 del Código Civil.

De esta forma, *“Se ordena la restitución al actor de los terrenos expropiados”* pero en cuanto a los daños ocasionados por la Municipalidad *“... que conforme a al artículo 43 del Código Civil, no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnizaciones de daños.”*, revocando la sentencia de primera instancia.

Un año después, en 1894, la Corte continúa con un criterio de no admitir la responsabilidad estatal en el caso Pedro Antonini y Trussi c/ Enrique Berduc, presidente de la Municipalidad de Paraná sobre despojo, daños y perjuiciosⁱⁱ, la Corte confirma la sentencia del inferior, estableciendo que: *“la apertura de calles sin consentimiento ni previa indemnización al poseedor del terreno en el que se ha verificado, importa un despojo y obliga al despojante a restituir la posesión y a satisfacer las pérdidas e intereses”*. Sin perjuicio de ello, es dable destacar que la acción fue dirigida contra Berduc y no contra la Municipalidad de Paraná, por lo que podemos afirmar que no hubo por parte de nuestro Máximo Tribunal un apartamiento de los principios directores que, hasta ese

momento, regían la materia, esto es, no admitir la responsabilidad estatal.

En 1899 en la causa *Urcegui c/ Municipalidad de La Plata sobre daños y perjuicios*ⁱⁱ se revoca la decisión del inferior, que había admitido la responsabilidad de las personas jurídicas por actos ilícitos con exclusión de los delitos criminales, por aplicación, en el caso, del artículo 1109 del Código Civil, por entender que “...*la Municipalidad no es, ni puede ser autoridad del hecho por no ser capaz de delinquir y que no es tampoco demandable por acciones civiles por indemnización de daños y perjuicios procedentes de delito aunque sus administradores lo hubiesen cometido realmente, y esto aunque el delito hubiese redundado en beneficio de ella, según lo prescribe el artículo 43 del Código. Civil*”.

En 1910 en el caso *Tomassoni c/ Gobierno Nacional*ⁱⁱⁱ, la Corte sienta el criterio por medio del cual “*la persona jurídica sólo es responsable de los daños y perjuicios derivados del dolo o de la culpa de sus representantes o empleados, en el cumplimiento de las obligaciones convencionales*”, admitiéndose que sólo en caso de que una expresa disposición legal lo establezca, procede su responsabilidad extracontractual.

Con posterioridad , en 1916 en la causa *Luis Sáenz Peña c/ Gobierno Nacional*, se rechaza la demanda iniciada por daños y perjuicios, fundándose en la carencia de justificación de la culpa o negligencia de la Administración. Se considera no amparada la demanda por la postulación del artículo 1109 del Código Civil invocado en la misma.

En ese mismo año la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa *Compañía de Gas del Rosario c/ la Provincia de Santa Fe*ⁱⁱ, haciendo referencia a la responsabilidad estatal y citando el artículo 43 del Código Civil, expresa: “*como persona jurídica ... es incapaz de la*

ejecución de delitos o de cuasidelitos (artículo 43, Código Civil) y, en consecuencia no puede exigírsele el resarcimiento de daños y perjuicios de que no es responsable”.

El año 1918 y un paulatino cambio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hacia la admisión de la responsabilidad del Estado.

Luego de ello, en el año 1918, en la demanda que iniciara Banco de Londres y Brasil c/ el Fisco Nacionalⁱⁱ, nuestro más Alto Tribunal, confirma la sentencia del inferior de acuerdo con lo establecido en el art. 2779 del Código Civil expresando que: “...*elementales nociones de justicia (que) consagran el principio de que nadie debe ... lesionar sin reparación el derecho ajeno*”, principio que había sido reiteradamente negado por la Corte en cuanto a su aplicación a las personas jurídicas”.

Posteriormente en el año 1919 en la causa Frank Brown c/ Gobierno Nacionalⁱⁱ, la Corte Suprema de Justicia admite la responsabilidad extracontractual del Estado, pero para tomar viable tal responsabilidad es necesario que medie una disposición legal expresa en tal sentido.

Resulta beneficioso en este punto, detenernos un momento y realizar un breve repaso de lo precedentemente expuesto. Desde la institucionalización de nuestro país, en el año 1853 hasta 1916, no se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado, así lo aseveran los distintos fallos a los que hemos pasado revista. Sin embargo, es bueno recordar el caso del año 1864, Bates Stokes y Cía, que admitió la responsabilidad estatal y luego de ello, unos meses después de emitido ese pronunciamiento se sigue por la línea –hasta ese momento tradicional- en cuanto a la no admisión de la responsabilidad estatal. Asimismo debemos poner de relieve que, si bien en ese período el

pensamiento generalizado era el de responsabilidad del Estado, hubo tribunales inferiores que admitían la responsabilidad estatal, así lo aseveran algunos fallos a los que hicimos referencia precedentemente.

Estas ideas, sustentadas por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, guardan también relación con la idea de Estado que se sustentaba en aquella época, esto es, las ideas del Estado liberal o Estado gendarme.

Al respecto es dable destacar que el Estado liberal cumplía funciones, limitadas como es el caso de la seguridad, defensa, justicia y relaciones exteriores, todo lo demás quedaba librado a la iniciativa de los particulares. Asimismo, desde esta concepción con un Estado limitado en sus funciones, era lógico que no dañara a sus ciudadanos, o en su supuesto de suscitarse un daño lo era en situaciones excepcionales. Es decir, el daño que el Estado liberal podía ocasionar eran de una escasa probabilidad, ya que la limitación en sus funciones lo mantenía alejado de un posible perjuicio para los ciudadanos. Por lo demás, la idea de la irresponsabilidad del Estado sobre este punto se aceptaba, y los tribunales confirmaban esta tendencia, tal como lo pusimos de manifiesto en los distintos pronunciamientos en que debió tomar intervención nuestro Máximo Tribunal desde 1876 hasta 1916.

¿Qué ocurrió a partir de 1916? A partir del citado año, se comienza a advertir un cambio en la concepción de la jurisprudencia argentina, sobre la base de estimar primero que en determinadas circunstancias ante una lesión provocada a un particular, elementales principios de justicia, debían autorizar una indemnización en el supuesto de responsabilidad del Estado en el ámbito extracontractual, siempre que existiera una norma expresa que previera tal responsabilidad.

Este cambio, también obedece, desde manera óptica, al cambio de concepción del Estado que se había operado. Son las ideas propias del Estado benefactor. En dicho Estado, no sólo se debían satisfacer aquellas cuatro funciones propias del Estado liberal, sino que se debía tender a la máxima felicidad del individuo. Entonces el Estado comienza a cumplir una serie de cometidos antes concebidos sólo para la iniciativa de los particulares. Así el Estado asegura vacaciones, descanso, se hace empresario, en suma comienza a iniciar activamente en todas las actividades. Resulta claro, que al realizar mayores actividades el Estado también se colocaba en el riesgo de cometer daños a los individuos, entonces ante esta circunstancia, surgía menester admitir cierta responsabilidad. En una primera etapa, se admitió la responsabilidad del Estado, siempre que existiera una ley formal que autorizara admitirla, es el caso Frank Brown c/ Gobierno nacional.

En suma en la etapa del Estado liberal, no se admitía la responsabilidad extracontractual del Estado. Cuando se produce el quiebre del Estado liberal, y comienzan a tomar vigor las ideas del Estado benefactor, también comienza a admitirse la responsabilidad extracontractual, sobre la base de la existencia de una ley. De la misma forma, y ante la existencia de una ley que acordaba indemnización por los daños que ocasionara el Estado, resultaba indiferente que el acto fuera de imperio o de gestión.

Asimismo, no se admitía la responsabilidad aquiliana del Estado por los delitos o cuasidelitos, ya que de la lectura de los artículos 43 y 36 del Código Civil impiden sostener que las personas jurídicas estén obligadas a responder por los actos ilícitos que pudieran cometer sus representantes.

Por otra parte, en el caso Sáenz Peña se admitió que el Estado era responsable por los actos de gestión de su patrimonio privado como los referentes a la intendencia de los servicios públicos, o como es el caso de la responsabilidad por los actos de los agentes que en ejercicio de su misión clausuran un establecimiento industrial por error o negligencia.

Esta era la situación hasta el año 1933 en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, habría de dar un paso fundamental en la admisión de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En este contexto llegamos al año 1933.

En un campo que alquilaba la Sociedad Anónima de Tomás Devotoⁱⁱ, en la provincia de Entre Ríos, se produjo un incendio como consecuencia de unas chispas que emanaban de un brasero, el que era utilizado por unos empleados del Telégrafo Nacional, cuyas funciones eran unir los hilos de la línea telegráfica que pasaba por el campo de la referida firma. Al producirse el incendio se provocaron graves daños para la citada sociedad anónima, la que con posterioridad interpuso una demanda contra el Estado nacional por los daños y perjuicios sufridos.

Finalmente la Corte hizo lugar a la demanda de la citada firma. Así puso su manifiesto: *“Que en nada influye para definir la responsabilidad del Estado por el desempeño negligente de sus empleados que aquéllos en el caso de autos, no hayan procedido intencionalmente, o que la causa generadora del incendio sea causal, desde que la casualidad sólo puede equipararse al caso fortuito, en cuanto en ambas circunstancias importan sucesos que no han podido preverse ni evitarse (artículo 511, Código Civil)”* y finalmente agrega nuestro Máximo Tribunal *“ Pero el estrago de autos ha podido ser previsto y evitado desde que él ha ocurrido por falta de atención de los agentes del*

Gobierno y en tanto éstos ejecutaban trabajos bajo su dependencia, (reparación de una línea telegráfica nacional).

Es decir, se admite la responsabilidad extracontractual del Estado, pero para ello es menester acreditar la culpa de los operarios.ⁱⁱ

Luego del caso "Devoto", se inicia por parte de la jurisprudencia argentina el camino hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. En el caso Quidingⁱⁱ, se hizo lugar a una demanda contra la Nación, basada en el hecho de que un camión del –por entonces- Ministerio de Marina había atropellado a un particular causándole diversos perjuicios pecuniarios. Entre los fundamentos del Alto Tribunal, se admitió que no tratándose de un delito, no era apacible el art. 43 del Código Civil; y además que como la actuación que había tenido la Nación en el hecho no fue en su carácter de poder público, nada obstaba a que se declarara su responsabilidad.

Con posterioridad en el tiempo, en el año 1938, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse nuevamente. En aquella oportunidad se admitió la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires, debido a los perjuicios que se habían ocasionado por la prestación defectuosa o irregular del servicio de expedición de los certificados registrales, los cuales resultaban indispensables para realizar la escrituración de un inmueble.

En el caso Ferrocarril Oesteⁱⁱ, la tesis de la Corte se apoya ahora en el artículo 1112 del Código Civil y en su fuente doctrinaria para admitir la responsabilidad de la provincia demandada por falta de servicio. Así el Alto Tribunal dijo: *"Que la disposición del artículo 1112, Código Civil, correlacionada con el artículo 1113, significa la aceptación del principio de la responsabilidad del estado, cuando concurren las condiciones anteriormente indicadas, tanto por lo que se desprende de su texto*

mismo, cuando porque interpretada así concuerda con la teoría expuesta por Aubry Rau, citada por el Codificador en su nota al art. 1112”.

Este fallo es de suma importancia ya que la Corte decide modificar el factor subjetivo de atribución, al hablar de la “falta de servicio” del Registro de la propiedad que había extendido un certificado de dominio con error, sin incluir un embargo, y eso dio origen a un daño para el particular. Pero mantiene todavía la imputación indirecta o las tesis de la responsabilidad indirecta.

Del mismo modo Juan Carlos Cassagneⁱⁱ, señala el error de este pronunciamiento, al decir que: *“El defecto mas grande es nuevamente aquí la invocación al artículo 1113 del Código Civil y la consecuente construcción de la responsabilidad indirecta que presupone una suerte de presunción de culpa del Estado por la responsabilidad en la elección de los agentes que desempeñan las funciones públicas. La idea de falta de servicio es objetiva, se independiza de la culpa y permite responsabilizar al Estado aun cuando no se individualice al autor del daño”.*

¿Cuáles fueron los avances que implicaron el dictado del fallo Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires?

En primer lugar, se abandona la aplicación del artículo 43 en el caso de responsabilidad del Estado, así se expresó: *“Que el Estado provincial impone la obligación de munirse del certificado del Registro para escriturar toda operación que versare sobre transmisión de inmuebles, cobrando un derecho especial de sellado, lo que lógicamente, presupone la obligación de prestar un servicio regular que responda a las garantías que se ha de asegurar. Que cuando de tal manera procede, no obra como persona del derecho privado o como persona*

jurídica, sino como entidad del derecho público que ha tomado a su cargo una función y que la monopoliza , como puede ser la de Correos y Telégrafos o cualquier otra de esta naturaleza, y, siendo así, la invocación del artículo 43 del Código Civil no es pertinente”

En segundo lugar, se establece un recaudo en cuanto a la prestación de un servicio público y su consecuente responsabilidad en el caso de no cumplirse. Así el servicio debe prestarse de manera regular, y su irregular prestación o la omisión en su prestación generan responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados.

En tercer lugar, se establece el fundamento de la responsabilidad del Estado en la justicia y la equidad, al expresarse que: *“si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, debe tener también su aplicación en este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que la impida”*.

¿Qué ocurrió luego del caso Ferrocarril Oeste?

Luego de dictado el caso Ferrocarril Oeste, se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado sobre la base de los artículos 1112 y 1113 del Código Civil, así se consideró que la provincia de Buenos Aires resultaba responsable por los daños ocasionados por un informe erróneo expedido por el Registro Inmobiliario, en tal sentido se expresó que: *“la demanda promovida es procedente de acuerdo con la reiterada doctrina del tribunal, pues ha mediado en el caso una conducta culpable o dolosa del personal de la demandada que, en el desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del estado provincial ha causado el daño de que se trata lo que torna aplicables los artículos 1112 y 1113 del Código Civil (Fallos: 270:278; 273:75; 278:224, entre otros –La ley, 131-1120-17.794-S; 143-576-26.678-S-)”*.

Hemos visto en los fallos anteriores que la Corte para hacer responsable al Estado hace referencia al artículo 1112 del Código Civil, en el caso de Vadelleⁱⁱ del año 1984, también del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, con aplicación exclusivamente del artículo 1113 del Código Civil, entiende que en el caso es una responsabilidad objetiva y directa, porque los funcionarios actuando en el ejercicio de su función son órganos del Estado y, por lo tanto, lo que ellos hacen lo hace el Estado mismo.

En el considerando 5º del citado fallo entiende que la idea de falta de servicio es objetiva y encuentra su fundamento en el artículo 1112 del Código Civil.

Asimismo nuestro Máximo Tribunal desecha la aplicación del artículo 1113, poniendo de manifiesto que: “ ... la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva y concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (ver Fallos 259:261; 270:404; 278:224; 288:362; 290:71; 300:867 -). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”

El caso Vadell, reviste particular importancia, porque se recepta la idea objetiva de la falta de servicio y se aplica directamente el artículo 1112 del Código Civil, y se desecha la aplicación del artículo 1113 del referido

cuerpo normativo para sostener la responsabilidad extracontractual del Estado.

Hay un sector de la doctrina que considera la aplicación del artículo 1112 del Código Civil es subsidiaria, no compartimos tal posición, ya que el citado artículo es una norma que pese a encontrarse en el Código Civil, pertenece al derecho administrativo, y en consecuencia, creemos que se trata de la aplicación directa de una norma de derecho público.

Capitolo II

El Derecho Administrativo se estructura en diferentes fuentes que regulan la función administrativa e integran su régimen jurídico, entre ellas podemos hallar: 1) Constitución nacional; 2) tratados de derechos humanos; 3) Acuerdo multilateral de la Organización Mundial del Comercio; 4) otros tratados internacionales; 5) tratados de integración; 6) normas de organizaciones supraestatales; 7) leyes federales; 8) leyes comunes; 9) leyes locales; 10) leyes-convenio; 11) leyes por delegación; 12) decretos de necesidad y urgencia; 13) Constituciones provinciales; 14) tratados regionales; 15) tratados interprovinciales; 16) tratados provinciales con la Nación; 17) tratados provinciales con entidades o gobiernos extranjeros; 18) decretos; 19) decisiones administrativas; 20) acuerdos de gabinete de ministros; 21) reglamentos administrativos; 22) contratos; 23) principios generales del derecho; 24) jurisprudencia administrativa.

Estas distintas fuentes tienen una graduación jerárquica dada por la supremacía constitucional (artículo 31 de la Constitución Nacional) a causa del carácter nacional o provincial de las normas y fuentes jurídicas (artículo 1º, 5º y 121 de la Constitución Nacional).

Ha de notarse que en la Argentina toda la construcción jurídica en torno a la responsabilidad estatal, en el fondo es una elaboración jurisprudencial. En efecto, fuera de lo previsto en el artículo 1112 del Código Civil en relación con la responsabilidad de los funcionarios públicos, no existe legislación que en forma general se ocupe del problemaⁱⁱ.

En el caso, debemos partir de la base de que, salvo contadas excepciones específicas el legislador no ha dictado normas generales de carácter administrativo a los efectos de reglamentar la “*La Responsabilidad estatal*”, debiendo ser suplidos, mediante la técnica de la analogía, por las normas contenidas en el Derecho Civil.

No existe una disparidad entre el derecho administrativo y el derecho privado en cuanto se trata de los principios jurídicos que reglan lo referente a los hechos y actos jurídicos, a la responsabilidad contractual y extracontractual, al régimen de la capacidad jurídica, de los medios de extinción de las obligaciones etc. Las desviaciones entre uno y otro son debidas a los intereses prevalecientes diversos que contemplan. El Derecho Público en virtud de la "*justicia distributiva*" y el Derecho Privado en el "*interés del mercado*"ⁱⁱ , pero a pesar de estas diferencias su marcha es paralela sin implicar oposición entre el *jus publicum administrativo* y el *jus privatum*.

Esta posición es la sostenida en las "*Jornadas en conmemoración de la reforma del Código Civil Argentino (1968-1998)*", organizadas por la Universidad Argentina John F. Kennedy del 25 al 27 de junio de 1.998, quienes propiciaron que la teoría general del daño es unitaria y comprende al derecho público y al derecho privado; que la responsabilidad del Estado puede ser contractual o extracontractual; que el débito resarcitorio tanto en uno como en otro campo se rige por los principios del Código Civil; y que en materia de responsabilidad civil del Estado por actos lícitos, "*salvo disposición en contrario*" se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas.

De esta forma la Corte Suprema de Justicia resolvió en el año 1941 una cuestión sobre invalidez del acto administrativo, "*las reglas del Código Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos, si bien no ha sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquellas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquellas con las discriminaciones impuestas por la*

naturaleza propia de la que constituye la sustancia de ese derecho",
Ganadera Los Lagos S.A. vs. Gobierno Nacional.ⁱⁱ

Coincidente con esta resolución se encuentra la doctrinaⁱⁱ estableciendo que al carecer el Derecho Público nacional de una norma específica relacionada con la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o de abstención y al hallarse en el Código Civil una norma específica al respectoⁱⁱ. El mencionado artículo resulta aplicable análogamente para resolver, en derecho público, lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado.

La analogía constituye *"un procedimiento interpretativo al que se recurre cuando en el ordenamiento jurídico no se halla norma aplicable al caso."*ⁱⁱⁱ Constituyendo un procedimiento que tiende a buscar que las mismas situaciones jurídicas se rigen por idénticos principios jurídicos.

Teniendo en cuenta que el derecho es la ordenación de la recta razón para el bien común, los principios generales del derecho forman parte del orden jurídico, ya que son los soportes estructurales del sistema normativo.

Constituyen principios universales tanto los que atañen a la dignidad humana, la igualdad y la seguridad jurídica de los habitantes, como los referidos a la autoridad.

De acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, los principios generales del derecho forman parte del ordenamiento jurídico. En efecto, se obliga a los jueces a aplicar el derecho aun cuando las controversias o cuestiones jurídicas no puedan resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de las leyes o por las leyes análogas, disponiéndose que en tal

caso se resolverán según los principios generales del derecho. Esta disposición legal es aplicable también en derecho administrativo

El Código Civil refiere a esta técnica como criterio interpretativo, en el artículo 16,ⁱⁱ establece la manera de resolver los supuestos que contempla, supedita la decisión a la analogía y a los principios generales del derecho, estableciendo el orden de prelación que, en los casos ocurrentes, han de aplicarse los principios generales del derecho, dándole prelación a la analogía sobre dichos principios.-

Si la aplicación analógica no fuere suficiente, dicta con claridad el texto, y hubiera alguna duda para resolver la cuestión, se recurrirá luego a los principios generales del derecho.

Consecuentemente, la aplicación de los principios generales del derecho, para fundar la responsabilidad del Estado por su hecho o acto omisivo, es solo subsidiaria, significando más una aclaración que una fundamentación. No hay razón alguna para que este tipo de responsabilidad tenga un fundamento positivo y un alcance distinto que el de la responsabilidad general del Estado por sus hechos o actos positivos.

Puede mencionarse como opinión contraria la vertida por J. R. Dromⁱⁱⁱ, para quien en principio no son aplicables en materia de responsabilidad del Estado los preceptos del derecho civil común sino las reglas propias del Derecho Público, aludiendo a que llamar al instituto responsabilidad civil del Estado "es un eufemismo", porque "ni se trata de la clásica responsabilidad del derecho privado, ni es tampoco civil en el sentido de regirse por las normas de dicho Código". De todos modos, y dentro de una visión indefectiblemente panorámica del tema -acorde con las lógicas restricciones propias de la naturaleza de esta colaboración, muy distante de un trabajo de investigación que profundice adecuadamente en un aspecto tan vasto y relativamente poco tratado

desde la óptica jusprivatista-, no podemos menos que coincidir con Alberto Bianchi en las atinadas consideraciones que hace en el capítulo inicial de su obra "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa" . Según ellas, los propicios avances que en materia de doctrina autoral y judicial -aun con vaivenes- se han hecho en relación con la responsabilidad del Estado, no se compadecen con los valladares que a nivel legislativo el mismo Estado genera.

A pesar de todo, aun existe una lucha doctrinaria en la cual se plantea cual sería el derecho a aplicar en casos de responsabilidad por la actuación estatal, un sector se inclina a sostener que la solución debe ser mediante la aplicación del Código Civil y la antagónica sobre la base de las leyes administrativas.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en oportunidad de dictar sentencia en los autos Torres Francisco c/ Provincia de Mendoza sostuvo que *" La existencia de un derecho de daños, presidio por principios comunes al principio público y privado, no implica negar que la existencia de la responsabilidad del Estado reconoce algunas reglas específicas, debiendo propiciarse la unidad en la teoría del responder que es la consecuencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico. El fraccionamiento en compartimentos estancos lleva a resultados absurdos cuando se trata de actos u omisiones que pueden ser imputados tanto a particulares como al Estado."*ⁱⁱ

Por todo lo expuesto considero que es necesario en este punto exponer mi observación al desarrollo del tema.

Las normas del derecho privado resultan insuficientes, además de inconvenientes, para delinear el régimen de la responsabilidad estatal. La primera de las razones que aparece tiene que ver con la distinta finalidad que atiende el derecho privado y el derecho público.

Otra cuestión que es necesario examinar es que en el mundo contemporáneo, el Estado sale muchas veces de su posición específica de titular de poder público y rector del bien común, para abarcar actividades que, con igual fundamento, pueden ser desarrolladas por particulares. Resulta, en efecto, que del denominado Estado gendarme al que podemos llamar Estado omnipotente hay una gran diferencia y que esa diferencia requiere la aplicación de reglas jurídicas también distintas.

Esta realidad incide, en la responsabilidad estatal, ya que el diferente ámbito y la distinta posición en que actúa determina que se apliquen normas diversas: mientras en el caso del Estado en ejercicio del poder público, deben tenerse primordialmente en consideración las normas del derecho administrativo, en el otro supuesto, parece que la cuestión debe ser directamente por los preceptos civiles.

En principio no son aplicables en materia de responsabilidad del Estado los principios del derecho civil. El derecho público, y por iniciativa jurisprudencial, ha elaborado una serie de reglas específicas para regularla. Se la llama todavía, a veces, *responsabilidad civil* del Estado, pero es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica responsabilidad del derecho privado, ni es tampoco civil en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. Estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo cual hace ya inexacto hablar en rigor de responsabilidad civil.

El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la Constitución, toda vez que la actividad de alguno de sus órganos causa un *perjuicio especial* a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra.

Si bien es verdad que en la Constitución no hay un artículo que atribuya responsabilidad reparatoria por el daño ocasionado, hay presupuestos fundamentales que consagran la reparación de los derechos ofendidos. Toda responsabilidad reparatoria se funda sobre la ofensa de los derechos reconocidos y adquiridos: respeto a los derechos adquiridos y de propiedad (artículo 17); indemnización previa en la expropiación por utilidad pública (artículo 17); igualdad ante las cargas públicas (art. 16); seguridad y garantías individuales (artículo 18 y 43); garantía a la libertad (artículo 15 y 19); demandabilidad judicial del Estado (artículo 116) (CNFedCivCom, Sala III, 6/9/84, "Rey Serantes, Armando c/Banco Hipotecario Nacional", JA, 1985-II-491). Todo lo indicado sin perjuicio de los "derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" (artículo 33).

De allí que de nuestro ordenamiento constitucional puedan extraerse los distintos principios fundantes de la responsabilidad estatal, que posteriormente analizaremos.

Capitolo III

Al referirnos al desarrollo de la responsabilidad estatal por su actividad extracontractual describimos que la misma fue tardía en la historia. Pero de igual modo que originalmente la “irresponsabilidad” del Estado constituía el “*principio*”, en la actualidad dicha “irresponsabilidad” constituye la excepción.

Para dar legitimidad a esa responsabilidad estatal fue necesario que la doctrina formulara distintas tesis con el fin de justificarla, entre ellas, las más destacadas de mencionar, y aquellas que poseen la mayor aceptación son:

Teoría de los riesgos sociales. Este primer criterio considera que la responsabilidad del Estado, por los daños que ella ocasione, excluye la culpa estatal como fundamento de su deber de resarcir los daños que se produzcan por los hechos o actos que le sean imputables.ⁱⁱ

La responsabilidad de la Administración Pública existe por el hecho de haber ocasionado el funcionamiento del servicio público un perjuicio particular a un individuo o a un grupo de personas. La posibilidad de ocasionar semejante daño, constituye un riesgo. Hay entonces responsabilidad por el riesgo.

Su criterio jurídico se basa en que el funcionario que pone su actividad y su atención al servicio del Estado, pero que a veces procede equivocadamente y produce un daño.

El Estado utiliza sus servicios y logra aumentar su prestigio y mejorar su patrimonio; es justo, entonces, que tenga también participación en las pérdidas, respondiendo con bienes por los desaciertos o errores que el funcionario comete.

Se trata de principios jurídicos de extraordinario alcance, que han hecho crecer enormemente la ola de pretensiones de indemnización contra el Estado y justifican la denominación de Duguit del Estado, como “*un organismo de seguros por riesgos sociales*”.

La tesis considera que, en la vida moderna, la aparición cada vez mas frecuente de peligros, a los que en muchas oportunidades el hombre no puede escapar; y es injusto que soporte por su cuenta los daños que se le interfieren. Para que nazca el derecho a la indemnización, se necesita una situación excepcional de peligro.

Marienhoffⁱⁱ critica esta posición sosteniendo que los riesgos podrán ser causa de daños y perjuicios, pero no el fundamento de la responsabilidad estatal, y que el mismo se encuentra en el Estado de derecho.

Teoría de la representación. Se sostiene en la posición del representante que realiza actos de los cuales responde el representado. En este caso, el representante es el funcionario y el representado, la Administración. La responsabilidad se funda en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, es decir, en la elección del representante por parte del representado.

Para algunos autores, esta teoría de la representación del órgano sería aceptable si se considerase representante a los funcionarios y representados a la Administración. pero como esto es falso, ya que la Administración no es la que elige, sino que son elegidos por otros funcionarios y estos a la vez por otros, unos y otros serían responsables.

El problema no se plantearía cuando el funcionario actuó con culpa o negligencia, por ser el directamente responsable; pero si se presenta,

cuando el daño se produjo sin culpa del funcionario o en el supuesto de culpa concurren entre el funcionario y el Estado.

Teoría organicista. Ve en las personas jurídicas un conjunto de órganos, hasta el punto de que si desapareciesen los órganos, desaparecerían también las personas jurídicas.

Para esta doctrina, lo que hace a un órgano lo hace en nombre de toda persona jurídica. El ejemplo clásico es el siguiente: el hombre es responsable de los trabajos que realiza con sus manos; o en otras palabras: todo lo que hace la mano del hombre, responde por este.

Considera al agente público como un órgano del gran organismo que es la Administración Pública, y esta es la responsable. *“El Estado, quiere y obra por sus órganos. Cuando aquellos quieren y obran es el Estado quien quiere y obra. Cuando ellos cometen una falta, es el Estado quien la comete; le es imputable y él es directa y personalmente responsable.”ⁱⁱ*

En virtud de lo expuesto, si los agentes de la Administración Pública son activos, diligentes y dinámicos, la Administración será activa, diligentes y rápida. Si, por el contrario, los funcionarios son torpes, incapaces, negligentes, perezosos en sus funciones, la Administración Pública será inútil, deficiente y lerda.

Teoría de la proporcionalidad de las cargas. Sostiene que los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el poder Público causa a los particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que esta formado por las contribuciones de toda la colectividad.

Cuando el estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto, con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper con el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes.

Fundándose en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos, formulada en la Revolución Francesa en 1789 donde reza “... unos ciudadanos no deben sufrir mas que otros las cargas impuestas en interés de todos...”

La cuestión es que, esta teoría limita la indemnización a los actos cometidos por la Administración cuando se excede en el ejercicio de sus poderes legales o cuando la prestación del servicio público es deficiente. Si bien, la obligación a reparar parte porque un servicio público se realiza en forma regular y continua y sin embargo daña a otro.

Si las cargas publicas deben ser repartidas por todos los ciudadanos en razón de sus facultades, el principio de la igualdad de las cargas exige la reparación del Estado causado a un particular por el funcionario. Decidir otra cosa y hacer soportar el perjuicio al ciudadano, será reclamarle un *sacrificio especial*.

El fundamento de esta posición radica en el principio de igualdad ante la ley, ya que cuando la Administración produce a los particulares una lesión, que estos no tiene el deben de soportar, el citado principio rige que se compense el sacrificio especial infringido mediante la correspondiente indemnización.

Esta teoría es la que actualmente mayor recepción posee por parte tanto de los autores como de los jueces.

Según las enseñanzas recibidas desde el comienzo de mi carrera, toda posición doctrinaria debe ser sustentada por decisiones judiciales concordantes sobre el tema.

La jurisprudencia es una de las fuentes del derecho, si bien no posee la obligatoriedad en su aplicación de las fuentes formales, gravitan por la persuasión que de ellos emana.

Esta reviste gran importancia porque son los tribunales los principales organismos que adoptan o concilian la ley con la vida. La ley es el primer orden jerárquico de las fuentes del derecho. Pero la ley es inmóvil por lo que, como expresa el Doctor Jorge Joaquín Llambías en su Tratado de Derecho Civil, "... esto constituye su mérito por la seguridad que brinda a la organización social y también su debilidad porque esa inmovilidad contradice la vida humana con la espontaneidad siempre renovadora de sus aspiraciones y exigencias, que no pueden ser sacrificadas o asfixiadas dentro de fórmulas rígidas establecidas en mira de otras realidades diferentes, tal vez permitidas."ⁱⁱ

Así pues, aludiré a lo sentenciado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos Ortellano, Raquel M. vs. Municipalidad de la Capital Federal.

La síntesis de los hechos es la siguiente. La actora demandó a la Municipalidad por expropiación irregular de su departamento y subsidiariamente por daños y perjuicios derivados de un acto lícito de la Administración, en donde se ejecutaron obras públicas en las adyacencias de la propiedad de la actora, la cual produjo una desvalorización de la misma.

La opinión se basó en el sacrificio especial infringido a la actora que lesionaba el principio de la igualdad de las cargas, exigiendo la

reparación de la Municipalidad, “... nos hallamos frente a un caso típico de lesión patrimonial - disminución del valor de la propiedad inmueble de la parte actora-, por causa de la obra pública. Y no existe un título que obligue a soportar esa lesión patrimonial exclusivamente a quien la sufra, es decir, no se trata de un sacrificio exigible al propio damnificado. Esto hace proceder al reclamo resarcitorio intentado no bien se advierte que al condenarse a la Municipalidad, a la reparación, será en definitiva, la comunidad la que contribuya colectivamente al resarcimiento del daño a quien lo sufre, del mismo modo que se beneficia colectivamente con la obra pública.”ⁱⁱ

¿Cual es el Ámbito de la responsabilidad alquiliana en la Administración.?

La responsabilidad extracontractual por hechos y actos administrativos, es la más importante desde el punto de vista práctico por ser cuantitativamente la causa más frecuente de reclamos de daños.

En el estudio de la responsabilidad alquiliana se plantean diversos problemas, por un lado el derecho a aplicar, materia ya abordada por este trabajo, por otro, la distinción entre responsabilidad “directa” e “indirecta.”

Responsabilidad “directa” es la que corresponde por un hecho propio; “indirecta”, la realizada por dependiente suyoⁱⁱ, por ejemplo la de un empleador o superior por el hecho de un empleado. Los criterios para determinar cuándo el Estado será responsable “directamente” y cuándo “indirectamente” son muy variados.

Gordillo interpreta cual es la normativa aplicable en la responsabilidad estatal al expresar “ Reafirmamos entonces —desde 1959— nuestro

concepto de que todas las personas que el Estado designa para desempeñarse en funciones por él encomendadas son en general agentes suyos, por lo tanto órganos de él”ⁱⁱ. Por ello, no son “dependientes” en el sentido del artículo 1113ⁱⁱ del Código Civil cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, lo hacen como órganos del Estado, o sea, actúa directamente el Estado a través de ellos.

La responsabilidad del Estado es en consecuencia —en estos casos— siempre directa; pues no tiene el Estado “agentes,” esto es, personas humanas, que no sean órganos suyos. No altera esta conclusión el que la actividad del órgano se manifieste a través de actos o de hechos, legítima o ilegítimamente.

La responsabilidad directa del Estado surge de que un órgano suyo comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones; en la jurisprudencia anterior se pone énfasis, en cambio, en que sea un dependiente o funcionario estatal el que comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones. En ambos casos lo determinante es el ejercicio aparente de las funciones del responsable, sea regular o irregular la prestación del servicio.

La conducta debe ser dañosa, pero ya no se enuncia que deba ser culposa: a) daños causados por la ejecución de trabajos públicos, b) daños causados en forma anónima por la administración pública o el prestador privado del servicio, sin que el autor humano, concreto y personal del daño sea individualizado, c) daños productos del servicio público, bien o mal ejercido, etc. El daño puede ser producido por una omisión, en lugar de un acto o hecho concreto ordenado por una norma. Debe exigirse que el daño sea cometido por el agente (órgano o dependiente) “en ejercicio” y no “con ocasión” ⁱⁱde la función: es decir, que no basta con que el daño sea cometido en el lugar y en

horas de trabajo, sino que debe tener alguna relación, aunque sea aparente, con el objeto de las funciones encomendadas al agente.

El funcionario público o privado es también responsable civilmente por los daños cometidos en el ejercicio de la función, pero en la práctica su responsabilidad no es efectivizada por cuanto los interesados demandan exclusivamente al Estado o al prestador del servicio, obteniendo de tal modo el resarcimiento de sus daños; el Estado no siempre reclama de sus agentes el resarcimiento por los daños cometidos respecto de terceros.

En este punto es necesario realizar un alto, y respaldándonos en la vasta jurisprudencia sobre el tema, y de esta forma determinar la visión de los juzgadores.

Anteriormente citamos que en una primera etapa, se admitió la responsabilidad del estado por su actuación extracontractual en el caso *Bates Stokes y Cía.*ⁱⁱ c/ Gobierno Nacional, considerada como “*excepcional*”ⁱⁱ, con motivo que a los pocos meses del mismo la misma Corte produce un cambio total en su anterior pronunciamiento, en el caso *Seste y Seguich* c/ Gobierno Nacional.ⁱⁱ

El principal escollo hallado para no responsabilizar al Estado por su conducta extracontractual se encontraba en el entonces artículo 43 del Código Civil, que consagraba la irresponsabilidad de las personas jurídicas.

En el caso *Escalada* c/ Municipalidad de Capital Federal, el intendente cambió las trazas de las calles variando de esta manera la forma y tomando, además, parte de la superficie de la propiedad, destruyendo los cercos y plantaciones que se encontraban en la misma, sin expropiarlo ni pagarlo previamente como la Constitución prescribe.

El juez de primera instancia condeno a la Municipalidad a la restitución de lo expropiado y al pago de los daños y perjuicios que hubiere provocado.

La Corte, llamada a resolver la cuestión confirmo lo resuelto por su predecesor en cuanto a la devolución de los terrenos expropiados, y considero en cuanto a los daños y perjuicios que conforme al artículo 43 del Código Civil, no se pueden ejercer acciones contra las personas jurídicas.ⁱⁱ

Suele afirmarse que la responsabilidad extracontractual por los actos y hechos ilegítimos del Estado que causen daños sobre el patrimonio o personas de los administrados no fue reconocida sino a partir del caso A. Tomas Devoto c/ Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios.

En un campo que alquilaba La Sociedad Anónima Tomas Devoto, se produjo un incendio como consecuencia de las chispas que emanaban de un brasero, el que era utilizado por los operarios de Telégrafo Nacional, cuyo fin era unir los cables que pasaban por el campo de la firma. Al producirse el incendio se provocaron grandes daños para la sociedad anónima, la que con posterioridad interpone demanda contra el Estado Nacional por los daños y perjuicios producidos.ⁱⁱ

Esta puede ser considerada como el génesis de la responsabilidad estatal por su actuación extracontractual. La Corte hizo lugar a la demanda, abandonando la letra y aplicación del artículo 43, sobre una base de la configuración de los artículos 1109 y 1113 del Código civil. Admitiendo la responsabilidad extracontractual del Estado, pero para ello es necesario acreditar la culpa de los operarios.

Este fallo motivo la crítica de varios doctrinarios, entre ellos Rafael Bielsa, las que podemos resumirlas en.

1- La aplicación de normas del derecho civil, cuando se podría haber resuelto mediante la aplicación del artículo 1112, de carácter administrativo;

2- Resolver mediante la aplicación del artículo 1109 sobre la noción de culpa en lugar de utilizar la figura de la “*falta de servicio*”.

Bielsa, en la notaⁱⁱ que acompaña la publicación de la sentencia, afirma, “*Parece un fallo dictado en una contienda entre particulares.*” Sosteniendo que la responsabilidad en el derecho común es esencialmente subjetiva, se funda en el principio tradicional de la “*culpa*” y la imputabilidad. En cambio tratándose de la Administración Pública, no se puede hablar de responsabilidad en el concepto tradicional. Por ello se afirma que su responsabilidad es de carácter objetivo predominante.

Fue necesario el transcurso de cincuenta y un años para que la Corte vuelva a modificar su criterio sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.

El caso Vadel del año 1984, con aplicación exclusiva del artículo 1112 del Código Civil, entiende que en el caso es una responsabilidad objetiva y directa, porque los funcionarios actuando en el ejercicio de sus funciones son órganos del Estado y, por lo tanto, lo que ellos hacen lo hace el Estado mismo.

La sentenciaⁱⁱ hace lugar al reclamo del actor por una acción de daños promovida contra la provincia de Buenos Aires en razón de las omisiones en que incurrió el Registro de la Propiedad provincial al atribuir el

dominio a quien no le correspondía, haciendo posible que se otorgaran escrituras en perjuicio del actor.

De esta forma se expreso que *“la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no requiere como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil.”*

Esta solución de la Corte ocasiono las alabanza de parte de la doctrina, entre otros el Doctor Cassagne Juan Carlosⁱⁱ, en el sostiene que el fallo se fundamenta en *“quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir con el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que provocare su incumplimiento o su irregular ejecución, lo cual encuentra su fundamento en el artículo 1112 del Código Civil.”* ⁱⁱ

De igual forma, no podemos dejar de distinguir en este segmento del trabajo, que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un funcionario o empleado público, el Estado es responsable por las consecuencias dañosas de tal comportamiento o conducta. Por lo que esa responsabilidad es *“directa”*, no *“indirecta”*, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de un agente público. ⁱⁱ

La teoría del órgano, citada oportunamente, por la que los agentes públicos (funcionarios o empleados) no son mandatarios ni representantes del Estado, sino *“órganos”* suyos, integrando la estructura misma del Estado. De allí que la conducta de dichos órganos le sea directamente imputable al Estado, al extremo de que tal conducta, actuación o comportamiento vale como si fuesen del Estado mismo.

Ya expusimos los fundamentos por los cuales el Estado debe resarcir los daños causados por su actividad alquiliana. Ahora haremos referencia a los presupuestos que condicionan esa responsabilidad.

La responsabilidad se configurara cuando concurrieran ciertas condiciones a saber.

A- La imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de las funciones;

B- Falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestas por la Constitución, la ley o el reglamento o por funcionamiento defectuoso del servicio;

C- La existencia de un daño cierto en los derechos entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular.

D- La conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño causado al particular.

El primer presupuesto lo constituye la imputabilidad material del acto o hecho a un órgano del Estado. Se trata de una imputación objetiva que prescinde del requisito de la voluntad, al contrario de la solución positiva prescrita en el ámbito del Código Civil donde *“los hechos que fueren ejecutado sin discernimiento, intención y libertad no producen por si obligación alguna”*ⁱⁱ

Cassagne, de este modo considera que la Administración sería responsable por los hechos ejecutados por *“un funcionario público demente cuando su actuación genere una falta de servicio y también cuando no pudiera individualizarse el responsable”*ⁱⁱ. siempre que pueda atribuirse materialmente el acto o el hecho a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones.

En Mayo de 1913ⁱⁱ, con motivo de las huelgas que estallo en Rosario provincia de Santa Fe, fueron destruidos por grupos de obreros amotinados, una cantidad de faroles y útiles diversos de alumbrado, sin que la policía de Rosario pudiera impedirlo y en consecuencia no pudo hacerse efectiva las garantías respecto de la propiedad consagrada en la Constitución Nacional y de la Provincia de Santa Fe.

Por tal motivo la Compañía de Gas de la Ciudad de Rosario interpone demanda contra la Provincia de Santa Fe por los daños y perjuicios producidos a su propiedad ya que de las cláusulas constitucionales resulta evidente que, para el actor, el Estado ha debido adoptar las medidas necesarias para evitar los perjuicios que le ocasionó la huelga.

La Corte al analizar las cuestiones dispone “... *no puede responsabilizarse al estado cuando por su omisión o acción cuando ninguno de sus órganos se hallan comprometidos.*” desechando la demanda interpuesta por la actora.

En razón de ello, “*Quien contrate la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o su ejecución irregular.*”ⁱⁱ Este principio es dictado por la corte en innumerables causas, obligando a responder al Estado por no cumplir de manera regular los deberes u obligaciones impuestas a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento.

El concepto de falta de servicio, que prescinde, como vimos con anterioridad, de la noción de culpa, aparece estructurado positivamente en el artículo 1112 del Código Civil, pero su fundamento se halla en la exigencia de “*afianzar la justicia*”.

Otro de los presupuestos esenciales para determinar la responsabilidad del Estado es la existencia de daño o perjuicio en el patrimonio del administrado. Miguel Marinhoff analiza que ese daño debe reunir ciertos caracteres:

a- puede ser actual o futuro, pero tiene que ser cierto, lo cual excluye los daños puramente eventuales;

b- debe hallarse individualizado, no afectando por igual a todos los administrados, lo cual no excluye la responsabilidad por aquellos perjuicios que aun impuestos por las normas generales excedan la medida normal de los inconvenientes de vecindad y los causados por las obras publicas;

c- el derecho afectado puede ser indistintamente un derecho subjetivo como un interés legítimo;

d- debe tratarse de un perjuicio apreciable en dinero, que comprende tanto el daño patrimonial estricto como el daño moral.

Por ultimo, la relación de causalidad que debe existir entre el hecho o el acto administrativo y el daño causado al particular. No se trata de la imputabilidad material del hecho o acto administrativo al órgano del Estado sino de determinar si las consecuencias dañosas de ese hecho o acto se siguen necesariamente del mismo u obedecen a otras causas. En consecuencia, puede haber relación causal entre un hecho y el daño ocasionado aun cuando no se hubiera podido individualizar al autor del perjuicio, ya que se basa en una relación objetiva, tendiente a la realización de lo justo, sin atender al reproche moral o culpa del agente.

Este sistema evaluador de la responsabilidad se encuentra presente en otros regímenes jurídicos, a modo de ejemplo podríamos mencionar, entre otros, la Ley de Régimen Local (LRL) y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJA) de España. ⁱⁱ

El análisis de los párrafos anteriores nos da como consecuencia que tal responsabilidad -la extracontractual- es siempre objetiva y directa. Lo primero, por cuanto se independiza de la idea de culpa, bastando con demostrar el defectuoso funcionamiento del servicio sin necesidad de individualizar al autor de la omisión u acción. En segundo lugar, se trata de una responsabilidad directa, ya que ella es imputable a órganos de la administración, sin que corresponda aplicar el artículo 1113 del Código Civil.

Este argumento es el sostenido desde 1984 por la Corte “... no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de esta, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”ⁱⁱ

Una cuestión que la doctrina examino por largo tiempo se refiere al alcance de la indemnización. El criterio para fijar la reparación de los daños, deben comprender íntegramente los actuales y los futuros, siempre que sean ciertos y no eventuales e hipotéticos. Tratándose de la reparación de las consecuencias de los actos o hechos ilegítimos la indemnización debe ser integral y comprender todos los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), ya sea que deriven de una consecuencia inmediata o mediata, como el daño moral, cuando fuera procedente.

Precepto acogido por nuestros tribunales en innumerable ocasiones, dentro de las que podemos citar la dictada por la Corte Suprema de Justicia en los autos caratulados Torres, Guillermo y otros c/Provincia de Buenos Aires.ⁱⁱ

La demanda es iniciada por los actores reclamando indemnización de los daños sufridos productos del avance de las aguas producto de la actividad desarrollada por las obras de las Direcciones de Hidráulica y vialidad de la provincia, las cuales alteraron el normal equilibrio hídrico de la región.

La Corte condena a la Provincia de Buenos Aires a indemnizar a los propietarios y usufructuarios por no haber adoptado las medidas indispensables para corregir los efectos producidos por las obras hidráulicas de regulación y control.

Resolviendo que *"... la indemnización de los daños producidos a raíz de la inundación de campos debe abarcar el lucro cesante, tanto el ya operado como el futuro, toda vez que este último aparece como un efecto aún no sucedido pero que se producirá con certeza objetiva dentro del curso natural del fenómeno."*

Capitolo IV

Dando comienzo a este capítulo será conveniente para el lector hacer una pequeña recapitulación sobre la doble persona que entraña al Estado, por un lado cuando actúa con poder y enfrentado cuando el Estado actúa como *persona jurídica*.

Cuando el Estado dispone de sus bienes o realiza una gestión patrimonial, actúa como persona jurídica de *derecho privado*; de similar forma, cuando el Estado presta un servicio público realiza un acto de gestión pública, actuando por lo tanto, como persona de *derecho público*.

“ Cuando el Estado actúa como autoridad, no ejerce derechos subjetivos sino un poder; no necesita invocar personalidad jurídica alguna. Cuando el Estado actúa como persona de derecho público se coloca en situación prevaleciente, en razón de que todos los contratos de derechos público tienen como causa jurídica el interés público, además reserva cierto contralor en la ejecución del contrato y la facultad para rescindirlo o revocarlo por razones de interés público. Estos son derechos que están fuera de la órbita del derecho privado.”, señala el Dr. Bielsa en su trabajo doctrinario sobre las diferencias entre las personas del Estado para la revista La Ley, y al respecto prosigue *“ Cuando el Estado ejerce exclusivamente su poder de imperio, él establece o sanciona normas jurídicas mediante leyes formales, reglamentos, etc, en las cuales crea y extingue unilateralmente derechos y obligaciones. Así establece impuestos y otras contribuciones; instituye penas en normas generales represivas y las aplica mediante actos de potestad jurídica. En todos estos actos no ejerce ni un derecho subjetivo ni actúa como persona jurídica ni pública ni privada”*.ⁱⁱ

Tampoco podemos dejar de mencionar la otra distinción, vinculada con la doble personalidad del Estado, es la de actos de imperios y actos de gestión.

La diferencia de los actos radicaría que, mientras los primeros se ejecutan con el propósito de asegurar el funcionamiento de actividades que son propias y exclusivas del Estado, su obligación a reparar el daño causado perturbaría el cumplimiento de las funciones por las cuales fue creado.

El acto de gestión en cambio sería el que se realiza con fines patrimoniales, es decir análogos en su finalidad a los que realiza los individuos en su vida ordinaria de relación, es decir cuando el Estado obra como persona de derecho privado.ⁱⁱ

La división de la responsabilidad en dos grandes especies, contractual y extracontractual, que tiene un gran arraigo en el derecho civil, también puede formularse en el derecho administrativo, aunque sobre distintas bases. La distinción no está en la fuente de la responsabilidad sino que en el hecho de aplicarse la responsabilidad a un vínculo contractual o extracontractual.

¿Cuales es la responsabilidad Contractual de la Administración?

Cabe aquí incluir las revocaciones o rescisiones administrativas de contratos de obra pública, sin culpa del contratista y en razón de oportunidad y conveniencia. La Corte Suprema de la Nación el 20 de septiembre de 1984, en la causa "*Sánchez Granel, c/ Dirección Nacional de Vialidad*" reconoció el derecho a una indemnización integral para el damnificado, en razón de la revocación del contrato de obra pública que su contratante rescindióⁱⁱ.

¿Y la responsabilidad Extracontractual de la Administración?

La *responsabilidad extracontractual* surge de una conducta de los órganos del Estado. Puede *originarse en un acto o hecho de órgano legislativo, judicial o administrativo*. De acuerdo con la división de las funciones estatales, no cualquier acto o hecho del órgano judicial o legislativo comporta responsabilidad judicial o legislativa, respectivamente, sino que puede haber responsabilidad administrativa por actos o hechos de los órganos legislativos y judiciales.

Hallamos, por la doctrina, una cuestión abordada con diversos matices cuando la vinculamos con la omisión de la administración y su responsabilidad, pero en general todas orientadas en la hipótesis de la actividad de la Administración en materia de prestación de “*servicios públicos*” y, de igual forma lo sostienen en cuanto a sus cometidos en ejercicio del “*poder de policía*”. Esta expresión comprende las facultades de control que corresponden a aquella respecto del ejercicio de los derechos y facultades que el ordenamiento reconoce a los individuos.

La llamada “*falta de servicio*” conjuntamente con “*la falta personal*” son creaciones teóricas del Consejo de Estado francés, la cual dejó los actos de autoridad y de gestión para analizar la responsabilidad del Estado y llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede entrañar la responsabilidad del Estado, pero se subordina esta responsabilidad a una “*falta del servicio público*”.

Existe “*falta de servicio*” si al cumplirse la función ha causado un daño. El funcionario ha cumplido con su obligación, no hay extralimitación en sus facultades, no ha salido del ámbito de sus atribuciones y sin embargo, se ha producido un perjuicio. Son aquellas negligencias, omisiones, errores, que, si bien reprobables, están íntimamente vinculados al servicio.ⁱⁱ

Hay falta de servicio: cuando no se cumple, cuando se lo realiza en forma deficiente o tardíamente. Si el agente no es responsable porque ha puesto empeño para que el servicio se cumpla en forma eficiente, entonces el Estado es directamente responsable.

Esta teoría es sustentada en numerosas oportunidades por la Corte de nuestro país, y lo trasluce en sus fallos. En el caso “Vadel, Jorge c/Provincia de Buenos Aires”ⁱⁱ

en el cual se ventilaron daños causados por errores en las inscripciones en el Registro de la Propiedad, el Supremo Tribunal se pronunció argumentando que: *“la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionario públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino en forma irregular las obligaciones legales que les están interpuestas”*.ⁱⁱ

El agente de un servicio público no es responsable civilmente del acto cumplido en su calidad de agente, salvo que haya cometido una falta personal al margen del ejercicio de sus funciones. Entonces es responsable personalmente de las consecuencias de su culpa y debe responder por ellas ante los tribunales judiciales, que deberán examinar la culpa personal del agente y no tendrán que apreciar el valor del acto administrativo, lo cual les estaría vedado por el principio de la separación de los poderes judiciales y administrativo.

Haciendo historia, la Corte Suprema, en los autos “Rabanillo Fernando y otra c/ Gobierno Nacional”, se expidió sobre la materia sosteniendo, *“El Estado es responsable de los daños que sus agentes o representantes causen a la persona o al patrimonio de sus gobernados, cuando el agente ejecuta el hecho dañoso en el ejercicio de su función o con motivo de su desempeño”*.

Ruiz, Mayordomo de la Facultad de Ciencias Matemáticas de la Universidad Nacional del Litoral, ataca en el subsuelo de la facultad y lo mata para robarle. La Corte interpreto, y así lo sentencio “... *en este caso, Ruiz no ataco a Rabanillo con motivo del cumplimiento de las tareas que desempeñaba como empleado ... sino en ocasión de ellas...*”

Es por ello que “*No puede hacerse responsable al principal si el desempeño en el empleo no ha dado motivo sino solo la ocasión a que el dependiente ejecutara el hecho del que siguió el perjuicio cuya indemnización demanda.*” El Estado, entonces, y siguiendo la doctrina “Rabanillo” de la Corte Nacional, no responde cuando el daño cometido por su dependiente es realizado no “*con motivo del cumplimiento de sus tareas, sino en ocasión de ellas.*”ⁱⁱ

Por el contrario, si la culpa es una “*falta de servicio*”, es cometida por el funcionario en tanto que es órgano de la Administración. Es la misma Administración la que ha incurrido en culpa, igual que una persona de derecho privado en el caso de daño causado por uno de sus órganos.ⁱⁱ

¿Que se entiende por Poder de Policía.?

Ahora bien, este enfoque merece algunas reflexiones. Si bien es cierto que el Estado tiene a su cargo, por ejemplo, la seguridad de los ciudadanos, su educación, la preservación de la salud, la defensa de la Nación, ello no significa que la no consecución de esos fines, incluso aparejando con ello daños a los particulares, nos coloquen frente a supuestos de responsabilidad estatal. De esta forma, sería probable que alguien pretenda responsabilizar al Estado porque fue víctima de un robo por la deficiente prestación del servicio publico de seguridad.

Previamente nos referimos a que la cuestión de la responsabilidad del Estado gira en torno a la prestación de servicios públicos y, también, en cuanto a sus cometidos en ejercicio del “*poder de policía*”.ⁱⁱ

La doctrina a determinado que el “*poder de policía*” es una potestad atribuida por la Constitución al órgano o “*poder*” legislativo a fin de que este reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes.ⁱⁱ

La noción de “*policía*” aparece en Francia a principios del siglo XV, pasado luego a Alemania a fines del siglo; la expresión “*poder de policía*” es de creación moderna, pues aparece en 1827 en la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Norte América, a través de una sentencia del Juez Marshall., quien en su voto se refirió al “*police power*”. ⁱⁱ

El trabajo del Doctor Bustamante Alsina, en un comentario especial para la Revista La Ley elabora un reproche al criterio con los Ministro de la Corte resolvieron un conflicto que perseguía el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados por la muerte de una persona que conducía un automóvil en la ruta provincial N° 36, hecho que se precipito al colacionar su vehículo con un caballo suelto que se hallaba en la ruta.ⁱⁱ

La familia del muerto inició acción promovieron la acción contra la Provincia de Buenos Aires, de cuyo Estado depende la Policía local que tenia su cargo la vigilancia del tránsito en las rutas que atraviesan el territorio provincial, fundando su derecho en las normas relativas a los hechos ilícitos atribuyendo la responsabilidad a la provincia demandada por la omisión del deber de custodia de las rutas provinciales que le incumbe.

La provincias opone excepción de falta de legitimidad para obrar por entender que al no ser dueña ni guardiana del animal que ocasiono el daño no debe responder por éste.

La Corte admite la excepción y considerando “ *Que el Poder de Policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos dependientes tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad genera orden en la prevención de los delitos, pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos por su intervención directa*”.

El autor plantea que en el derecho administrativo el concepto de policía designa el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad individual y colectiva.

Y que en el ejercicio de este poder la Constitución limita la libertad individual hasta donde sea necesario para mantener el orden público o sea hasta donde lo disponga las reglas establecidas para preservar la seguridad de las personas y de los bienes y la integridad física y moral de todos los habitantes.

Por lo tanto el poder de policía se encuentra instituido para el bien común constituyendo un atributo irrenunciable del Estado. Siendo un una función esencial que la autoridad pública tiene el deber de ejercer para que se cumplan aquellos objetivos. Si, como en el caso comentado, se trata del ejercicio del poder de policía en orden a la seguridad de las personas en el tránsito por las rutas del país, ese poder consiste en la vigilancia y custodia de ellas, imponiendo a sus

reglamentos todas las restricciones a la libertad de circulación que sean necesarias para lograr esa finalidad de bien común.

Por ello el razonamiento de Alsina Bustamante es que si *“Esa actividad del Estado no solamente es lícita sino que su ejercicio con constituye un deber implícito en la Constitución y explícito en las respectivas leyes orgánicas de la policía provinciales. De allí que el incumplimiento de ese deber, omitiendo hacer aquello que es indispensable para preservar la seguridad pública, convierte en lícita esa abstención. El daño que resulte para terceros de aquellas omisiones, responsabiliza al agente u órgano del Estado que no lo cumplió, su deber absteniéndose de ejercer la vigilancia y custodia de las rutas para que se observen los reglamentos de seguridad del tránsito.”*

Una posición diversa es la sostenida por el Doctor Marienhoff, en la obra *sita* infinidad de vecesⁱⁱ, en ella estima que fue bien desestimada por los Magistrados de la Corte, aunque no comparte los argumentos expresados por los mismos.

Con respecto al poder de policía su posición se orienta en que *“no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud.”* Y para sostener su tesis argumenta que *“Estos aspectos dependen ya sea del lugar, del objeto o índole de la actividad o de las personas en fin, depende de las circunstancias específica del caso”*.

Por ello cuando el poder de policía sobre las vías públicas se refiera a la vigilancia de las mismas para afianzar la seguridad de los viajeros, no debe ser ejercitada con la misma intensidad. De esta forma tratándose de carreteras que unen y atraviesan poblaciones separadas por extensas zonas rurales, el poder de policía es menos intenso en las partes en que tales caminos atraviesan zonas rurales donde el movimiento normal justifican en estas secciones que la vigilancia sea mas atenuada,

mientras se necesitara una vigilancia más rigurosa cuando la carretera atraviesan la zona urbana. Por ello *“Si bien es razonable pretender que el Estado impida que animales sueltos penetren en la carretera y causen daños al colacionar con automotores que circulen en esa parte de la vía pública, no sería razonable pretender que el Estado, a lo largo de la carretera, en plena zona rural, también deba impedir que animales sueltos accedan a la carretera y provoquen esos daños”*ⁱⁱ

Y prosigue sosteniendo que responsabilizar al Estado por las consecuencias de que un caballo acceda a una carretera y embista a un automotor, en plena zona rural de un extenso país como el nuestro, sería impropio. Quizás en una ambiente rural europeo la solución podrá ser distinta. *“ En nuestro país tal solución sería antijurídica: trataría de la adopción y aplicación de un derecho ajeno a los hechos, de un derecho no querido por éstos y ajeno a los mismos”*.

Al llegar a esta etapa del ensayo corresponde expresar mi humilde opinión al respecto, considerando lo expuesto por los autores mi sentido común me llevan a reflexionar de la siguiente forma, el único modo de impedir los accidentes ocurridos por animales sueltos en la vía pública sería hacer vallados a lo largo de toda la ruta, distinguiendo así entre qué es el debido cuidado y mantenimiento de autopistas urbanas y de rutas rurales. A la inversa, parece igualmente claro que el accidente emergente de un mal estado de la ruta es responsabilidad exclusiva del Estado o concesionario. A ello es equiparable la falta de iluminación adecuada a lo largo de la autopista, de divisoria entre ambas manos, de control suficiente y adecuado del tránsito, de seguridad en zonas que lo requieren, etc., de modo tal que la autopista esté construida y funcionando según las reglas del arte.

Con acierto el Doctor Gordilloⁱⁱ sujeta, en su tratado, que la responsabilidad estatal existirá si el animal esta muerto; o había un

animal suelto, le avisaron y no hizo nada; o cuando el accidente se produce por un mal mantenimiento de la ruta o autopista. CN. Civ., Sala F. LL. 1992-D-194.

Cuando la autopista atraviesa zonas de riesgo, donde de hecho los vallados existen, es responsabilidad del Estado no solamente construir sino también mantener y custodiar el vallado y el lugar, lo que de hecho puede efectuarse abonando en su caso un servicio adicional de seguridad a la fuerza policial.

La omisión constituye un defectuoso cumplimiento de sus obligaciones que debe generar responsabilidad, si existe causalidad directa o concurrente de tales infracciones que generan un accidente en la autopista o ruta. La víctima que maneja correctamente tiene derecho a que el Estado haga lo razonable para que exista una igual conducta de los demás usuarios.

La importancia del valor en juego, que más que la responsabilidad civil ulterior es la prevención de la pérdida de vidas humanas, justifica que esta carga preventiva y de control recaiga en el Estado; además, desde luego, de la responsabilidad del conductor que manejaba culposamente.

Capitolo V

Inicialmente, nos referimos al análisis general de la teoría de la responsabilidad del Estado por su actuación extracontractual, mas ahora nos queda realizar un modesto examen del conjunto de problemas que genera la omisión del Estado en la realización de algunas tareas que tiene a su cargo.

Ante todo, establecer la responsabilidad por conductas omisivas constituyen, para la doctrina, uno de los problemas mas difíciles de la teoría general de la responsabilidad. (civil y penal).

Esta dificultad se agudiza cuando estas omisiones son imputadas al Estado.

La responsabilidad puede ser consecuencia tanto de un acto positivo como de una inacción que podría evitar un perjuicio. Entre la responsabilidad proveniente de la omisión, se distingue en doctrina, según las enseñanzas derivadas del derecho penal, la simple omisión, en donde la figura delictiva consiste en no hacer lo que la ley manda, de los supuestos de comisión por omisión, en donde ésta, la omisión, constituye un “*medio*” para cometer el delito; el agente prevé como causa adecuada del resultado buscado omitir una conducta debida; el ejemplo académico más conocido es el de la madre que mata no amamantando a su hijo.

Como la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci indica que la doctrina suele distinguir entre omisión e inactividad y, también, en omisión y abstención. En general, la omisión implica un olvido, una negligencia, en tanto la abstención trae aparejada la idea de inactividad.ⁱⁱ

Es necesario establecer cuando la omisión de la que resulta el daño no querido, compromete la responsabilidad de quien se abstuvo de obrar.

Acerca de esta cuestión se han sostenido dos teorías, la primera restrictiva o literal, la otra amplia o racional.

Tesis restrictiva. Para que surja la responsabilidad del sujeto inactivo indispensable que esa pasividad sea ilegal, pues de lo contrario él no hace sino ejercer la libertad de no obrar, libertad que le garantiza la propia Constitución Nacional al asegurarle que no “*será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.*” (art. 19). Consecuentemente la disposición del art. 1074 eximiría de responsabilidad a quien se abstiene de obrar cuando la ley no le ha impuesto específicamente el deber de hacerlo.

Interpretación amplia. Según la comprensión dominante de la doctrina (Trigo Represas, Borda, Llambía, Alterini) y de la jurisprudencia, el art. 1074 no debe ser entendido literalmente sino con amplitud: hay responsabilidad por omisión toda vez que quien se abstiene de actuar infringe así una obligación jurídica de obrar, entendiendo por tal no solo que la ley consagra de modo específico sino la que surge inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico, y que está impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos.

El maestro Marienhoffⁱⁱ, relata una crónica jurídica muy ilustrativa en relación de la interpretación del artículo 1074 y cuando la abstención de realizar ciertos actos producen responsabilidad. Esta crónica proveniente del derecho francés plantea el caso de una señora que lleva a la justicia a la propietaria del fundo vecino, con el fin de que se la condene al pagarle el daño que los conejos de su bosque causaron a sus granos.

Teniendo en cuenta que la demandada permitió que los conejos se multiplicaran excesivamente y no otorgó permisos para el control por

parte de los vecinos la justicia la condeno por el daño acontecido, por lo que el fallo considera que cada uno es responsable por el daño que causo, no solamente por su hecho, sino también por su negligencia o imprudencia.

En el comentario que realiza el jurisconsulto Toullier resalta que ninguna ley o reglamento obligaba a la demandada a destruir a los conejos, por lo tanto no basta esta inacción en la reproducción de los animales en su bosque para imputar responsabilidad de su parte, resaltando que, *“Es necesario pues que el propietario no solo no halla tenido el cuidado de destruir los animales dañinos que se refugian en su bosque, sino también que impida destruirlos, no permitiendo que lo hagan sus vecinos, como en el caso del fallo citado, en el que la Señora Massy probó que la Señora Montmorency contribuyo a la excesiva multiplicación de los conejos, como negándoles a los propietarios vecinos el permiso para que ellos mismos los destruyan. Ninguna duda entonces acerca de la responsabilidad, porque habiendo su denegación ocasionado el daño, ella incontestablemente debe responder.”*ⁱⁱ

Por lo tanto, la obligación de reparar el daño causado por la inacción de una persona, no debe ser aplicada solo cuando la abstención quebranta el ordenamiento jurídico; por el contrario, nace cuando no se espera, por las cualidades personales del sujeto, otra forma de obrar. Quien se abstenga de obrar, abrigándose en que ningún ordenamiento jurídico impone una conducta determinada de el, cobraría esa abstención como un *“abuso de derecho”*.

El termino *“ley”* que el articulo 1074 refiere, hace referencia a deberes puros y simplemente morales o espirituales. No solo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento puede determinar que una omisión sea sancionable y obligue la

responsabilidad del autor de la misma. Habría omisión, por ejemplo, sino se habrían adoptado las medidas de precaución dispuestas, no por la caridad, sino por la simple prudencia, de acuerdo a la situación de los lugares y las circunstancias.ⁱⁱ

Existen normas morales, principios éticos, cuyo acatamiento resulta espontáneamente sobreentendido e ineludible para la sociedad. Por lo tanto la obligación legal puede ser expresa o implícitamente establecida. Y entendemos que la abstención de cualquiera de estas obligaciones acarrearía una responsabilidad de reparar.

El 23 de Julio de año 1975, en el estadio del Club Atlético Vélez Sársfield es herido de bala el joven Luis Alberto Morales, en oportunidad en que allí se disputaba un partido de fútbol entre los equipos de Newell's Old Boys, de Rosario, que actuaba como local y River Plate. El autor del disparo no fue identificado y, como consecuencia de la lesión, se le produjo a la víctima una parálisis casi total en ambas piernas, que lo incapacitó permanentemente. La demanda que fuera entablada contra los tres clubes mencionados, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y la Asociación del Fútbol Argentino, prospero contra River Plate, Newell's Old Boys y la Comuna, quienes apelaron el fallo. Del mismo modo que lo realizo la parte actora.

En marzo de 1981 la Cámara Nacional en lo Civil, sala Eⁱⁱ declara la responsabilidad de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por el hecho dañoso que ocurriera y diera motivo al juicio. Para ello toma en cuenta la infracción en el artículo 5° de la ordenanza 24.225 (Adla XXIX-A-666), por entonces vigente aunque luego derogada, que la impulsaba a intervenir con amplitud y a disponer la suspensión momentánea o definitiva del espectáculo, el desalojo total o parcial de los sectores donde se produjeran alteraciones del orden y el retiro con el auxilio de la fuerza pública, de toda persona que perturbare el normal

desarrollo del espectáculo. Como la Municipalidad no uso en ejercicio esas atribuciones (omitió), cuya oportuna realización pudo evitar el desgraciado suceso que ocurrió, estima el tribunal que cuadra adjudicar a la omisión municipal el carácter de concausa del daño sufrido por la víctima del disparo de arma, debiéndose aquel hacer cargo de la total indemnización.

“Es difícil concebir un texto mas claro que el del articulo 5° de la ordenanza 24.225 (Ala XXIX-A-666)- hoy derogada- para indicar que la misión de la autoridad municipal en las canchas de fútbol excede el control de las instalaciones o cosas destinadas al funcionamiento del espectáculo. La facultad de suspender un partido de fútbol cuando se produjeran disturbios y el desalojo de lugares desde ellos tuvieran lugar no puede interpretarse sino con el único sentido que consiente el texto, absolutamente diferente del postulado en el caso por la Municipalidad demandada...” y prosigue manifestando que *“... si hubo incidentes, así como avalanchas , a lo largo de todo el partido de fútbol, ello hace inferir que una oportuna intervención municipal de acuerdo con la normativa, pudo haber evitado el desgraciado desenlace de tales sucesos. No se duda así en adjudicar a la omisión municipal (articulo 1074 del Código Civil) el carácter de causa por el daño sufrido por la víctima, posibilitando la continuación de un estado de desorden que estuvo en sus manos impedir y la indemnización será soportada íntegramente por la Municipalidad.”*

Amen de que esta conclusión es objetada por el Dr. Jorge Llambias, por una falta adecuada de la relación de causalidad entra la reprochada omisión municipal y el hecho dañosoⁱⁱ, nos es didáctico para ejemplificar la responsabilidad por la omisión a una obligación legal expresa.

De igual forma, en párrafos anteriores, indicamos que la obligación legal de actuar también resulta de normas implícitamente establecida,

y la omisión de esta imposición engendra responsabilidad de la persona que incumplió. Ahora, la dificultad consiste en determinar si la norma en cuestión atribuye efectivamente la competencia como un deber jurídico reglado de obrar, y cuya falta de ejercicio podrá derivar eventualmente en responsabilidad del Estado por omisión, o si se trata de normas genéricas tendientes a plasmar en el ordenamiento jurídico, a lo sumo, ciertos objetivos o aspiraciones políticas frente a cuyo cumplimiento los ciudadanos carecen, en principio, de vías jurídicas aptas para obtener su ejecución.ⁱⁱ

Concretamente, para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica.

Y en que momento se configura una omisión antijurídica ? En un fallo de la Suprema Corte de Mendoza recaído en la causa Torres, Francisco c/ Provincia de Medonzaⁱⁱⁱ se analizan los presupuestos para que se configuren la responsabilidad del Estado por omisión.

Se trataba de una demanda de daños y perjuicios originados por una crecida que arrasó la defensa aluvional -considerada insuficiente- que había sido construida por la Provincia de Mendoza. Lo que motivo que las aguas destruyeran los plantíos y los bienes de su propiedad ubicados en la zona de Barracas.

Sobre el cuestionamiento, que solución corresponde?, La doctora Kemelmajer de Callucci argumento que es necesario que para que se entienda que Estado está obligado a actuar deben darse tres requisitos;

a- la existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa como cuantitativa, “así por ejemplo

cualitativamente interés prevaleciente la vida, la salud de las personas, en los intereses exclusivamente patrimoniales, será menester un análisis cuantitativo.” expreso la Sra. jueza;

b- la necesidad material en actuar para tutelar;

c- la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar.

Al analizar la configuración de los presupuestos de la responsabilidad, el fallo considera que la norma Constitucional en que se sustentaba el reclamo de la actor, que fija entre las atribuciones del Poder Ejecutivo el tener *“bajo su vigilancia la seguridad del territorio y de sus habitantes...”* no pudo sustentar la obligación legal de efectuar las obras hidráulicas que los actores exigen.

En relación a los presupuestos mas arriba indicados el fallo afirma con seguridad que *“no hay dudas que las grandes obras de defensa aluvional son necesarias para tutelar los bienes de los mendocinos”* expresándose, en cambio, que no hay un interés particular cualitativamente relevante ni se demuestra la existencia de intereses cuantitativamente superiores que configuren la existencia de una omisión antijurídica. También se señala que no aparece configurada la proporcionalidad indicada en el tercero de los presupuestos aludidos.

Finalmente, se señala la necesidad de que el actor demuestre que la omisión de actuar era abusiva.

La Corte analizo, en este caso, los presupuestos para que se configuren la responsabilidad del Estado por omisión, no obstante, del mismo modo, los condiono al poder discrecional de la Administración *“... dicho en otros términos, debe haber proporción entre el sacrificio*

general que comporta el actuar del Estado y la utilidad que se consigue con el accionar. Y esto es lo que ha negado el Estado provincial, cuando afirma que la realización de estas obras resulta mas costosa que los bienes que protegía.”

La discrecionalidad administrativa es el margen de apreciación del interés público que tiene la Administración. Se manifiesta como una apreciación entre el interés público y los medios idóneos elegidos para satisfacer ese interés.

La doctrina distingue entre actividades regladas y actividades discrecionales de la Administración. Cuando existe una disposición legal, que obliga al Estado a hacer o ha abstenerse de hacer algo, la violación de dicha conducta en tanto provoque lesión a los derechos de terceros generan simultáneamente la obligación de resarcir el daño patrimonial ocasionado por dicho obrar antijurídico.

Cuando por el contrario no existe “norma” que obligue a hacer o no hacer, allí donde la administración tiene un margen de libertad de decisión, nos encontramos en el campo de lo discrecional, y los jueces, *ii*“so pena de invadir la llamada zona de reserva de la Administración, no pueden juzgar la oportunidad o conveniencia del obrar administrativo.”

Esta decisión fue recibida de forma dispar por la doctrina, fue aprobado por Cassagne y Gambier, aunque, otro sector, no menos prestigioso, como Bercaitz y Garrido Cordobera, lo criticaron por estrechar el margen de la responsabilidad estatal por falta de servicio.

El reprochable se funda en la finalidad del Estado, que no es otra que promover la consecución del bien común, como reza el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, siendo necesario que esa apreciación

del interés público se dirija a lograr el bienestar de los individuos que integran el Estado.

La negativa a cumplir las prestaciones debidas en forma imperiosa y permanente, por supuestas facultades discrecionales importa transformar la discrecionalidad administrativa en omisión irrazonable y arbitraria.

La justicia social se cumple cuando se permite al individuo en tanto que integrante de la sociedad, alcanzar los beneficios que la vida en común le procura, sea el respeto de su propiedad privada, puesta en peligro y daños por conducta omisiva, sea la posibilidad de satisfacer necesidades elementales para la subsistencia, higiene y salud.

Para la satisfacción de la justicia social, el Estado debe cumplir con las exigencias de la justicia distributiva. Es precisamente el no cumplimiento de esta obligación la que transforma su omisión en ilícita y arbitraria.

Consecuentemente, si el Estado omite la ejecución de obras necesarias para prevenir o erradicar daños personales o patrimoniales, ha de reparar los perjuicios que tal conducta omisiva ocasiona a los particulares.

Llego el momento de proporcionar al lector una posición particular sobre el poder discrecional de la administración, considerando que para poder ser mas ilustrativo, con anterioridad, es requisito indispensable efectuar un recorrido por la responsabilidad estatal de otro sistema jurídico. Tomando como punto de partida los Estados Unidos de Norteamérica.ⁱⁱ

Todo estudio que se efectúe de la responsabilidad estatal en los Estados Unidos de Norteamérica exige un examen de la *Torts Claim Act* (ley de

reclamos de daños y perjuicios federales) que se ha constituido en ley general sobre responsabilidad del Estado. De acuerdo con lo dispuesto en ella, "... en caso de que la acción u omisión negligente o errónea de un agente de gobierno dentro del ejercicio de sus funciones causare un daño patrimonial o personal o la muerte de un individuo, los Estado Unidos -como persona privada- serán responsable ante el damnificado de conformidad con la ley del lugar en que el hecho u omisión hayan tenido lugar."

Escapando al análisis de esta ley, es esencial establecer que la responsabilidad del estado resulta bastante limitada como fruto de las numerosas excepciones por vía legal o jurisprudencial.

La sección 2680 (a). Título 28 USC excluye taxativamente las acciones judiciales planteadas contra actos que proceden de decisiones discrecionales. Esta formulación, a pesar de tener hoy líneas directrices bastante clara, es exageradamente amplia, originando distintivas interpretaciones.

El "*liading case*" en la materia es "*Dalehite vs. United States*" del año 1953. El caso se origino como consecuencia de los graves daños que causo la explosión ocurrida en un buque recalado en el puerto de la ciudad de Texas que portaba toneladas de fertilizante para ser enviadas a Europa. Como consecuencias del hecho murieron una 500 personas y mas de 3000 resultaron heridas. Los accionantes reclamaron la indemnización de los daños producidos fundandose en la negligencia de las autoridades de la embarcación y también en la de las autoridades del diseño de la política exportadora de fertilizantes por no haber extremado los cuidados en el análisis de los riesgos que el producto podría crear en punto de su elaboración y almacenamiento. La Corte sin embargo, rechazo la acción y sostuvo que la decisión

cuestionada -el programa de exportación de fertilizantes- era discrecional y que no podrían entablarse una demanda en su contra.

Por ejemplo, en *“United States vs. Empresa de Viacao Río Grandese (Varig Airline)”*, se cuestionaba la responsabilidad de la Agencia de Aeronáutica Civil, por haber implementado un sistema de controles selectivos, en lugar de elaborar un régimen exhaustivo de inspección de aeronaves. La acción fue rechazada sobre la base de que esta decisión que involucra la elección entre un sistema y otro era discrecional.

Así, el criterio de la discrecionalidad es una barrera importante para responsabilizar al Estado por su actividad. De esta forma, en el año 1988, la sección 2680 (a). Título 28 USC fue objeto de interpretación por la Corte en el litigio *“Berkovitz vs. United State”*.

El actor había demandado a dos entidades del gobierno federal por haber otorgado una licencia para una vacuna oral contra la poliomielitis que resulto nociva para la salud, pues de hecho, resulto generadora de dicha enfermedad. Allí quedo establecido que no cualquier actividad discrecional esta al margen de responsabilidad, sino tan solo aquellas que emanan de la política legislativa del gobierno.

Los juzgadores de nuestro sistema judicial, al igual que en los Estado Unidos de Norteamérica, han asimilado el principio por el cual las prioridades discrecionales del Estado no son susceptible de crear responsabilidad estatal.

De esta forma, la Cámara Nacional Federal Contenciosoadministrativo, Sala I, sostuvo que *“El Banco Central no responde frente a los depositantes de un banco por incumplimiento de sus deberes de fiscalización, si al tomar las decisiones referidas a la liquidación de la*

entidad financiera ejerció razonablemente las facultades discrecionales que le otorgan las leyes 21.526 y 22.529.”ⁱⁱ

Aunque, sin dudas, uno de los veredictos que con mayor minuciosidad sintetiza los márgenes de la discrecionalidad administrativa se trata de Sykes, Violeta y otros c. Banco Central de la República Argentina.

En este caso se analizó la responsabilidad del Estado por la supuesta omisión de adoptar medidas que en relación a una entidad financiera que estaba en una situación comprometida para seguir funcionando, lo que generó perjuicios a los ahorristas.

La cuestión se centro en la omisión del Banco Central de la Republica Argentina en el ejercicio de sus facultades de policía sobre los intermediarios financieros, en no haber dispuesto la revocación de las autorización para funcionar correspondiente a un banco en que las actoras habían realizado un deposito en dólares.

El Doctor Hutchinson lleva la opinión del tribunal, y luego de un exhaustivo estudio concluye en que no hubo ni culpa ni dolo del Banco Central en su omisión (no revocación de la autorización para funcionar) y que se está en presencia de facultades discrecionales de esta entidad, las que no fueron ejercidas de forma irrazonable o arbitraria según las constancias del expediente. En base de estos fundamentos la demanda fue rechazada.

De la sinopsis de lo expuesto, por lo tanto, resalta una cuestión a resolver, y resulta ser, cuando existe obligación de obrar -por parte del Estado- transformándose en causa de su responsabilidad su abstención.

Como toda norma, esta también admite interpretaciones restrictivas y amplias. En las primeras de las corrientes se encuentran en nuestro

derecho autores de la talla de Machado, Salvat y Orgez. Para estos autores -seguidores de la tradición romana- nadie se compromete por no obrar.

Peculiarmente me inclino por el criterio de la mayoría de los doctrinarios, Colombo, Quinteros, Trigo Represas, Borda, entre otros.

Existe responsabilidad no sólo omitiendo lo prescrito por la ley formal y material – ley o reglamento – se puede hallar un deber cuyo incumplimiento pueda determinar que una omisión sea sancionable y obligue la responsabilidad del autor de la misma. Es pues una cuestión de hecho, cuya aceptación depende de la RAZON, del correcto y honesto sentido con que debe interpretarse los hechos en cada pueblo culto y civilizado.

De allí que *“la obligación legal”* – el deber jurídico – de cumplir el hecho omitido puede estar expresa o implícitamente establecida. Dependerá de las circunstancias del caso. En la implícita la misma debe estar plenamente fundada en la razón. Y entendemos, consecuentemente, que la abstención de cualquiera de estas obligaciones acarearía una responsabilidad de reparar.

Asiendo referencia a lo escrito por Jorge Llambias, hay que desechar una construcción literaria del texto legal, propugnado el reconocimiento de la responsabilidad por omisión cuando quien se abstiene de actuar infringe *“una obligación jurídica de obrar, entendiéndose por tal no solo la que la ley consagra de modo específico sino la que surge inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico.”*ⁱⁱ

Capitolo VI

En estos días cercanos a fin de año los argentinos vimos azorados como nuestros hermanos se lanzaban a robar comercios por hambre, mujeres con niños en brazos, antiguos trabajadores hoy desempleados se agolpaban en las puertas de almacenes y supermercados exigiendo comida... **¡¡¡ UN PAÍS HECHO DE PAN, ARGENTINOS CON HAMBRE!!!.**

En Buenos Aires la protesta tomo un carácter épico al movilizarse decenas de miles de personas espontáneamente hacia Plaza de Mayo, epicentro de la vida política argentina de los últimos 100 años, exigiendo la renuncia de los gobernantes (el Presidente De La Rúa, Cavallo, ministro de economía, etc., etc.).

Mientras los rostros de argentinos hambrientos pidiendo alimentos, o robando fideos, aceite y azúcar a supermercados, inundaban la pantalla de los televisores, la miopía oficial solo respondía con palabras que sonaban a insultos "*saqueos, que saqueos?*" decía el Ministro del Interior Mestre "*son hechos aislados*" afirmaba el Presidente con expresión de despreocupación.

Esta ola de violencia que se desató en numerosos puntos del país y durante varios días en Diciembre del 2001, es un fenómeno que abre múltiples inquietudes y preguntas.

Un día de furia quedó reflejado en cada rincón de Buenos Aires: la ciudad amaneció el 22 de Diciembre con veredas rotas, basureros destruidos, postes de luz tirados y paradas de colectivos quemadas. También hubo autos que se volvieron irreconocible y cientos de locales saqueados y como hecho primordial el costo de 14 vidas humanas.

El interrogante de todo ciudadano ahora es: **¿Quién se hará cargo de pagar semejantes destrozos?**

¿El Estado Nacional o Provincial posee o no responsabilidad por los saqueos ocurridos en Diciembre del año 2001? y si, por ende, resarcir los daños producidos en los bienes de los particulares?

El parecer del Doctor Atilio Alterini, presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, es que los comerciantes "deberán soportar la desgracia y **depender de la solidaridad**" del Gobierno. ¿Por qué? "Los responsables de lo que pasó fueron los saqueadores, que en este caso son insolventes. Luego están los seguros, pero todos tienen cláusulas para no responder en caso de tumultos. Y en tercer lugar tenemos al Estado, pero que está quebrado y en default".

Alterini explicó que el artículo 39 de la ley 24.156 dice que "el Estado nacional puede autorizar gastos no incluidos en el Presupuesto para atender el socorro inmediato en casos de fuerza mayor".ⁱⁱ

De la misma forma las declaraciones de Eduardo Monti, asesor legal de la Defensoría porteña, aseguró que en el caso de los saqueos hubo responsabilidad conjunta: "tanto el Estado como el Gobierno porteño deben responder por los daños".

"La Constitución Nacional dice que el Estado debe garantizar el derecho y el uso de la propiedad privada. Tiene, además, el monopolio de la seguridad porque controla a la Policía Federal. Por eso es el principal responsable. Sin embargo, la comuna porteña debió reclamar que se refuerce la custodia policial". Y agregó: "Los damnificados tendrían que ser resarcidos económicamente o podrán iniciar juicios".

En este punto coincidió la Defensoría de la Nación: "Los saqueos ocurrieron en jurisdicción del Estado Nacional. Así que los comerciantes que quieran ser indemnizados **tendrán que denunciar al Estado**".

Las voces que sobre el tema expresaron su posición son muchas y de reconocida trayectoria, lo que sencillamente este trabajo intentara es que, ante la posibilidad cierta de la presentación contra el Estado por parte de los damnificados por los saqueos producidos en diversos puntos del país a fines del año 2001, será el de verificar si le corresponde al Estado abonar algún tipo de indemnización a esos particulares, y en ese caso que alcance tendría.

Es necesario en primer termino establecer el tipo de responsabilidad que le es imputada al Estado; contractual o extracontractual: según que la responsabilidad obedezca o no al incumplimiento de obligaciones concertadas. En ambos casos se busca *“la reparación del daño causado en el patrimonio de otro”*.

Así Cassagneⁱⁱ señala *“la distinción no esta en la fuente de la responsabilidad sino que en el hecho de aplicarse la responsabilidad a un vinculo contractual o extracontractual.”* En el caso que analizamos, evidentemente no subsiste una relación contractual entre el Estado, sea Nacional o Provincial, en el que se obliga a la prestación de un servicio de seguridad.

Hallamos en cambio, un deber jurídico de que se halla confirmado en la Constitución Nacional, el cual consagra la garantía o la obligación de obrar del Estado, sobre esta cuestión con posterioridad ahondaremos.

Varios de los autores de mayor prestigio sobre la responsabilidad del Estado coinciden en la clasificación de los elementos que dan nacimiento al deber de repara, ellos son:

A- la existencia de un daño cierto, que puede ser material o moral, en lo que no hay diferencia con el régimen de la responsabilidad civil;

B- que ese daño haya sido ocasionado por, o pueda ser imputado al, funcionario o a la persona que lo haya cometido, llamado nexo causal.

C- antijuridicidad en el hecho u omisión dañosa.

D- La existencia de un daño cierto.

Aquí el nacimiento de la responsabilidad se produce por la deficiente prestación monopólica de un servicio público. El argumento se respalda en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires*ⁱ confirmada y perfeccionada en *Vadel c/ Provincia de Buenos Aires*ⁱⁱ. Se sostiene, pues que cuando el Estado tiene en sus manos el monopolio de la prestación de un servicio público, *“lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el espacio que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución”*.

Todos los argentinos pudimos observar la *“ pasividad policial”* frente a los manifestantes que destrozaron los ventanales de los mercados, bancos, locales de moda, de confiterías y entre otros locales de venta de muebles y electrodomesticos, mientras desesperados comerciantes bajaban sus persianas y los edificios cerraban sus puertas principales.

El desempeño de las fuerzas de seguridad durante los sucesos que se comentan tuvo muchos aspectos oscuros. En muchos puntos fue evidente que la Policía tardó mucho en llegar a los lugares en donde se estaban produciendo desmanes o, incluso, los contempló pasivamente. En otros, los policías intervinieron con más violencia de la que hubiera sido necesaria para prevenir incidentes o disuadir a los revoltosos

El Domingo 24 de Diciembre del 2001, el diario Clarín publica un artículo que lleva la autoría de Daniel Santoro y Guido Braslavsky, de la

redacción del periódico, que llevaba por título “ *La trama oculta de las jornadas más violentas de los últimos años*” los periodistas realizan un análisis de la situación partiendo de un interrogatorio “¿el estallido social en la Capital y el Gran Buenos Aires fue espontáneo, organizado o una combinación de ambos?”

Lo cierto es que acentúa y manifiesta la falta de preparación del gobierno para enfrentar una crisis social que estaba a punto de estallar. Uno de los factores clave los encuentra en que “en los últimos años la Federal y las policías provinciales desactivaron o disminuyeron los cuerpos antimotines porque tienen mala fama o por problemas presupuestarios”. Y agrega, “ En otros casos los punteros políticos arreglaron a los policías con el fin de que no repriman”

Como conclusión a su trabajo, los periodistas sostienen que “En definitiva, sobre el caldo de cultivo de la pobreza se montó la impericia, las jugadas políticas y la improvisación: a la medianoche del miércoles la Bonaerense se había quedado **sin balas de goma** y tuvo que pedir urgente a la Gendarmería que se las prestara.”

Por ello, lo que concretamente se imputa al Estado es que, en el caso de los saqueos, debe responder por el incumplimiento o irregular ejecución de su deber de prestar el servicio de seguridad pública a los dueños de los locales afectados para preservar su propiedad.

La Constitución Nacional Argentina en su preámbulo enumera una serie de objetivos, entre los que alude a “Promover a la defensa Común y el bienestar general” esta norma atribuye efectivamente la competencia como un deber jurídico reglado de obrar al Estado, y su falta de ejercicio podría derivar eventualmente en responsabilidad del Estado por omisión.

La Constitución Nacional hace referencia en esta fase a uno de los objetivos esenciales que tiene todo Estado, apropiándome de las palabras del Miguel Angel Ekmekdjian “ esto es el de la preservación de su identidad política y de la seguridad de su pueblo, frente a eventuales agresiones. Si bien esta actividad esta a cargo de los gobernados como de los gobernantes, se ejecuta fundamentalmente por medio de las Fuerzas Armadas, que son el instrumento que la Constitución pone a decisión del gobierno para que esta cumpla aquella misión.” ii

Es de notar, por ello, que algunos precedentes en que se ha determinado la responsabilidad directa del Estado la ponderación del comportamiento negligente del agente público, como en el caso de que un policía se le disparó un su arma e hirió a la actora que detenida por una contravención, se alojaba detenida en la comisaria.ii

Previamente a analizar si los hechos referidos “saqueos” pueden ser merituados como generadores de la responsabilidad del Estado, es conveniente realizar una sintética revisión de los hechos que sobrevinieron en ese triste fin de año del 2001.

La Argentina nuevamente se vio enfrentada a otra crisis recurrente, aunque esta vez en el marco de la globalización que contempla aristas tan complejas como particulares.

Se vivió en la gran ilusión de que nuestra moneda valía lo mismo que la del país más poderoso de la Tierra, aún cuando nos quedamos sin patrimonio y endeudados en cifras astronómicas. Todos apoyamos la convertibilidad porque era una solución a la asfixia de la hiperinflación, hasta que la herramienta que le dió aire al país se convirtió en una tenaza implacable para nuestra economía que ya no pudo resistir más la magia financiera del blindaje, el megacanje y el déficit ceroii. Las últimas tres maniobras ilusionistas de aquellos que vinieron a imponer la

moral, las buenas costumbres y la corrección del bendito "modelo" que nos terminó por fagocitar.

En el marco de la crisis, hacen su aparición los arquitectos de las grandes soluciones, el Ministro de Economía, con el fin de reactivar una economía en Mayo de 2001 lanza el plan Déficit Cero, con el fin de equiparar la balanza del presupuesto Nacional.

El índice de desocupación alcanzó para noviembre de ese año el 18,3%, contra 14,7% del mismo mes del año pasado, según la información del INDEC. Los subocupados, es decir que trabajan menos de 35 horas semanales pero que demandan más trabajo, alcanzaron a 10,7% de la Población Económicamente Activa, y los que no demandan mas horas el 5,3%.

El nivel de desempleo de 18,3% resulto la segunda medición mas alta de la historia, superada sólo por una décima por el 18,4 de mayo de 1995, cuando la economía se veía afectada por la crisis financiera denominada "*Efecto Tequila*"

Para 1990, cuando se salía de la primera hiperinflación, la desocupación rondaba 8,6%. Pero a partir de 1994, cuando estaban en pleno auge la desregulación de la economía y las privatizaciones, la medición comenzó a ubicarse en dos dígitos (10,7% en mayo y 12,2 en octubre de 1994), nivel que no abandonó a lo largo de los 90, a pesar de las muchas medidas para "*flexibilizar*" el empleo.

Mar del Plata y Rosario, fueron las tasas de desocupación con el 22,8%, encabezando la nómina de ciudades con mayor proporción de personas desocupadas, seguidas por Santa Fe y Bahía Blanca, ambas con 20,3%.

Al desempleo se sumaba la falta de crédito y tasas que llegaban arriba del 100 por ciento para las empresas privadas.

En este contexto comenzaron los rumores, de devaluación y congelamiento de depósitos, en el Diario Pagina 12 se reproducían las palabras de un agente de seguridad a la entrada del BankBoston que describía *"Fue una locura desde que abrió el banco"*.

No era para menos. Las versiones zumbaban en los oídos de los ahorristas que se agolpaban en muchas de las ventanillas para retirar sus depósitos y poner a plazo fijo su tranquilidad.

En las colas se entretajían las mil y una conjeturas. Desde que muchos bancos se habían quedado sin dólares, por la cantidad de gente que retiró sus pesos para convertirlo en divisas, hasta que las entidades sólo devolvían una pequeña parte de los depósitos y el resto lo hacían con un cheque.

Mientras que el Gobierno volvía a desmentir el congelamiento de los plazos fijos.

El secretario de la Presidencia, Nicolás Gallo, expresaba a los medios de comunicación que *"los depósitos son totalmente intangibles"* y que es una versión *"absolutamente falsa e irresponsablemente maliciosa"*.

"Los depósitos son totalmente intangibles. Los bancos están protegiendo los ahorros de la gente", aseguró también Gallo.

Lo cierto es que en los primeros días del mes de Diciembre el Doctor Domingo Caballo, fundándose en un agresión especulativo por parte de *"buitres"* restringió el retiro de fondos de los bancos.

De esta forma en una conferencia de prensa dijo que *"La Argentina ha estado sometida a ataques especulativos de quienes esperan beneficiarse con una devaluación de la moneda"*. Y agregó que, *"por esta razón"*, el Gobierno se vio obligado a tomar *"medidas extraordinarias"* para preservar la seguridad del sistema financiero.

El presidente Fernando de la Rúa firmó ese día la norma que establecía ajustes en las operaciones bancarias y contemplaba que los ahorristas podrían retirar de sus cuentas en efectivo hasta 250 pesos o dólares por semana en lugar de 1.000 por mes, como se especuló en un principio, y dolariza los depósitos bancarios .

Las medidas fueron implementadas a través del decreto 1570 de necesidad y urgencia, con fecha de hoy, que fue definido de *"orden público"*.

Estas medidas tomada por el Estado Nacional sumada a la imperante depresión en que la sociedad se encontraba fue el embrión para las protestas que precipitaría la retirada del Doctor Fernando de la Rúa de la presidencia de la nación. En distintos barrios la imagen que se repetía eran colas en cajeros y reclamo social.

Una Huelga impulsada por la CGT oficial de Moyano y la CTA contra el plan se planeo para el 15 de diciembre, sería la séptima huelga general en dos años de gobierno, la República Argentina se sumía en la total anarquía.

El viernes 14 de Diciembre se dio a conocer el primer acto de saqueo, la Argentina volvía a escuchar, tan vibrante como en otros tiempos, los tambores de la de insatisfacción y frustración de su pueblo. En el departamento de Guaymallén provincia de Mendoza, grupo de

vecinos de las zonas humildes rodearon la sucursal de un supermercado y lo coparon por mas de tres horas.

En la provincia de Buenos Aires el Sábado posterior fue día "D", las primeras noticia llegaban de la localidad de Avellaneda. Integrantes de movimientos de desocupados y piqueteros, tomaron un supermercado, en reclamo de comida ante la profunda crisis económica, y abandonaron el lugar luego de que las autoridades se comprometieran a satisfacer parcialmente el pedido

"Los manifestantes, hombres, mujeres y niños, se dirigieron masivamente hasta el sector de las góndolas por lo que intervino personal jerárquico de la firma, que se reunió con un grupo de delegados con el fin de atender la demanda, mientras personal de la comisaría 1ra. de Avellaneda concurrió al lugar." Describía el Diario Clarínⁱⁱ.

Las Protestas de comerciantes y vecinos contra las medidas económicas se transmitía en los distintos barrios de Buenos Aires. Ya la situación se tornaba inmanejable, el reclamo tomaba los mas variados matices, un grupo de bailarines del Teatro Colón hizo bailo en la sede del Gobierno porteño; volanteada, bocinazos y lentas marchas de los automóviles, corte de calles y cacerolazos.

Los hechos se multiplicaban en Capital Federal el conurbano bonaerense y diversas ciudades, las nuevas víctimas eran las provincias de Santa Fe, Entre Ríos, San Luis, la ola de saqueos se extendía.

Ante la critica situación del país el Presidente consideró que tampoco se debe *"hablar de conflicto general"* y que no hay que comparar la situación con 1989, porque *"aquello es una historia muy anterior"*. También confirmó que el Gobierno está enviando fondos y alimentos a las provincias en problemas.

La renuncia de Fernando de la Rúa no sorprendió a nadieⁱⁱ. Por el contrario, la salida anticipada del Presidente trajo algo de alivio a una sociedad angustiada por el estallido social que produjo 29 muertos y más de 1000 heridos. Nadie lo festejó. Ni siquiera los manifestantes que reclamaban el alejamiento de De la Rúa en la zona céntrica de Buenos Aires, todos sabíamos que nuestro pueblo atravesaría un complicado periodo.

En el texto de la renuncia como Presidente de la Nación, entre otras cosas expreso, *"Me dirijo a usted para presentar mi renuncia como presidente de la Nación.... Mi mensaje de hoy para asegurar la gobernabilidad y constituir un gobierno de unidad fue rechazado por líderes parlamentarios... Confío que mi decisión contribuirá a la paz social y a la continuidad institucional de la República... Pido por eso al honorable Congreso que tenga a bien aceptarla... Lo saludo con mi más alta consideración y estima y pido a Dios por la ventura de mi patria."*

El 21 de diciembre la Asamblea Legislativa acepta la renuncia del Presidente. El presidente provisional del Senado, el misionero Ramón Puerta, se hizo cargo formalmente del poder que posteriormente paso al Doctor Rodríguez Saa.

No podemos dejar de mencionar que en la etapa previa a los sucesos, el gobierno nacional demostró mediante distintas medidas su preocupación por la profunda crisis que el país enfrentaba. No olvidemos que en esos últimos días del Gobierno del Doctor De la Rúa se redujo el IVA del 21 al 18 % con el fin de reactivar la economía.

Frente a los hechos acaecidos, el Estado envió las fuerzas de su aparato represivo a los lugares donde se desarrollaban los hechos. La estrategia seguida por las fuerzas de seguridad vario en cada caso, aunque primó

la decisión de no provocar una masacre en medio de centenares o miles de mujeres y niños que concurrieron a buscar comida.

El Poder Ejecutivo, encabezado por el Doctor Fernando De La Rúa declaró el estado de sitio en todo el todo el territorio del país, por el termino de 30 días.

Mediante el decreto 1.678, que lleva las firmas de De la Rúa, el Jefe de Gabinete, Chrystian Colombo, y el ministro del Interior, Ramón Mestre, indicaba en su artículo 2 que se incluya la declaración del estado de sitio entre los asuntos a considerar en el actual período de sesiones extraordinarias del Congreso. En el artículo 3, se indica que el estado de sitio *"regirá a partir del dictado del decreto"*.

Se sancionaron y promulgaron leyes de emergencia social, sanitarias y alimentarias, que preveía el refuerzo de los programas de asistencia social a los sectores mas carenciados de la sociedad.

El Gobierno dispuso la puesta en marcha de un Programa de Emergencia Alimentaria de siete millones de pesos para tratar de paliar la grave situación social que provocó saqueos a supermercados y locales comerciales en todo el país .

Mediante el decreto 1675, el presidente Fernando de la Rúa ordenó al Ministerio de Desarrollo Social la contratación directa de insumos y servicios necesarios para distribuir entre la población *"más vulnerable y de extrema pobreza"* .

Las provincias por su parte tomaron medidas similares.

Todo lo dicho demuestra que el Estado no fue indiferente a acontecimientos. Quedando para la discusión en cada caso concreto la suficiencia de cada medida adoptada.

Habiendo realizado una breve referencia a los hechos ahora nos resta introducimos en el examen jurídico de la cuestión, como ya en otra parte de este trabajo sostuvimos la responsabilidad del Estado por los desmanes y saqueos producidos podría nacer de la omisión de prestar una eficiente seguridad de la propiedad privada y las personas.

Básicamente la cuestión a responder es la siguiente. Existe norma expresa que taxativamente que garantice la seguridad de los bienes privados y por lo tanto la omisión por parte de la administración de garantizar el goce de ese derecho acarrea el deber de reparar.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, conocemos que la obligación de reparar el daño causado por la inacción de una persona, no debe ser aplicada solo cuando la abstención quebranta el ordenamiento jurídico; por el contrario, nace cuando no se espera, por las cualidades personales del sujeto, otra forma de obrar.

De esta forma concibió los señores Jueces de la Sala Tercera de la Cámara Primera de Apelación en los autos: "GODOY CELIA NORMA C/POLICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ DAÑOS Y PERJUICIOS".

En este conflicto fechado en abril de mil novecientos noventa y nueve, se condeno a la Provincia de Buenos Aires imputandola " por configurada la falta del servicio del Estado provincial y condenando al mismo a responder".

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la pretensión indemnizatoria contra la Provincia de Buenos Aires lanzada por la

madre de un joven que, imputado de tentativa de robo y resistencia a la autoridad y que resultara herido en un enfrentamiento armado, se encontraba detenido por orden judicial e internado en un Hospital Municipal bajo guardia policial, siendo muerto en dicho establecimiento sanitario como resultado del ingreso de un grupo de personas armadas, uno de los cuales, parapetado tras una rehen entró en la Sala de internación disparando a mansalva contra el mismo y los policías que lo custodiaban, quienes sufrieron diversas heridas. La sentencia atribuye al Estado Provincial una responsabilidad directa y objetiva fundada en la "falta de servicio", al no satisfacer adecuadamente el deber de custodia y seguridad que tiene para con los detenidos y que -como extensión del precepto constitucional que establece que las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas- comprende el velar por su vida, salud e integridad física. Asimismo rechaza que el suceso pueda subsumirse en la figura del caso fortuito, ya que el mismo era susceptible de ser previsto.

La sentencia se fundamenta en que privado un ciudadano de su libertad (ya por condena judicial firme o por prisión preventiva e impedido, por ello, no solo de su libertad deambulatorio sino también de la posibilidad de defenderse frente a ataques de terceros, el deber constitucional de custodia y seguridad del Estado no varía cualquiera sea el lugar de detención.

El Estado posee responsabilidad puede, siempre y cuando se acredite que el mandato que la Constitución Nacional pone sobre sus espaldas de preservar la vida y la integridad de sus detenidos, "se frustró por la irregular o inadecuada prestación que sus funcionarios hicieron del deber de vigilancia y custodia del detenido (falta del servicio), concurriendo y facilitando, de tal modo, en la producción del trágico resultado (artículo 18 Constitución Nacional; 10, 12 y 30 Constitución Provincia de Buenos Aires.; 1074 y 1112 del Código Civil y su doctrina)".

El Estado está obligado a responder por la sola circunstancia de que su muerte se produjo como consecuencia del funcionamiento defectuoso, inadecuado o irregular del servicio o de la función administrativa que le es propia y cuya finalidad primordial era, precisamente, preservar su vida (falta del servicio).

Prosiguiendo con esta línea de pensamiento, la obligación del Estado sobreviene del hecho que debido a sus cualidades personales se esperaba que resguarde la vida y la integridad física y moral de los detenidos. A juicio de los juzgadores *“ el celo y el valor con que los agentes policiales asignados a la custodia de AVALOS cumplieron su tarea”* y prosigue señalando que *“no puedo menos que coincidir con la conclusión del Sr. Juez de Primera Instancia, de que la custodia, tal como estaba instrumentada en la ocasión (un solo agente policial allado de la cama del detenido esposado y que, en oportunidad del suceso se exhibía, ocasional y brevemente -por coincidir con el horario de cambio de guardia- con la presencia de dos agentes, uno al lado de la cama y otro al pié de la misma), no fue la adecuada para asegurar la integridad física del detenido, de terceros y del propio personal policial, ni para permitir la mas eficaz y estrecha vigilancia.*

Por lo tanto, si las medidas tomadas no son las adecuada para la custodia, en orden resguardar la vida del detenido, es responsabilidad reparar por parte del Estado provincial el daño causado.

Vallamos a analizar el argumento de la relación de causalidad. Se podría argüir que en nuestro caso existirá una relación causa – efecto entre la inacción de las fuerzas públicas y los daños producidos por los saqueos por el otro.

Incansablemente el Doctor Marcelo Hersalis nos recalca, en su cátedra de obligaciones, que es necesario la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello la relación causal es un elemento que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva.

Los medios de comunicación (televisión, medios gráficos y radio) expusieron ante millones de argentinos como los comerciantes soportaban la violencia de los saqueadores, y el reclamo por la responsabilidad que el Estado tenía ante esos eventos.

Pese a ello, no debemos dejar de observar que, como lo bien señala Jorge Bustamente Alsina en su Tratado "Teoría General de la Responsabilidad Civil", *"Si en el proceso causal sobreviene el hecho culposo de un tercero que determina normalmente el daño que otro experimenta, ese hecho constituye una causa ajena al presunto responsable demandado por la víctima,"*ⁱⁱ con un estudio más profundo de los hechos, no es difícil advertir que el nexo consecuencial puede considerarse forzado.

Un elemento que es muy rico mencionar para este trabajo son las cuestiones ventiladas y resueltas por la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala III en noviembre de 1989.ⁱⁱ

En esta oportunidad los trabajadores de una empresa comercial para desarmar factorías balleneras ubicadas en las Islas Georgias, tarea cuya concreción fue impedida en Puerto Leith por las fuerzas británicas. Se reclamaron daños por la pérdida de efectos personales, privación de la libertad, lucro cesante y perjuicios psíquicos y físicos.

En su demanda y en la formulación de los agravios atribuyeron responsabilidad a la Nación Argentina por alguna pro alguna de dos causas: a- haber el gobierno iniciado o permitido el viaje a las Islas Georgias pese a conocer el riesgo bélico por estar tomada desde enero de 1982 la decisión de invadir las Islas Malvinas, y no evacuarlos ni intenta hacerlo, fuera de la zona de las hostilidades; b- ser justo indemnizar a los particulares perjudicados especialmente por los actos de guerra.

La Cámara decidió desechar la apelación del actor, el juez de primera instancia ya había negado que le Estado nacional fuera responsable por los daños y perjuicios ocasionados a los bienes de los particulares, “*no procede en el derecho nacional responsabilizar al Estado por daños que no son consecuencia de su obrar*”.

El criterio que fundo su decisión los juzgadores se resumen en que el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción.

La actora acepto voluntariamente el traslado a un territorio en disputa. Situación que no desconocida por nadie, la disputa entre Argentina y Gran Bretaña por el archipiélago era pública y notoria. A está condiciones hay que sumarle las perdidas y la detención no fueron realizadas pueden ser imputable a ningún miembro del Estado, si no que, por el contrario la responsabilidad recae únicamente a un tercero, de forma que el elemento de la relación causal no puede ser considerada directa y exclusiva. De esta forma queda así interrumpido el nexo causal y la responsabilidad se proyecta fuera de la órbita de actuación de este, o de la cosa riesgosa que le pertenece señalando como único responsable a ese tercero.

Entre los más destacados científicos que ha realizado innumerables obras sobre la responsabilidad es el Doctor Mosett Iturraspe que sostiene sobre la relación causal y la interferencia de un tercero que *“El tercero en nuestra opinión puede ser una persona física o jurídica; puede ser el Estado, nacional extranjero; puede ser el hecho de la naturaleza y, si además es extraordinario e irresistible y exterior, ese hecho configura un hecho fortuito. Puede la huelga configurarse como un hecho de terceros. No es hecho del Estado ni de la naturaleza sino hechos de otros hombres, imputable o no a una organización sindical. Las huelgas han dicho nuestros tribunales, constituyen un caso fortuito cuando abarcan todo un gremio o una rama de la actividad, o son generales, es decir, cuando provocan la paralización absoluta de la actividad industrial. Y pese a que impedirían un criterio restrictivo, han sido consideradas caso fortuito cuando, aunque no sean generales, impidan materialmente el cumplimiento a criterio del juez. Asimismo, cuando van acompañada de actos de sabotaje que impiden absolutamente el cumplimiento; cuando son subversivas, exigiendo la intervención de las fuerzas armadas o de seguridad para conjurar la violencia o son declaradas ilegales.”*ⁱⁱ

Echemos ahora una mirada a la irregular prestación del servicio de seguridad que se le imputa al Estado en los hechos acontecidos en Diciembre del 2001, en vista de la jurisprudencia nacional.

Los Tribunales han desestimado las demandas iniciadas contra el Estado procurando obtener indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados en el motín del 16 de junio de 1955, que pondría fin al gobierno de Juan Domingo Perónⁱⁱ.

Llamada la Cámara Nacional Federal, Sala contenciosoadministrativo, el 10/11/1967 para resolver una controversia *in re* “Giacomi e hijo S.R.L. c/ Gobierno Nacional” sostuvo que “El Estado, cuyo deber primario y

sustancial es el de cuidar la vida y la seguridad de sus gobernados y proteger sus bienes, no puede ser responsabilizado si sus agentes, o elementos con que cuenta para garantizar el orden, fueron impotentes para evitar los desmanes y el pillaje de turbas incontenibles. La actuación de comandos el 16 de junio 1955 y el bombardeo a que se sometió la Casa Rosada y zonas céntricas durante varias horas fue una actividad bélica y sorpresiva que obligo a las Fuerzas Armadas y a la Policía a intervenir en la forma exclusiva en que el intento revolucionario lo requería. Ello explica la retención policial y la ausencia de medidas inmediatas de atención y vigilancia, propias de situaciones normales y obligo a que se diera preferencia a la atención de los acontecimientos de orden bélico sobre los de carácter delictual."

Igualmente sostuvo cuando la sociedad comercial Faltraco e Hijosⁱⁱ demandó a la Nación persiguiendo una indemnización por los daños y perjuicios que sufriera con motivo de los hechos acaecidos en la Ciudad de Buenos Aires en la fecha aludida.

La actora expresaba que su local *"sufrió el ataque de turbas, con fines de apropiación de armas"*, amén de otros actos de carácter delictuoso, que *"estos actos vandálicos fueron realizados sin que las autoridades pertinentes tomaran intervención alguna"*.

Al respecto la Cámara Nacional Federal sala Civil y Comercial expresó *"se deduce que el Estado, cuyo deber primario sustancial es el de cuidar de la vida y seguridad de sus gobernados y proteger sus bienes, no puede ser responsabilizado si sus agentes o elementos con que cuenta para garantizar el orden, fueron impotentes para evitar los desmanes y el pillaje de las turbas incontroladas."*

Su fundamento se sustenta en que los hechos desencadenados en la Ciudad de Buenos Aires en esa dramática fecha, en la que actuaron los

comandos y se sometió a la Casa Rosada y zonas céntricas, a un bombardeo que duro varias horas, pues esa actividad bélica y sorpresiva, obligo a las fuerzas armadas y a la policía a intervenir en forma exclusiva en que el intento revolucionario lo requería. Ello explicaba la retención policial, y la ausencia de medidas inmediatas de atención y vigilancias, propias de situaciones normales.

La obligación de reparar se cimentaría, como indique oportunamente y muchos sostienen, de la inacción de los agentes de seguridad en el resguardo de las propiedades privadas de los comerciantes afectados, no obstante una pregunta que es insalvable elaborar se vincula a ¿Que consecuencias hubiera traído la represión a los participantes en los saqueos basada en la defensa de la propiedad de los comerciantes?

Con el fin de evaluar si la omisión en que incurrió la administración en la correcta prestación de un servicio, particularmente el de seguridad, volvemos a recurrir a la Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, en el tiempo de ejercer en sus funciones como integrante de la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en el fallo Torres Francisco c/ Provincia de Mendoza. En el se precisaron los requisitos exigidos para que se configure la responsabilidad del Estado por omisión.

Ellos son: 1- la existencia de un interés normativamente relevante sea en relación cualitativa o cuantitativa; 2- la necesidad material en actuar para tutelar dicho interés; 3- la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar.

Aplicando tal criterio al caso en cuestión podemos observar la existencia de un interés cualitativo, el de defender lo bienes del patrimonio de los comerciantes afectados. Por otra parte debemos tener en cuenta el alto interés cualitativo que el Estado no debía

vulnerar con su accionar, de la vida y la integridad física, de quienes mas allá del robo común y la agitación política fueron de busca de comida para satisfacer mínimas necesidades de subsistencia.

No cabe duda que en estos casos correspondería al Estado actuar resguardando la seguridad pública. Este deber se derribaría de la existencia del monopolio en el uso de la fuerza.

Los Doctores Ariel Edgardo DULITZKY e Ignacio Adrián LERER reflexionan en su trabajo publicado sobre esta cuestión que “... *las grandes cadenas de supermercados cuentan con servicio de seguridad propios, con reconocimiento legal. De esto se derivaría que en los casos mencionados el monopolio no sería tan excluyente, a diferencia de los casos de Ferrocarril Oeste o Vadel, encontrándonos ante supuesto de culpa concurrente.*” ii

La posición sostenida por ellos es que no sería imputable al Estado la responsabilidad por la omisión en la prestación del servicio de seguridad, y es de mi personal pensamiento que si bien es cierto que el Estado tiene a su cargo, por ejemplo la seguridad de los ciudadanos, su educación y otros cometidos ello no significa que la no consecución de esos fines, nos coloquen frente a supuestos de responsabilidad estatal.

El actuar de la policía con toda la energía que es capaz de desarrollar no hubiera cumplido con la proporción requerida ante el sacrificio que comportaría dicho actuar y la utilidad a conseguir. Pensemos en la cantidad de muertos y heridos, incluyendo mujeres y niños, que hubo con una actitud calificada por algunos “*negligente*” y cuantos hubieran sido si el Estado mas “*diligente*” hubiera dispuesto sus recursos a la represión de los saqueos.

Particularmente es necesario proceder con cautela cuando analizamos la responsabilidad por omisión del Estado. En efecto el Estado debe cumplir su función proveyendo todo cuanto interesa a la sociedad, en este particular caso la seguridad de sus bienes, entonces, ante la mayoría de los sucesos dañosos, siempre sería posible al lesionado reclamar por la inacción de la Administración.

De este modo se ha observado que “Aunque en orden a la eventual responsabilidad del Estado no cabe soslayar sus omisiones en el desempeño de sus funciones esenciales, cuando se trata de cuidado de la seguridad pública, la función depende, del ejercicio de facultades discrecionales en cuanto a la forma de concretarla, y ello no entraña una suerte de obligación de resultado, y ello no entraña una suerte de obligación de resultado que le exija evitar todo daño a las personas o a las cosas cometido por particulares”ⁱⁱ

Muy bien, expusimos en este trabajo, por un lado, la jurisprudencia imperante en la justicia Nacional y por otro, los postulados que los jueces tienen en cuenta para atribuir responsabilidad en la órbita estatal así como también los argumentos deducibles de los mismos que podrían ser utilizados a tal efecto.

La respuesta, en todos los casos, ha sido negativa, pues si bien aceptamos como cierta la existencia del daño, faltan los requisitos de imputación y de relación de causalidad, meritados por los tribunales como condición para condenar al Estado a resarcir.

Es cierto que la doctrina encuadre a los hechos dentro de la idea de “falta de servicio” que vincula la responsabilidad estatal con la noción de servicio público. Desde esta perspectiva, se plantea la necesidad de conceder la reparación patrimonial por los daños causados a los particulares por el funcionamiento irregular o defectuoso de un servicio.

Ahora bien, este enfoque merece algunas precisiones preliminares ya que la omisión en la prestación del servicio de seguridad no puede engendrar, como se presenta facticamente en estos acontecimientos conocidos públicamente, supuestos de responsabilidad estatal.

Con el fin de ilustrar la idea que quiero exponer algunos ejemplos me servirán demostrar la idea que deseo exponer.

La contaminación atmosférica podría dar lugar a la responsabilidad estatal si la administración no consigue mantenerla dentro de los límites tolerables. Por la omisión de indicar que un río habilitado para los bañistas está contaminado alguien podría pretender razonablemente, responsabilizar al Estado si como consecuencia de ello se le produjeran al individuo un grave perjuicio en la salud.

De la misma forma la administración debería responder por los daños soportados por un ciudadano cuando se omite indicar las diferencias mareológicas existentes entre la pleamar y la altura de la bajamarⁱⁱ.

Parecería en cambio improbable y hasta absurdo que se pueda reconocer los daños producidos a la salud de un individuo por la omisión de indicar en los atados de cigarrillos que *"fumar es perjudicial para la salud"*ⁱⁱⁱ como así los ocasionados a un depositante de una entidad financiera cuando el Estado revoca su autorización para funcionarⁱⁱ.

Me pregunto también, ¿ Que ocurre con los ancianos de nuestro país a los que desde años el Estado Nacional los tiene abandonados con jubilaciones paupérrimas que rozan lo inmoral. La Administración debe indemnizar los daños soportados por ellos?

Desde esta perspectiva, entonces, es necesario analizar hasta que punto no se ha cumplido sino de un modo irregular los deberes legales. Entre estos aparece destacado el ejercicio del DEBER DE SEGURIDAD. Es pues su ejercicio irregular el que se le imputa al Estado. Ya sea por acción u omisión.

El Poder Ejecutivo no se mantuvo indiferente a la crisis que nuestro país afrontaba, y como ya mencionamos, resolvió una serie de medidas, entre otras decretar estado de sitio, sancionaron y promulgaron leyes de emergencia social, sanitarias y alimentarias y la movilización de sus agentes de seguridad. Ahora, si esas medidas no fueron lo suficiente para impedir los saqueos el Estado “ *no puede ser responsabilizado si sus agentes, o elementos con que cuenta para garantizar el orden, fueron impotentes para evitar los desmanes y el pillage de turbas incontenibles.*” ⁱⁱ

En definitiva y a lo que mi juicio se debe establecer el alcance de las medidas que los jueces deben desplegar con relación al ejercicio de los “*Poderes Discrecionales*” por parte de los poderes legislativos y administrativos.

Los órganos políticos tomaron las medidas que consideraban pertinentes y las llevaron a cabo, si las mismas no fueron suficientes para afrontar las crisis, no debe imputarse al Estado responsabilidad alguna, expresar lo contrario sería transformar al Estado “*en un ente asegurador*”. ⁱⁱ

De igual forma me resulta difícil advertir con claridad, a pesar de mis limitados conocimientos en el tema, que tipo de medidas pudieron haberse tomado para evitar los desmanes.

Lo cierto es que a pesar de sostener que en sede judicial no debe reconocerse la responsabilidad Estatal por los saqueos producidos en el país, igualmente es de mi parecer que la administración debería por medio de los poderes políticos otorgar algún tipo de ayuda a quienes hubieran sufrido daños (créditos a baja tasa de interés, extensiones impositivas entre otras.)

El comercio en nuestro país se convirtió en una de las principales víctimas de la crisis desatada a fines del 2001.

Primero padeció los efectos de una demanda decreciente, producto de varios años de recesión y sucesivos ajuste. Luego la paralización total de la demanda, producto de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional.

Posteriormente fue objeto de desmanes y saqueos que produjeron algunos violentos, aprovechando el reclamo legítimo de un pueblo hambreado y jaqueado por una crisis fruto de la inoperancia y la insensibilidad del gobierno.

Para muchos pequeños comerciantes esto significa la pérdida definitiva del fruto de años de trabajo esforzado y honrado, así como el sustento de su familia.

La pérdida de mercadería, los daños materiales producidos en los locales y la falta de ingresos para afrontar compromisos de pagos determinarían en la mayoría de los casos el cierre definitivo de sus comercios.

En el entendimiento de que es necesario y urgente asistirlo a fin de evitar el cierre definitivo de sus comercios, destinado principalmente a aquellos comerciantes que no puedan acceder a un seguro integral de

comercio, dado el pequeño margen de rentabilidad de estas actividades.

Algo similar implemento las leyes 14.414ⁱⁱ las cuales concedían subsidios a las víctimas de daños causados por la llamada “Revolución Libertadora” y la 20.007ⁱⁱ sobre subsidios a quienes sufrieran daños en su persona o bienes a causa de hechos terroristas de los que no hayan sido autores o partícipes.

El día 21 de Diciembre del 2001, El Gobierno de la ciudad de Buenos Aires anuncio que otorgaría préstamos de 2.500 y de 10.000 pesos a pequeños y medianos comerciantes que sufrieron destrozos en sus locales durante los disturbios de los últimos dos días en la Capital Federal.

También se oyó la voz de los comerciantes. A través de la Coordinadora de Actividades Mercantiles Empresarias (CAME), los comerciantes afectados por los saqueos le solicitaron hoy al Gobierno la creación de un fondo de indemnización para reparar las pérdidas que sufrieron en los últimos días

El pedido lo hizo el titular de la CAME, Osvaldo Cornide, en una conferencia, donde reclamó *"una prórroga de 90 días para el pago de los servicios públicos, impuestos y cheques"* ante los daños que sufrieron los comercios, durante las movilizaciones previas a la renuncia de Fernando de la Rúa. ⁱⁱ

Los hechos despertaron la sensibilidad de algunos legisladores que en tanto que se gestaba uno de los mas graves periodos de violencia en el país, escondían su cabeza para no mirar una verdad que golpearía la cabeza de todos los argentinos.

De allí que nuestros representantes presentaron distintos proyectos de ley con el fin de conseguir el tratamiento parlamentarioⁱⁱ. Entre las propuestas diseñadas encontramos condonaciones impositivasⁱⁱ, ayudas económicasⁱⁱ, subsidios, indemnizacionesⁱⁱ.

Sin embargo, estos quedaron archivados y nunca fueron discutidas en el recinto.

Hemos vivido un periodo donde se construyó una industria de los reclamos al estado, la responsabilidad de ello es indudablemente de los profesionales del derecho que mediante la creación de aventuras jurídicas ayudaron a la generación de esta profunda crisis. Esto contribuyó al descreimiento de la sociedad en los órganos constitucionales.

He de mencionar que cómplice de ello son los encargados de decidir en los pleitos, los magistrados de primera instancia con su facilidad en fallar en contra del Estado, como si este fuera otra persona distinta, olvidando que todos nosotros construimos el Estado.

Es gravísimo que –según las encuestas de opinión– solo uno de cada diez argentinos tenga confianza en sus jueces, pues pareciera que la gente piensa que la justicia espía hacia debajo de la venda con la que debe cubrir sus ojos, que como Atilio Alterini expresa, es válido el cínico consejo de “*hacete amigo del juez*” del *viejo Vizcacha*, y que “*el Derecho vigente es solo para los indiferentes*”, porque a los amigos se les da hasta el alma, y a los enemigos hasta el alma se les quita. Basta con ese desprestigio, aunque no corresponda a la realidad de las cosas, para que cunda la sensación de inseguridad, de no tener ante quien acudir. Basta con esta sensación, aunque tampoco corresponda a la realidad de las cosas.

Un trabajo del humorista y dibujante NIK publicado en el Diario La Nación expresa apropiadamente el sentir de la gente, mediante un diálogo entre un periodista y el Presidente de la República con referencia a un político (llamémoslo Pérez): -¿Es verdad que quieren llevar a Pérez a la justicia ¿ - Así es, pero la búsqueda fue infructuosa, hemos rastreado por todas partes y no encontramos nada. Parece que no está en este país". - ¿Pérez¿- " No, la Justicia". El gato, que aparece en los dibujos de NIK expresando el pensamiento popular, acota entonces: "Se saco la venda, vio lo que pasa acá y salió corriendo".

Así pues, la sanción de alguna norma que tome en cuenta los daños que soportaron los comerciantes por los desmanes y saqueos de Diciembre del 2001 produciría un alivio a la actividad comercial, modus vivendi de un sinnúmero de familias argentinas.

Pero siempre teniendo en cuenta las posibilidades de la Administración y que no se trate de indemnizaciones fundadas en la responsabilidad del Estado y en las normas del derecho civil susceptibles de ser reclamada como derecho, sino de una facultad del Poder Ejecutivo de carácter graciable a ejercerse teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

Bibliografía Empleada.

- Nicolás Maquiavelo “El Príncipe” Edit. Retrolectura.
- Jorge Juaquin Llanbias “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, Edit. Abeledo Perrot.
- COLAUTTI, Carlos, “Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales.” Edit. Rubinzal-Culzoni.
 - DIEZ, Manuel María, “Derecho Administrativo.” Edit. Plus Ultra.
 - MAYNZ, “Curso de derecho Romano”, traducción Pou y Ordinas.
 - GARCIA OVIEDO, Carlos, “Derecho administrativo” Librería Gral. de Victoriano Suarez.
 - BARRAZA Javier Indalecio “Actualidad en la jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del estado”, revista La Ley.
 - BIELSA, Rafael, “Derecho Adminidtrativo” Edic. Depalma.
 - CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, “Responsabilidad del Estado por su actividad Licita” Edit. Abeledo-Perrot.
 - CASSAGNE Juan Carlos, “Derecho Administrativo” Edit. Abeledo-Perrot.
- Miguel S. Marienhoff, Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público. Edit. Abeledo-Perrot.
- GIGENA Julio Altamira, Responsabilidad del Estado, Edt. Astrea.
 - MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Edt.
 - COLAUTTI, Carlos E. Responsabilidad del Estado, Problemas Constitucionales. Edt. Rubinzal- Culzoni.
 - Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo. WWW.Gordillo.com
 - Aída Kemelmajer de Carlucci, en Código Civil y Leyes Complementarias, T.V. Edit. Astrea.
 - Miguel S. Marienhoff, Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público. Edit. Abeledo-Perrot.
 - Lambias Jorge, “Codigo Civil Anotado”III-B- Edt. Abeledo- Perrot
 - Miguel Angel EKMEKDJIAN, Tratado de Derecho Constitucional, Edit. Depalma, Tomo I.

-
- Jorge Bustamente Alsina en su Tratado "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Edit. Abeledo Perrot.
 - Jorge MOSSET ITURRASPE "Responsabilidad por daños" Tomo I, Edit. Rubinzal- Culzoni.