

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

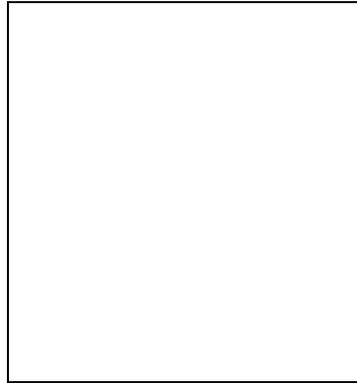
TRABAJO FINAL

**RESPONSABILIDAD DEL
ESTADO, CON ESPECIAL
REFERENCIA A LA ACTIVIDAD
JURISDICCIONAL**

ALUMNO: LEANDRO PASSARINI

TUTOR: Dr. RAUL MAIZTEGUI

FEBRERO 2004 - ROSARIO



"RESPONSABILIDAD DEL ESTADO,
CON ESPECIAL REFERENCIA A LA
ACTIVIDAD JURISDICCIONAL"

LEANDRO PASSARINI
FACULTAD DE DERECHO
SEDE REGIONAL ROSARIO

INDICE

I. RESUMEN.....	1
II. PROBLEMATIZACIÓN.....	5
III. OBJETIVO GENERAL.....	6
III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	6
IV. FUNDAMENTACION.....	7
V. REFERENTE TEORICO.....	8
1. Evolución.....	8
2. Fundamentación jurídica de la responsabilidad del Estado.....	10
- Aplicación de normas del derecho civil.....	10
- Teorías propias del derecho público.....	12
3. Fundamento del deber de repara el daño.....	15
4. Protección constitucional de los derechos individuales.....	16
5. Clasificación de la responsabilidad del Estado.....	17
- Responsabilidad contractual.....	17
- Responsabilidad extracontractual.....	18
6. Responsabilidad extracontractual del Estado por los hechos o actos Administrativos ilegítimos.....	20
- Presupuestos.....	23
7. Responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación legítima.....	26
- Presupuestos.....	26
- Supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad legítima.....	28
- Medida de la restitución.....	29
- Prescripción.....	30
8. Responsabilidad extracontractual del Estado por omisión.....	32
- La omisión y el ejercicio del poder de policía.....	34
- Responsabilidad objetiva o subjetiva.....	35
- Responsabilidad por comportamiento omisivo lícito o ilícito.....	36
- El problema del nexo causal.....	36

9. Responsabilidad del Estado por actos legislativos.....	38
- Referencia histórica.....	38
- La responsabilidad por el acto legislativo.....	38
- Excepciones.....	41
- Normas dictadas durante la emergencia constitucional.....	43
- Responsabilidad por las medidas tomadas por el Ejecutivo durante el estado de sitio.....	43
- Responsabilidad por las restricciones mediante decretos de necesidad y urgencia.....	45
10. Responsabilidad por la actividad jurisdiccional.....	48
- Introducción.....	48
- El dogma de la inmunidad judicial.....	49
- Marco normativo.....	51
- Responsabilidad del funcionario público investido de la autoridad de magistrado.....	52
- Responsabilidad del Estado por acto ilícito.....	53
- Irresponsabilidad del estado por la actuación judicial legítima dentro del proceso.....	54
- Responsabilidad por las funciones del Poder Judicial.....	55
- Supuestos de responsabilidad del Poder Judicial por su función jurisdiccional.....	56
- Presupuestos.....	59
- Causales eximentes de responsabilidad.....	61
- Organo competente en materia de responsabilidad.....	62
- Responsabilidad por omisión judicial.....	63
- La tendencia jurisprudencial en los últimos tiempos.....	66
- La naturaleza ius administrativa de ésta responsabilidad.....	78
- La índole jurisdiccional o administrativa del desempeño irregular.....	80
- Informaciones de derecho comparado.....	81
VI. REFLEXIÓN FINAL.....	86
VII. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	87

RESUMEN

En cuanto a la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios, en un primer momento hay que hablar de irresponsabilidad, el absolutismo de los monarcas, en quienes se concentraban todos los poderes, impedía que los súbditos pudieran ejercer acciones tendientes al logro de indemnizaciones. La idea de que pudieran existir derechos individuales privados, opuestos a la soberanía, era totalmente extraña.

La situación no varió en el medioevo, el poder cimentado en el derecho divino era fuente de las mayores arbitrariedades.

Más tarde se admitió en el derecho romano, en ciertos casos, la responsabilidad de los funcionarios, y se reconocieron algunos derechos al individuo frente al Estado; así, por ejemplo, la propiedad no podía ser expropiada sino mediante indemnización. La llamada teoría del Fisco, para la que el patrimonio público no pertenecía ni al príncipe, ni al Estado, sino a un sujeto ideal distinto de ambos, fue un avance hacia el principio de responsabilidad del Estado.

Pronto se empezó a comprender que el rey no tenía origen divino, sino que era un representante del pueblo, y que era éste el que se lo confería de acuerdo a la organización política imperante. Así fue como empezó a vislumbrarse la idea de responsabilidad fuera del hasta entonces único ámbito de aplicación, que era el privado.

En este sistema el Estado también carece de responsabilidad, pero la persona perjudicada por un acto dañoso de un funcionario tiene derecho a accionar contra aquel.

Se pasó de la irresponsabilidad más absoluta a una amplia, cuando ha mediado por parte del funcionario mal desempeño, o ha perjudicado a alguien con su accionar.

Luego la tesis que surgió fue la siguiente, los actos de gestión del Estado lo hacen responsable, no así los actos de autoridad. Esta teoría nace de una idea anterior y es la que se refiere a la doble personalidad del Estado, una que actúa dentro del ámbito del derecho privado y otra en el del derecho público. A esta doble faz le corresponde una doble actuación, la de los actos de gestión, que caen en la esfera del derecho privado, y la de los actos de autoridad, que se regulan por el derecho público.

De ello deriva, que si los actos perjudiciales de los funcionarios son actos de gestión, el Estado sea responsable por los mismos, pues su interés en estos casos no difiere del de las demás personas en su vida ordinaria, y es lógico y equitativo que su accionar se rija por las normas del derecho privado. Si, por el contrario, el perjuicio resulta de un acto de autoridad, el Estado es irresponsable pues no ha actuado en defensa de sus intereses

patrimoniales, sino que actúa en ejercicio de su derecho de soberanía, y por lo tanto, debe imponerse a los administrados sin dar lugar a estos a reclamación alguna.

Con el correr del tiempo, se dejó de lado la distinción entre acto de gestión y acto de autoridad para determinar la responsabilidad del Estado, y se llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede generar responsabilidad del Estado, pero ello se subordina a la falta de servicio público.

En la actualidad se afirma la responsabilidad directa del Estado, sin necesidad de conocer previamente, si el daño fue culpa del agente o de la administración.

El traspaso al Estado de las obligaciones emanadas de la responsabilidad de los funcionarios, tiene por fin poner al acreedor frente a un deudor cuya solvencia en cualquier caso es indiscutible.

En la Argentina, el criterio de la Corte Suprema fue variando y ya en 1933, a partir de la sentencia "Tomas Devoto y CÍA. S.A.c. Gobierno Nacional, por daños y perjuicios", aceptó la responsabilidad extracontractual del Estado, aún actuando como persona de derecho público, pero sólo en los casos en que los daños provocados resulten de la irregular actividad estatal.

Por fin, se llega a una tercera interpretación, en línea con la corriente jurisprudencial del resto del mundo, en la que se acepta la responsabilidad extracontractual del Estado, actuando como persona de derecho público, con prescindencia de si los perjuicios contra los administrados resultan de un obrar irregular, admitiéndola incluso, cuando el Estado actúa en el ejercicio legal de sus poderes, sentándose la responsabilidad amplia del Estado, por los actos realizados por él o por sus agentes.

Luego de ésta referencia histórica, en el trabajo se hace alusión a los distintos fundamentos de la responsabilidad estatal, así se explican teorías de derecho civil y las propias del derecho público.

De ésta forma se llega a la responsabilidad del Estado según sus funciones, la que puede derivar del ámbito administrativo, judicial o legislativo.

En cuanto a los actos y hechos administrativos en la actualidad se proclama la responsabilidad total del Estado.

Como ya hemos visto, el Estado era sólo responsable por los actos de autoridad, más no por los de gestión. Luego se comienza a distinguir entre falta personal y falta de servicio, haciéndose responsable el Estado solamente por éstos últimos, hasta que se consagra la responsabilidad extracontractual del Estado en forma amplia, y de ésta forma se responsabiliza tanto cuando se trate de una falta personal como de servicio.

En nuestro país se ha llegado a consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado materializándola en algunas leyes. Hasta 1933 se sostuvo la irresponsabilidad del Estado fundándose en la interpretación del art. 43 del Código Civil.

La Corte Suprema cambia el criterio, declarando responsable al Estado por los daños ocasionados al reparar una línea telegráfica, afirmando que, quien presta un servicio, lo debe hacer en condiciones adecuadas, como dispone el Código Civil, y que esta normativa es también aplicable al Estado.

Sin embargo, se mantenía la irresponsabilidad cuando el Estado actuaba como persona de derecho público, salvo que una ley expresamente determinase dicha responsabilidad.

En la actualidad, tanto doctrina como jurisprudencia, consagran la responsabilidad total y amplia del Estado por los hechos y actos administrativos lícitos e ilícitos, y aún por los hechos ilícitos cometidos por sus agentes.

El Poder Legislativo también puede producir serios daños con su accionar, por ejemplo al declarar de utilidad pública una actividad privada, o cuando prohíbe otras que hasta ese momento eran lícitas. Ante una situación de este tipo existen tres posibilidades a considerar:

a_ Que el mismo legislador fije la indemnización en la ley respectiva.

b_ Que no haga mención acerca de la posibilidad de indemnizar.

c_ Que expresamente niegue la indemnización.

Acerca de la responsabilidad del Poder legislativo, existen aún grandes controversias, pero actualmente la doctrina mayoritaria admite la responsabilidad del Estado por el acto legislativo. Ahora bien, para que surja esa responsabilidad y, en consecuencia, la indemnización, es fundamental probar dos cosas, la existencia del daño y la relación entre éste y la actividad legislativa.

La responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional es la inspiradora de éste trabajo, al respecto se puede decir que la inexistencia de un texto específico que regule la responsabilidad del Estado-juez, salvedad hecha en materia penal, no comporta un obstáculo al deber de resarcir, pues este deriva del propósito general y esencial de "afianzar la justicia" expresado en el preámbulo u en el precepto general del derecho, no dañar a otro.

Al Poder Judicial puede endilgársele responsabilidad por error judicial o in iudicando, esto es cuando se cuestiona al modo en que se ha ejercido la potestad de juzgar, o por el defectuoso funcionamiento del servicio de justicia, o in procedendo, que incluye la actuación de los magistrados, funcionarios y auxiliares.

En la medida en que los actos judiciales evidencien una apropiada percepción de los hechos y una interpretación del derecho que enmarque dentro de lo razonable o de las diferentes alternativas que la norma ofrece, o que la prestación del servicio encuadre en el estándar de razonabilidad, no será factible achacar responsabilidad alguna al Estado-juez. Si, pese a ello, algún daño se produjese deberá ser soportado por el justiciable, dado que, con palabras de Boggiano y Lopez es "el costo inevitable de una adecuada administración de justicia".

La responsabilidad del Poder Judicial no está atada a la personal del magistrado, ni cabe responsabilizar a aquel por su actividad lícita desde que los actos judiciales son ajenos, por su naturaleza, a ese resarcimiento. Tampoco la simple revocación o anulación de resoluciones judiciales otorga el derecho a solicitar indemnización.

Los fallos reseñados ponen de manifiesto una tendencia positiva hacia la consolidación de ésta subespecie de responsabilidad.

En lo que respecta al error judicial, la jurisprudencia impuso la limitación de la ineludible y previa declaración de invalidez de la sentencia que irroga el perjuicio en un proceso distinto al que tramita la acción resarcitoria.

En lo vinculado al irregular funcionamiento de la administración de justicia, se admitió la responsabilidad del órgano jurisdiccional, previa comprobación del acto u omisión defectuoso, sin condicionamiento alguno.

PROBLEMATIZACIÓN

Al abordar este trabajo las dudas que se plantearon fueron ¿en qué casos debe responder el Estado?, ¿la legislación vigente reglamenta esta responsabilidad?, ¿cuál es el fundamento de reparar el daño?, ¿cómo se clasifica la responsabilidad del Estado?, ¿qué es la responsabilidad por la actividad jurisdiccional?, ¿cómo juega esta responsabilidad con la inmunidad judicial y la cosa juzgada?, ¿cuáles son los supuestos de responsabilidad judicial y cuales sus causas eximentes?, ¿hay responsabilidad por omisión judicial?, ¿cuál es el órgano competente?, ¿qué opina la jurisprudencia en relación a este tipo de responsabilidad?.

OBJETIVO GENERAL

- Determinar la responsabilidad del Estado por el actuar positivo u omisivo de sus órganos, su regulación en la legislación vigente y su respectivo tratamiento jurisprudencial.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar la evolución histórica en torno a la concepción de la responsabilidad del Estado.
- Describir los límites del actuar del Estado.
- Determinar cual es el mecanismo de que disponen los administrados frente a la lesión de sus derechos subjetivos o intereses legítimos por parte de cualquiera de los órganos del Estado.

FUNDAMENTACIÓN

La responsabilidad del Estado es uno de los temas de mayor relevancia en el ámbito estatal. El Estado al actuar y moverse para cumplir los fines que se ha propuesto, choca inevitablemente con otros intereses que, por pertenecer a un individuo o a un grupo de ellos, debe ceder en beneficio de la colectividad que es la que tiene a su cargo la suma de esos intereses y que por esa misma razón son más dignos de tener en cuenta.

Esa cesión de intereses por parte de la minoría no puede quedar desamparada, por lo que es necesaria una reparación.

De esa tendencia a reparar las injusticias cometidas en aras de una justicia mayor, surgió el concepto de "responsabilidad".

El concepto de responsabilidad del Estado abarca un espectro amplio, que va desde el Estado propiamente dicho, como entidad con una personalidad jurídica independiente de los funcionarios que los representan, y también la de los mismos funcionarios por los actos que ellos desempeñan en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, el concepto de Estado hace referencia tanto al Estado Nacional, como al Provincial y al Municipal y a los distintos estratos de gobierno, es decir, al Poder ejecutivo, legislativo y judicial.

Lo que se pretende con la teoría de la responsabilidad del Estado, es hacer cargo a éste y a los funcionarios, de los actos de gobierno, y con ello limitar el accionar de aquellos con el fin de proteger los derechos individuales de los administrados.

REFERENTE TEORICO

EVOLUCIÓN

La idea de soberanía fue la excusa por la cual se mantuvo el principio de irresponsabilidad del Estado durante varios siglos, por ésta se niega su igualdad con el individuo súbdito en cualquier relación, es por esto que los hechos que realicen los funcionarios, en contra de lo dispuesto por la ley, jamás pueden ser considerados como hechos por el Estado, sino que deben ser atribuidos personalmente a aquellos, como si hubieran obrado no en representación de la entidad pública, sino en nombre propio.

Agustin Gordillo¹ sistematiza la evolución hacia la responsabilidad en cinco distintas etapas, así:

- a) Una época primitiva, la cual abarca desde los orígenes de la humanidad hasta Roma, en la cual no se puede hablar de responsabilidad del Estado, porque no se concibe al mismo como unidad jurídico-política, si hay un centro de soberanía (rey, emperador, etc), con imperium, pero no responde de sus actos sino ante la divinidad. Es por esto que todo el peso del daño debía ser soportado por el perjudicado, sin que éste tuviera acción alguna para reclamar, ni contra el agente del cual emanaba directamente el acto, ni contra el soberano. Para solucionar las situaciones en que existía una relación contractual entre el Estado y los particulares, el derecho romano va a crear la noción del fisco, germen remoto de la teoría de la doble personalidad del Estado. El Fisco aparecía como una persona moral junto al emperador, a la cual pertenecían los bienes que el Estado utilizaba para el cumplimiento de sus fines, y a la cual le correspondían ciertos privilegios de derecho civil y de procedimiento.
- b) Época teológica, a partir de la edad media, en esta etapa se plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado, pero esta se resuelve negativamente por la concepción político religiosa de la soberanía. La diferencia con la primera etapa, es que en esta se presenta la posibilidad de la responsabilidad, aunque la respuesta es negativa. Así el absolutismo consolidó la irresponsabilidad estatal, considerando que la soberanía del monarca tenía origen divino.
- c) Época estatista, en esta las doctrinas teológicas de la soberanía fueron resquebrajándose, así durante el siglo XVIII, con la Revolución Francesa y la

¹ Gordillo, Agustin, La responsabilidad extracontractual del Estado por Hechos y Actos de la Administración Pública, Tesis, Buenos Aires, 1959.

"Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano"², se sustituyó la soberanía del rey por la soberanía del pueblo, que era el resultado de un contrato social, como lo expresa Rousseau³, "el Estado, formado por los particulares no tiene ni puede tener un interés contrario al de ellos, en consecuencia, la soberanía no tiene ninguna necesidad de dar alguna garantía a los súbditos", así la soberanía del pueblo no reconoce limitaciones, acentuándose de esta manera el despotismo y la irresponsabilidad del Estado.

- d) Época de la indecisión, en la cual se mantiene el principio de irresponsabilidad del Estado, pero se consagra lentamente la responsabilidad de los funcionarios, aunque presenta dos tipos de limitaciones, sólo es responsable por su dolo o culpa grave y en cuanto al procedimiento para que este funcionario sea demandado y llevado ante los estrados judiciales, se requería la previa autorización del poder administrador.
- e) Época intermedia, en la cual comienza a admitirse la responsabilidad del estado por los actos de los funcionarios y por los suyos propios, aún cuando fueren regulares y legales. Así al resultar violado un derecho individual, debe haber siempre una indemnización, si el culpable no la puede dar, debe darla la sociedad. La posible insolvencia del agente público para afrontar el pago de las reparaciones exigibles no puede perjudicar al damnificado, el Estado, responsable de los servicios, será quien responda por dichas reparaciones.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

² Art. 3° de la Declaración "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún individuo ni corporación puede ejercitar autoridad que no emane expresamente de ella".

Una vez reconocida la responsabilidad del Estado, la búsqueda de los fundamentos jurídicos se bifurcó por dos caminos distintos, por un lado encontramos las nociones civilistas y por el otro los conceptos del derecho público que estaban en plena elaboración.

APLICACIÓN DE NORMAS DEL DERECHO CIVIL:

Los particulares que resultaban víctimas de los daños causados por la administración, demandaban una reparación pecuniaria argumentando que los textos civiles tenían un alcance general, así invocaban sus disposiciones sobre delitos y cuasidelitos, enriquecimiento sin causa, abuso de derecho, etc. para fundar la responsabilidad.

Estos principios civiles podían servir para fundar la responsabilidad de los funcionarios por actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (art. 1112 C.C.), o aún por las disposiciones generales sobre responsabilidad por dolo o culpa. Más difícil resultaba su aplicación para fundar la responsabilidad del Estado por el hecho de sus funcionarios o empleados, basándose en la responsabilidad indirecta por el hecho de sus dependientes (art. 1113 C.C. Argentino, art. 1384 Código Napoleón). pero esta solución fue duramente atacada por la doctrina que en general postulaban la aplicación de principios de derecho público para regular situaciones jurídicas que no eran las de simples particulares. Así el Consejo de Estado Francés comenzó a sostener la inaplicabilidad de los textos del Código Civil para regir la materia de la responsabilidad del Estado, sosteniendo que no es lo mismo que la responsabilidad de las personas privadas. Así a partir del caso "Blanco", resuelto en 1873, abandonó la noción de culpa como presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica Estado, para hacerlo responsable siempre por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, cuando ello ocasione perjuicios a los administrados. Así surge la idea de "falta de servicio"⁴, que es extraña al derecho civil, y se produce un desplazamiento de la noción de culpa, poniendo el acento más que en el autor del hecho ilícito, en el desequilibrio que produce el daño y en el servicio público. Separando la responsabilidad de la Administración de la del funcionario, sin perjuicio de acumular ambas responsabilidades siempre que la falta personal tenga relación con el servicio. En este sentido se entiende que el servicio público comprende toda la actividad jurídica o material emanada por los poderes públicos que constituye la función administrativa.

³ Rousseau, El Contrato Social, cap. VII, "del soberano".

⁴ La falta de servicio implica la alteración de la igualdad, al soportar el particular un sacrificio especial que traduce la realización irregular de la función administrativa, debida por igual a todos los habitantes en forma regular y permanente.

Asimismo la jurisprudencia francesa a construido la noción de "falta personal" para responsabilizar a los agentes públicos delimitando así la responsabilidad del Estado. Esta es aquella que excede el margen de mal o irregular funcionamiento del servicio y para su configuración se tiene en cuenta la culpa o el dolo del agente público.

Entre nosotros fue Bielsa el que se opuso a la aplicación analógica de las disposiciones de Código Civil para fundar la responsabilidad extracontractual del Estado, así por un lado indica que Vélez adoptó el sistema de Savigny y Freitas en materia de personas jurídicas (de la ficción), por lo tanto se concibe a las personas jurídicas como incapaces de hecho, que tienen necesariamente que valerse de personas físicas que actúen en su nombre y por su cuenta, así los actos que estos realicen dentro de los límites de su representación deben reputarse actos de la persona jurídica y así la obligan, si, en cambio, el representante excede los límites asignados, los hecho y actos extraños al mandato no se reputan realizados por la persona jurídica (arts. 36 y 43 C.C.)⁵. ese hecho ilícito, generador de responsabilidad, no podrá así imputarse directamente al Estado, sino que sólo aparejará la responsabilidad del propio agente.

Art. 36 C.C. "Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios".

Art. 43 C.C. "No se pueden ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas".

Por otro lado con respecto a la aplicación del art. 1113 del Código Civil⁶, para imputar al Estado responsabilidad indirecta por los hechos de sus empleados, sostiene que ni histórica ni dogmáticamente es fundada la asimilación del Estado al patrón o dominus que contempla el Código. La comparación con las fuentes francesas de las que provienen los artículos 1109 y 1113 demuestra que el codificador sólo concebía al hombre "que por su culpa o negligencia causa un daño". No consideraba a las personas

⁵ Se hace referencia al art. 43 anterior a la reforma 17.711, luego de la misma, el citado artículo expresa "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o en ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos"

⁶ Art. 1113 C.C. "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por

jurídicas y menos a las de derecho público. El agregado que hizo el legislador francés al art. 1384 del Código Civil Francés (análogo al art. 1113 argentino) en vista al caso Leblanc⁷, confirma que el Código Civil no podía ser aplicado lisa y llanamente para responsabilizar al Estado. Además, la aplicación del artículo 1113 del Código Civil sería insuficiente, ya que quedarían muchas situaciones sin fundamento legal para ser reparadas. Ya que para la aplicación de esa disposición es necesario que se trate de una falta o hecho culpable cometido por el empleado o funcionario. Por esto no es aplicable cuando el hecho generador del daño no puede imputarse a personas determinadas, cuando él es debido a una deficiencia del servicio, por ejemplo, a un vicio de organización o de funcionamiento, o a la falta de contralor, en éstos casos no podría concretarse la culpa in eligendo o la culpa in vigilando, que es la que sirve de fundamento a la responsabilidad del dominus, en el sentido del artículo 1113.

Por su parte Marienhoff⁸ señala que hay dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas y principios del derecho civil, una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho, la otra considerar determinadas normas del derecho civil como generales, no limitada al derecho civil y válidas directamente para el derecho administrativo. Así pueden aplicarse las normas sobre responsabilidad contenidas en el Código Civil al derecho administrativo, pero éste no los mantiene con sus caracteres originales, sino que los adapta, integrándolos a sus principios y normas.

TEORIAS PROPIAS DEL DERECHO PUBLICO

La actual evolución de la teoría de la responsabilidad del Estado fue abandonando su fundamentación civilista en búsqueda de principios propios del derecho público. Así se han intentado diversas teorías para construir un sistema de responsabilidad estatal.

Pueden mencionarse:

- a) Teoría de la expropiación, así el fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en la garantía del derecho de propiedad (art 17 de la C.N) , de manera que el Estado solo puede avanzar sobre ese derecho de los particulares mediante un

quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable".

⁷ El director de un colegio (M. Leblanc) se enloqueció al conocer la sentencia de un tribunal que lo declaró responsable del hecho de un alumno que había dado muerte a otro compañero del colegio. El legislador francés -bajo la impresión pública que esa condena causó- sancionó una ley especial por la que se agregó al art. 1384 C.C. el siguiente texto "No obstante, la responsabilidad del Estado sustituye a la de los miembros de la instrucción Pública".

⁸ Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Bs As, Abeledo-Perrot, 1965. Pag. 170-171.

procedimiento expropiatorio, además cualquier otro ataque a la propiedad deberá ser indemnizado.

b) Teoría del sacrificio especial, en la cual se tienen que dar tres condiciones para que el Estado responda:

- 1- que la administración pública cause un daño a un particular,
- 2- que éste daño castigue al particular de un modo injusto o desigual, es decir, que sufra más que otro por ese acto de la Administración,
- 3- que éste daño ocasione perjuicio material o empobrecimiento en particular.

La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la generalización del sacrificio especial correspondiente a la restitución del valor que ha pasado en pugna con la equidad.

c) Teoría de la igualdad ante las cargas públicas: se encuentra en el artículo 13 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que expresa "Para el mantenimiento de la fuerza y para los gastos de la administración es indispensable una contribución común, que debe ser repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus medios". De allí se extrae el principio de que los ciudadanos no deben sufrir más, los unos que los otros, las cargas impuestas en el interés de todos.

d) Teoría del enriquecimiento sin causa, aquí el derecho a indemnización está sujeto a dos condiciones:

- 1- será necesario que el daño sufrido por el administrado corresponda a un enriquecimiento del patrimonio administrativo,
- 2- será necesario que ese enriquecimiento sin causa resulte del ejercicio, por la administración, de un derecho exorbitante de derecho común, por ejemplo el derecho a expropiación, el derecho de trabajos públicos, el derecho de legislación, etc.

e) Teoría de los derechos adquiridos, se basa en el derecho natural de la inviolabilidad de los derechos adquiridos según el cual toda vez que se produzca un perjuicio a un individuo en violación de sus derechos, aun que tal violación provenga de la supresión legislativa de tal derecho, nace contra el Estado un derecho a indemnización, si es que la misma ley no ha fijado el resarcimiento. Puede decirse que todos los habitantes de la Nación Argentina tenemos derechos adquiridos, que son los que consagra la Constitución Nacional en su primera parte, así hemos adquirido los derechos a la libertad personal, a la propiedad, a ejercer industria lícita, etc. Y ningún poder, salvo la misma Constitución Nacional puede disminuir o anular esos derechos adquiridos. En este sentido el artículo 28 afirma "los

principios, garantías y derechos reconocidos en los artículos anteriores no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Por lo tanto, si un acto del Estado, sea administrativo, legislativo o judicial, ha producido una lesión de unos de esos derechos, debe restaurarse la plenitud del mismo mediante una indemnización que equivalga al perjuicio sufrido.

- f) Teoría del seguro contra el riesgo social, Duguit⁹ fue quien tomó como punto de partida un criterio objetivo del riesgo, ajeno a toda idea de culpa o ilegalidad, así creo un sistema jurídico consistente en un seguro contra el riesgo social, proveniente del funcionamiento de los servicios públicos, de esta manera, se debe reparar con fondos de las Cajas Colectivas, el perjuicio particular sufrido por un individuo en pro del interés colectivo, en los casos que el servicio público a funcionado mal, cuando ha habido una violación a la ley reguladora, alguna falta, etc.

FUNDAMENTO DEL DEBER DE REPARAR EL DAÑO

La obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta el daño, desigualdad que requiere una

⁹ Duguit, *Souveraineté et liberté*, París, 1922, pag. 86. Citado por María Graciela Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, editorial Universitaria de Bs As, 1969.

justa retribución que, si bien se gradúa de un modo distinto según provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación a la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio.

La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad, aún cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivados del mismo, o bien, constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa.

Desde luego que uno de los requisitos que deben darse para que juegue la responsabilidad del Estado ha de ser el de la especialidad del daño, pero el mismo no significa otra cosa que una condición del desequilibrio y comprende también los perjuicios causados a varios individuos, donde si bien puede haber una cierta generalidad, el daño es soportado de un modo desigual respecto de otros miembros de la comunidad.

Se trata de un derecho reconocido por la Constitución Nacional, que estatuye que la igualdad es la base de las cargas públicas. (art. 16 C.N.).

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Nuestra Constitución Nacional brinda el fundamento jurídico para declarar la responsabilidad del Estado, toda vez que la actividad de cualquiera de sus órganos (P.L.,

P.E., P.J.) cause un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra en sus arts. 14 a 20. Esa responsabilidad existe, sea que los agentes estatales actúen con o sin culpa y aunque nazca de un acto legítimo (ej. una ley), por cuanto su antijuridicidad surgiría de su incidencia en la Constitución Nacional. Incluso, si el acto legislativo constituye ejercicio legítimo de una facultad constitucional (ley que establezca un monopolio), dicho acto será legítimo y válido, pero toda vez que lesione derechos adquiridos y no meras expectativas, deberá indemnizarlos. De la misma manera que, cuando el Estado expropia, ejerce una facultad constitucional, pero debe indemnizar al propietario a quien se lo expropia.

Así, serían de aplicación:

- a) la teoría del sacrificio especial y de la igualdad ante las cargas públicas: el art. 4 y el 16 in fine de la C.N. determinan que las contribuciones exigidas a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales. Si se produce un sacrificio especial, por el acto de cualquier órgano, sea que el acto fuere legítimo o no, debe restablecerse la igualdad de todos los habitantes mediante una indemnización, que estando a cargo del estado, generalice el sacrificio especial que se ha exigido al damnificado.
- b) La garantía del derecho de propiedad: puesto que el art. 17 de la C.N. estatuye que nadie puede ser privado de su propiedad sin ser indemnizado. Y toda vez que el Estado lesione ese derecho debe indemnizar. Pero el derecho de propiedad ha sido interpretado por nuestra Corte Suprema en sentido muy amplio "comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de si mismo, fuera de su vida y su libertad", y su titular tiene acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea contra el Estado mismo. En consecuencia, éste principio puede aplicarse a casi todos los supuestos de lesión de derechos individuales.
- c) La teoría de los derechos adquiridos: los derechos individuales reconocidos en la C.N. (arts. 14 a 20) constituyen derechos adquiridos por los particulares, en sus relaciones frente al Estado. Por eso no puede desconocérselos sin indemnización.

CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La reparación que debe satisfacer el Estado cuando fuera declarado responsable por la realización de un acto o hecho dañoso al patrimonio de los particulares o el

incumplimiento de un contrato puede obedecer de una relación de derecho civil o de derecho administrativo.

Cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil (por ejemplo bienes del dominio privado del Estado, acto de comercio de los bancos oficiales, etc.) la responsabilidad se rige según las reglas del derecho privado, según el Código Civil. Se trata de una responsabilidad directa, basada principalmente en la noción de culpa, siendo aplicable, entre otros, los artículos 43, 512 y 1109 del Código Civil, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual.

En cambio, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la función administrativa o en ocasión de la misma, la reparación se regirá por los principios del derecho público, aún cuando sea de aplicación el artículo 1112 del Código Civil.

La división de la responsabilidad en dos grandes especies, contractual y extracontractual, no está en la fuente de la responsabilidad, sino que en el hecho de aplicarse a un vínculo contractual o extracontractual.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL:

En el desarrollo jurisprudencial, el primer tipo reconocido de responsabilidad del Estado fue la derivada del incumplimiento de una convención que impone obligaciones al Estado, y puede denominarse responsabilidad contractual, dado que aún cuando actuara como persona de derecho público no existe dificultad alguna para aplicarle las mismas reglas que a un individuo que suscribe un contrato. La redacción del art. 42 del C.C. "Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles y puede hacerse ejecución de sus bienes", implica la obligación de la persona jurídica de indemnizar al sujeto frente al cual se obligó y al cual no hizo efectiva la prestación prometida.

Ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se produjeron debates dignos de mención. Así Rafael Bielsa afirma "la responsabilidad contractual de la Nación no se ha discutido nunca. Respecto de ella la Nación ha sido siempre demandable".¹⁰

Ella abarcó tanto a los contratos civiles como a los administrativos, aunque si bien éstos pueden ser rescindidos de manera unilateral por el Estado por motivos de oportunidad y conveniencia y sin que sea necesario, en virtud de las facultades exorbitantes que son propias del derecho administrativo, la existencia de normas expresas que autoricen ese proceder, la evolución de la jurisprudencia a hecho que en la practica las consecuencias

¹⁰ La responsabilidad del Estado y la responsabilidad de los funcionarios, en L.L. 24-98.

de la rescisión administrativa no difieran sustancialmente de las que generaría la ruptura de un contrato civil.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL:

Dentro de éste tipo de responsabilidad deben distinguirse los supuestos en que la actuación del Estado sea legítima de aquellos otros casos en que se trate de actuaciones ilegítimas.

El concepto de ilegitimidad no lleva como presupuesto la noción de culpa, sino la de incumplimiento irregular de la función administrativa, así se asimila a la falta de servicio del derecho francés. Este funcionamiento defectuoso puede configurarse por acción u omisión del Estado, esta última en tanto sea antijurídica, es decir, que aunque no exista norma expresa, debe existir un deber jurídico que consagre la obligación de obrar del Estado en determinado sentido. En tales casos la reparación debe ser integral, ya sea que se trate de la actuación de la Administración Pública como de los daños ocasionados por la actividad legislativa (por ej. ley inconstitucional) o judicial (por ej. condena dictada por error). La razón de esto radica en que no es justo obligar a los administrados a que soporten todas las consecuencias perjudiciales de la actividad ilegítima del Estado.

Cuando se trata de daños causados por una actuación estatal que se reputa legítima, ya sea de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, si bien existe el deber de los administrados de soportar sacrificios patrimoniales por razones de interés público o bien común, es justo que la reparación deba limitarse al valor objetivo del derecho sacrificado y a todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actuación estatal, con exclusión del lucro cesante, de las circunstancias personales y de las ganancias hipotéticas.¹¹

Esta solución se justifica ya que no parece justo que la restitución de los demás conceptos deba ser soportada por la comunidad, produciendo un beneficio para el particular por causa de utilidad pública, la indemnización acordada para restaurar el equilibrio patrimonial debe limitarse al daño emergente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró expresamente ésta tesis en el caso "Cantón, Mario Elvio c/ Gobierno Nacional", allí se sostuvo que el resarcimiento debía comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial alterado por el accionar legítimo de la administración. Se trató de una demanda donde se perseguía la reparación de los perjuicios provocados por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional nro. 2118/71 que

¹¹ Es el criterio establecido en el art. 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499.

prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y proteger la industria nacional que afectó contratos concluidos y en vías de ejecución. Aunque es de destacar que la Corte en el caso Sanchez Granel da una reparación integral por la actividad legítima.

Por el contrario, la indemnización tiene que ser integral en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, ya que es el modo de compensar un sacrificio impuesto por una actuación que el administrado no está obligado a soportar y cuyo daño no se origina en una razón de utilidad pública, sino en el ejercicio irregular de la función administrativa.

A su vez, corresponde distinguir en la actuación ilegítima del Estado dos ámbitos de responsabilidad estatal, según que el daño provocado al patrimonio del particular provenga de la función administrativa o de la función legislativa o normativa. Por su parte la responsabilidad por el ejercicio de la función jurisdiccional asume un carácter peculiar y de excepción que justifica un tratamiento separado.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACUAL DEL ESTADO POR HECHOS O ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGÍTIMOS:

La responsabilidad extracontractual surge de una conducta de los órganos del Estado. Puede originarse de un acto o hecho de un 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 o judiciales. La responsabilidad legislativa se concreta por un daño causado por una ley del Congreso, cualquier daño causado por el mismo o sus órganos por medio de conductas que no importen específicamente una ley en sentido formal, encuadra en el campo de la responsabilidad administrativa, y no legislativa. En igual sentido la responsabilidad judicial se opera en la medida que emerge de actos judiciales. Los daños que un órgano judicial provoque en cumplimiento de funciones de tipo administrativo, darán lugar a la responsabilidad administrativa, y no judicial.

En cuanto a la evolución de éste tipo de responsabilidad se puede decir que siempre se reconoció la responsabilidad del Estado en los actos de gestión o de su patrimonio privado, es decir, cuando se consideraba que el Estado actuaba como persona jurídica, en cambio, la irresponsabilidad del Estado era sostenida respecto de los actos que se denominan puros actos de autoridad o de imperio, por aplicación de la doctrina alemana de la doble personalidad o de la versión francesa de la personalidad única de doble faz, pública y privada a la vez.

Hasta el año 1933 se aceptaba la responsabilidad del estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales, también se lo consideraba responsable por sus actos de gestión, sea que se tratase de actos de gestión de su patrimonio privado como de los referentes a la intendencia de los servicios públicos (por ej. responsabilidad por los actos de los agentes que en ejercicio de su misión clausuran un establecimiento industrial por error o negligencia). En cambio no se reconocía la responsabilidad aquiliana del Estado por delitos o cuasidelitos.

Así se fundamentaba la irresponsabilidad del Estado en tres cuestiones:

- 1) Fundamento civilista: art. 43 antes de la reforma 17.711 "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, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas". Así se impedía que las personas jurídicas estuvieran obligadas a responder por los actos ilícitos de sus representantes.
- 2) Fundamento de derecho público: se parte de la doble personalidad del Estado, cuando actuaba como persona de derecho privado respondía, pero sólo

contractualmente, en cambio, cuando actuaba como persona de derecho público era irresponsable, en ejercicio de su soberanía actuaba *iure imperio*.

- 3) Fundamento de derecho procesal: para entablar una demanda contra la Nación se necesitaba previamente la venia legislativa, mediante una ley especial. Cuando se dicta la ley 3950 en 1900, la misma no establecía en que casos se debía presentar el reclamo, según la doctrina y jurisprudencia de esa época se requería cuando el Estado actuaba como persona de derecho público. Aunque eran tantas las excepciones que la regla general terminaba siendo una excepción. Esto es hasta la sanción de la ley 11.634, modificatoria de la ley 3950, en la que se puede demandar a la Nación en todos los casos sin necesidad de la venia legislativa, tanto cuando actuara como persona de derecho público o privado.

A partir del año 1933 se puede hablar de un segundo período en el cual la Corte Suprema de Justicia cambió el criterio a partir del caso "Tomás Devoto c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios"¹², admitiendo la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, en los supuestos de culpa a él imputable, sorteando la valla del art. 43 C.C. (anterior a la reforma 17.711) para el reconocimiento de la responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas, ya que la teoría de la ficción sólo aceptaba que las personas físicas podían cometer delitos o cuasidelitos, en la inteligencia que no cabría suponer que un ser abstracto podría incurrir en dolo o culpa. Reconociendo así su responsabilidad indirecta sobre la base de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil.

Este fallo fue duramente criticado por Bielsa, ya que contenía el error de fundar la responsabilidad en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, normas que dice, son enteramente inaplicables al derecho administrativo, ya que pudo haber aplicado el art. 1112 del mismo Código que regla la llamada responsabilidad del Estado por las llamadas "faltas de servicios". Además expresa que si bien el art. 1113 puede justificarse en orden a la responsabilidad de las personas jurídicas privadas, carece de sentido tratándose del Estado, al cual no se lo puede equiparar al dominus o patrón, dado que los agentes públicos son órganos de la persona pública estatal, aunque claro está que en esa época, la teoría del órgano todavía no había encontrado recepción en la jurisprudencia de la Corte.

¹² En la provincia de Entre Ríos ocurrió un gran incendio ocasionado por las chispas de un brasero que utilizaban unos empleados del Telégrafo Nacional que tenían el encargo de unir los hilos de la línea telegráfica que pasaba por el campo, en incendio ocasionó daños de considerable magnitud que llevaron a la sociedad perjudicada a entablar una demanda de daños y perjuicios contra el Gobierno Nacional.

En el caso "Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires" del año 1938, la Corte Suprema de Justicia reconoció la responsabilidad de dicha provincia por los perjuicios causados por la prestación defectuosa o irregular del servicio de expedición de los certificados registrales, indispensables para realizar la escrituración de los inmuebles. Si bien este precedente se apoya nuevamente en el art. 1113 del C.C., también se aplicaron principios de derecho administrativo según los cuales existe responsabilidad del poder público por "falta cometida en el servicio". Subsidiariamente se aplicaron normas del Código Civil, como son sus arts. 625 y 630, normas de razón y equidad que deben regir el caso, ya que la provincia monopoliza la función de emitir certificados y cobra por ello una retribución, debe responder por los perjuicios que cause su incumplimiento o irregular ejecución.

La regla de la responsabilidad indirecta se siguió aplicando, sin interrupciones hasta el año 1985 respecto de aquellos actos y hechos considerados ilícitos. A partir de este año, la Corte Suprema de Justicia abandonó su anterior postura en el sentido de fundamentar la responsabilidad extracontractual del Estado en los arts. 1109 y 1113 del C.C., es decir, prescinde de que los daños deriven de un comportamiento ilícito, culposo o doloso, al admitir esa responsabilidad en los supuestos de daños derivados tanto de una actividad ilícita como lícita. Así se empezó a aplicar el art. 1112 del C.C. que regula la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, sin conectarla con la responsabilidad indirecta del art. 1113 de dicho Código, en tal sentido la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos (agentes con competencia para realizar los hechos o actos pertinentes que dan origen a los daños) es siempre una responsabilidad directa, fundada en la idea objetiva de falta de servicio, aún cuando no excluye la posibilidad de que se configure la falta personal del agente público.

De esta manera la Corte en el caso "Vadell c/ Provincia de Buenos Aires"¹³, empieza a aplicar el art. 1112 del C.C., responsabilidad objetiva, y la teoría del órgano, lo que el órgano persona hace, responde el órgano institución, independientemente de que el hecho sea lícito o ilícito. Como el Estado monopoliza la actividad, tiene responsabilidad directa. Así se podría decir que la obvia y principal consecuencia que se desprende de la doctrina de "Vadell" consiste en que, al desplazarse la culpa como factor de atribución, no resulta necesario acreditar la culpa del agente y ni siquiera individualizar al autor del daño. Basta con acreditar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor objetivo que permita atribuir la responsabilidad.

¹³ Publicado en el diario L.L. de fecha 25/02/85.

Esta línea fue perfeccionada en precedentes posteriores a través de la recepción jurisprudencial de los restantes presupuestos que condicionan la responsabilidad exigiéndose la imputación material del hecho u omisión a un órgano estatal, un daño cierto en el patrimonio del administrado y la relación de causalidad entre el hecho u omisión y el perjuicio.

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGÍTIMOS

Para que se torne viable la responsabilidad extracontractual del Estado por actos o hechos administrativos ilegítimos, es necesaria la concurrencia de ciertos presupuestos que condicionen esa responsabilidad. Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación coinciden en señalar que son cuatro, a saber: 1) la imputabilidad material del hecho o acto administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u en ocasión de sus funciones; 2) falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestas por la Constitución, la ley o el reglamento, o por el funcionamiento defectuoso del servicio, sea el incumplimiento derivado de acción u omisión; 3) la existencia de un daño cierto en los derechos del administrado; 4) la conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular.

- 1) el primer presupuesto lo constituye la imputabilidad material del acto o hecho a un órgano del Estado, ésta se trata de una imputación objetiva que prescinde del requisito de la voluntariedad, al contrario de la solución prescripta en el Código Civil, donde los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por si obligación alguna (art. 900 C.C.). De éste modo la administración será responsable por los hechos ejecutados por un funcionario público demente cuando su actuación genere una falta de servicio, o cuando no pudiera individualizarse al responsable, siempre que pueda atribuirse materialmente el acto a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones, es decir, el Estado responderá siempre que exista una falta de servicio determinada por no cumplir de una manera regular los deberes que le son impuestos. El autor material del hecho dañoso debe estar integrado a la estructura de la administración, ya sea en su condición de autoridad, empleado en régimen administrativo o laboral, contrato o que realice una gestión de facto. En pos de esto,

es preciso efectuar algunas consideraciones en atención a los distintos supuestos que pueden presentarse:

a- Daños provocados por agentes estatales: cuando el obrar lesivo proviene de una persona física determinada que se desempeña como un servidor público, para imputar la responsabilidad al Estado, es preciso demostrar que aquel ha obrado en el ejercicio de las funciones propias del ente público en el cual presta servicios y que ha actuado dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones.

b- Daños derivados de los contratistas y concesionarios: a mi modo de ver, por regla, no puede comprometer la responsabilidad de la Administración la actividad dañosa de los concesionarios de servicios y de obras públicas. En principio, por los perjuicios que se deriven del ejercicio de la concesión responde en forma directa el concesionario y no la Administración concedente. las razones que la sustentan son las siguientes:

- 1) Inexistencia del requisito de la responsabilidad estatal que exige que sean imputables jurídicamente los daños a órganos que integran la estructura de la Administración.
- 2) La privatización de los servicios implicó no sólo el traslado de la gestión de la actividad sino también la de los costos que deben sufragarse por los daños derivados de la prestación, y, entre ellos, la responsabilidad patrimonial derivada de su gestión.
- 3) El resarcimiento de los perjuicios está comprendido en el riesgo propio de la concesión.

En suma, salvo que el daño se provoque por causas atribuibles a la Administración o por una orden de aquella, por regla no es posible sostener la responsabilidad ni directa ni subsidiaria del Estado.

c- Daños producidos por profesionales que ejercitan funciones públicas: Tampoco son imputables a la Administración los daños producidos por los profesionales libres o privados que ejercitan una función de naturaleza pública, como es el caso de los escribanos.

- 2) El concepto de falta de servicio que prescinde de la noción de culpa, aparece estructurado positivamente en el art. 1112 del Código Civil, pero su fundamento es el principio unitario que rige la responsabilidad estatal que exige "afianzar la justicia" a través de la restitución que procede para restablecer la igualdad alterada por el daño ocasionado al particular por un acto o hecho administrativo. Sería el

factor de atribución que se toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado. Mediante ésta figura se explica la razón por la cual un determinado sujeto deberá responder por los efectos del daño producido.

- 3) La existencia de un daño o perjuicio al patrimonio del administrado. Sin daño no se genera el deber de reparar, éste constituye un elemento capital para la existencia de la responsabilidad. En sentido jurídico, el daño consiste en la lesión antijurídica a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales, el daño es antijurídico no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino porque el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva). El daño necesita 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 aún impuestos por normas legales excedan la medida normal de los inconvenientes de vecindad y los causados por las obras públicas; c- el derecho afectado puede ser tanto un derecho subjetivo como un interés legítimo, debe tratarse de un perjuicio apreciable en dinero, que comprende tanto al daño patrimonial como al daño moral.
- 4) La relación de causalidad que debe existir entre el hecho o el acto administrativo y el daño causado al particular, trata de determinar si las consecuencias dañosas de éste hecho o acto derivan necesariamente de éstos u obedecen a otra causa. En consecuencia, puede haber relación causal entre un hecho y el daño ocasionado aún cuando no se hubiera podido individualizar al autor del perjuicio, ya que la imputabilidad subjetiva no es presupuesto de la causalidad, que se basa en una relación objetiva, sin atender al reproche moral o culpa de la gente. Corresponde exonerar a la Administración de su responsabilidad cuando el daño se produce por culpa de la víctima, por caso fortuito o fuerza mayor, o por el hecho de un tercero.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTUACION LEGITIMA

El Estado en ejercicio de su actividad extracontractual lícita, esto es, sin culpa, falta, actuación irregular, ni dolo, y en procura de un beneficio para la comunidad, origina un

daño particularizado, generándose así su responsabilidad objetiva para su compensación, indemnización o restitución.

En el orden nacional, la responsabilidad del Estado no se encuentra especial ni acabadamente legislada, asimismo, existen algunas previsiones legales particularizadas, tales como el art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos que prevé la indemnización por la revocación de actos y contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o bien los supuestos encuadrados en la Ley de Expropiación N° 21.499.

Pero más allá de éste aspecto legal la jurisprudencia y la doctrina han ido precisando el fundamento y los factores de atribución por el cuál el Estado responde por los daños causados por los actos lícitos en ejecución de sus funciones esenciales, ya sea que se trate de la legislativa, administrativa, o judicial.

PRESUPUESTOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS ACTOS LEGITIMOS

Estos son: 1- la imputabilidad material del acto a un órgano del Estado;

2- la existencia de un daño cierto en los derechos del particular afectado;

3- la conexión causal entre el acto y el daño hecho al administrado;

4- la necesaria verificación de la existencia de un perjuicio especial en el afectado;

5- la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño.

Los tres primeros presupuestos ya fueron explicados y analizados al tratar la responsabilidad estatal por actos ilegítimos, los dos últimos fueron agregados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Además de los mencionados, el presupuesto que no se puede dejar de tener en cuenta, es el que se refiere a la legitimidad del acto administrativo, reglamento o ley, lo cual supone que no adolece de algún vicio o defecto, por cuanto a sido emitido de conformidad con todos los requisitos formales y sustanciales impuestos por el ordenamiento jurídico.

En cuanto a los dos presupuestos agregados por la Corte Nacional se puede decir:

* La necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado: según la teoría del sacrificio especial¹⁴, en la relación entre el estado y los súbditos, la actividad de aquel podía producir perjuicios que éstos debían soportar, pues ello hacía a la existencia del Estado, pero si el perjuicio afectaba a un individuo de manera desigual

¹⁴ La creación de ésta teoría se la atribuye al jurista alemán Otto Mayer.

y desproporcionada, produciéndole un daño material, se configuraba un sacrificio especial que debía indemnizar por razones de equidad.

El sustento jurídico que en nuestro sistema normativo se ha encontrado para la aplicación de la teoría del sacrificio especial es el art. 16 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley, siendo la igualdad la base de las cargas públicas¹⁵. Asimismo se agrega a ello la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, arts. 14 y 17 de la Ley Fundamental.

En cuanto a los aspectos cuantitativos del sacrificio especial en nuestra doctrina se admite claramente la posibilidad de que la especialidad del daño se mantenga como tal aún cuando comprenda a varios individuos y adquiera cierta generalidad. Puede tratarse, inclusive de categorías equivalentes de personas, tales como industriales de un determinado sector, estudiantes, personas sometidas a un proceso penal, etc¹⁶. El problema se agudiza en la medida que aumenta el número de afectados por un sacrificio especial, pues la figura pierde su contorno inicial y entran a jugar los argumentos sobre ruina fiscal y paralización de la actividad estatal, Bianchi¹⁷ expresa que "habrá una situación jurídicamente protegida en la medida en que la comunidad de afectados sea suficientemente reducida como para que el resto pueda soportar el costo económico de la indemnización". De lo contrario, se produciría la situación del "reloj de arena" a la que aluden Petracchi y Boggiano en las causas "Cirlafin" y "Revestek"¹⁸, en la cual, si la carga fuese soportada por gran parte de la comunidad, la pretensión de la reparación por toda la comunidad aliviaría solo momentáneamente a unos pero sin restablecer el equilibrio, como sucede cuando se invierte la posición del reloj de arena. Esto demuestra que la teoría del sacrificio especial no está pensada ni funcionaría para perjuicios cuantitativamente extendidos sobre los particulares.

Marienhoff, en cuanto al aspecto cuantitativo del sacrificio especial ha sostenido que "el daño material no sólo puede provenir del agravio de un derecho subjetivo, sino también del menoscabo inferido a un mero interés general"¹⁹. Además puede agregarse la confianza legítima que protege a los administrados que han acomodado su actuación a como legítimamente se podría suponer que iba a actuar la Administración, frente a las modificaciones, con efecto inmediato y sin advertencia previa, de las reglamentaciones existentes. Aunque no existe derecho adquirido al mantenimiento de una normativa

¹⁵ CSJN "Prada", disidencia del Dr. Barra, Fallos:316:1.517, Consid. 16

¹⁶ Marienhoff, Miguel S. "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa." La Ley 1983-B pag. 913 sgts.

¹⁷ Bianchi, op. Cit. P. 16

¹⁸ CSJN,15-8-95. "Revestek S.A. c/Banco Central de la República Argentina y otro". Jurisprudencia Argentina 1996-II, p.212.

(como se sostuvo en *Revestek* en el caso de una pauta cambiaria), no debe olvidarse que sí lo existe en las relaciones jurídicas nacidas de aquellas.

En cuanto al sustento constitucional de la teoría del sacrificio especial, en primer lugar se encuentra el principio del respeto al derecho a la vida y, en general a la integridad física y psíquica del hombre; los derechos adquiridos o el respeto a la propiedad (art. 17 C.N.); la igualdad ante las cargas públicas por el afianzamiento de la justicia, como los derechos esenciales reconocidos en el art 14 de la Constitución Nacional; la garantía a la libertad y a someter a juicio al Estado (art.100 C.N.). Por su parte Cassagne expresa que la obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad (art. 16 C.N.), aún cuando se requiera la ocurrencia del daño.²⁰

* Con referencia al presupuesto de ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño, puede decirse, que éste puede provenir tanto de una norma expresa como de principios jurídicos diversos, entre ellos y predominantemente, el deber de solidaridad social. Este es el principio ético-jurídico que encuentra raíz constitucional en el Art.16 de la Constitución Nacional -al establecer la exclusión de cualquier tipo de privilegio o excepción injustificada, como así también el requerimiento ineludible de participar en el soporte de las cargas públicas- y que llega al máximo de exigencia en la disposición de su Art.21 por el cual, al ciudadano se le puede pedir hasta la vida en defensa de la Patria y de esta Constitución.

SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LEGITIMA.

a) Por hechos y actos administrativos legítimos, provocados por:

- 1- la ocupación temporánea de un bien perteneciente a particulares,
- 2- la expropiación de bienes privados por causa de utilidad pública o bien común,
- 3- la requisición de bienes en tiempo de guerra,
- 4- la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, cuando ella fuera procedente y siempre que se observen las garantías constitucionales,
- 5- la realización de obras públicas que impliquen una disminución en el valor de los inmuebles linderos de particulares, ya sea que provengan o no de una obra autorizada por ley.

¹⁹ Marienhoff, "responsabilidad...", cit. p. 718.

²⁰ Cassagne, Juan Carlos "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", *El Derecho* 99:937.

En todos éstos supuestos la responsabilidad del Estado es objetiva, con total prescindencia de la noción de culpa, pero también sin vinculación con la idea de falta de servicio, pues la responsabilidad deriva de un acto legítimo del Estado. El fundamento de ella es el principio de la justicia legal o general, que demanda la igualdad ante las cargas públicas, con base en nuestro ordenamiento constitucional (art.16 C.N.), no siendo necesario que exista una ley que reconozca el derecho a la indemnización.

b) Por leyes o reglamentos, cabe señalar:

- 1- leyes que consagran el monopolio estatal de actividades, lesionando el derecho de los particulares que tenían a su cargo dichas actividades y que debieron cesar en la fabricación o comercialización de los respectivos bienes,
- 2- leyes que consagran la prohibición de fabricar o comercializar determinados productos en beneficio de otros intereses particulares o de un interés general,
- 3- reglamentos que instituyen la prohibición de importar determinadas mercaderías con el objetivo de desnivelar la balanza de pagos y de proteger a la industria nacional.

Se trata en todos los casos, de un daño que sobrepasa los sacrificios normales que puede imponer una ley o un reglamento o la fijación de precios mínimos.

MEDIDA DE LA RESTITUCIÓN:

Se aplican en ésta materia las reglas atinentes a la indemnización debida por los daños provocados por los actos ilegítimos, con exclusión del lucro cesante. La razón de ésta exclusión radica en la circunstancia de que la situación del administrado no es igual en ambos casos. En efecto, mientras en la responsabilidad por acto legítimo el particular soporta un daño en virtud de los deberes o cargas impuestos por la justicia legal o general, en la responsabilidad por acto ilegítimo, él no debe contribución o servicio alguno al Estado, ya que nadie está obligado a soportar la actividad dañosa ilegítima y menos aún sin indemnización. Por esa causa, el Estado le debe al particular perjudicado por un acto ilegítimo una reparación integral, mientras que en la responsabilidad por acto legítimo la restitución no comprende el lucro cesante, aunque no por ello deja de regirse por la justicia conmutativa.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no siguió una línea uniforme, pues si bien en algunos fallos consideró que la indemnización no comprenda

al lucro cesante²¹, en otros consagró el principio de la responsabilidad integral²², lo que no permitía extraer conclusiones definitivas. Con respecto a esto Alterini sostiene que el punto de equilibrio actual de la cuestión en el criterio de la Corte sería éste: la responsabilidad estatal por actos lícitos abarca únicamente a las consecuencias inmediatas, dentro de las categorías de daños resarcibles, el lucro cesante queda excluido cuando se trata de actos estatales imperativos de carácter general; pero esta exclusión, en tanto el daño sea consecuencia inmediata, no rige en el caso de relaciones especiales de índole convencional del Estado con el particular²³. Sin embargo, con posterioridad al caso "Incalán" el Alto Tribunal ha mantenido el criterio de la responsabilidad integral, comprensiva del daño emergente y el lucro cesante, en varios precedentes.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA ACTIVIDAD LEGÍTIMA:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación había sentado el criterio de que la prescripción de las acciones que podía ejercer el perjudicado por un acto ilegítimo no es la que se aplica a la responsabilidad proveniente de los hechos ilícitos prescripta en el art. 4037²⁴ del Código Civil, luego esta jurisprudencia ha variado aplicando el plazo de dos años del art. 4037 del citado Código, lo cual traduce una tendencia contraria al reconocimiento de indemnización debida a los particulares que muchas veces aguardan, sin interrumpir ni suspender la prescripción, la realización de gestiones que realizan en sede administrativa. Esta tendencia es errónea ya que no se ha advertido que la responsabilidad extracontractual del Código Civil se basa, primordialmente, en la ilicitud subjetiva, mientras que el derecho administrativo ha esrtructurado una responsabilidad totalmente objetiva, que, en este caso, procede respecto de los actos legítimos del Estado. Además el propio texto del art. 4037 del C.C. indica expresamente que la prescripción allí regulada es la referente al ejercicio de acciones tendientes a consagrar la responsabilidad civil.

²¹ En el caso "Motor once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" del 29/05/89, L.L. del 25/07/89.

²² En el fallo "Jucalán" (fallos, t. 312, pag. 2266) y en el caso "Sanchez Granel" de fecha 20/09/84, publicado en E.D., t. 111, pag. 551 y sgts.

²³ Alterini, Atilio A, Lesión al crédito y responsabilidad del Estado, pag. 84, Buenos Aires, 1990.

²⁴ Art. 4037 del Código Civil: "Prescríbese dos años, la acción de responsabilidad civil extracontractual"

Por ésta causa la norma que debe aplicarse por analogía es la contenida en el art. 4023 del C.C.²⁵, en cuanto posee una mayor generalidad, permitiendo así la realización de la justicia.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR OMISIÓN

²⁵ Art. 4023 del Código Civil: "Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, tratándose de actos nulos o anulables, sino estuviere previsto un plazo menor".

Se observa, que en nuestro derecho público no hay normas positivas que rijan de manera directa este tema, es por esto, que para su tratamiento hay que recurrir a la analogía y a los principios generales del derecho, contenidos en el derecho privado.

Nuestra Constitución Nacional utiliza la palabra omisión en los arts. 43 respecto de la acción de amparo y 86 con referencia al Defensor del Pueblo, pero ninguno de éstos textos tiene vinculación con el tema.

Por su parte, el Código Civil, hace referencia a la "omisión" en los arts. 1073, 1074, 1107 y 1112²⁶, todos vinculados al problema de la responsabilidad por omisión.

Hay que destacar que fueron dos tesis las que se encontraron al momento de resolver el problema, una amplia, sostenida a principios del siglo XIX, principalmente por el jurista francés Toullier²⁷, y otra más limitada sostenida por Aubry et Rau²⁸, la postura amplia sostenía que si el que pudiendo actuar para evitar el daño no actuó, se lo considera responsable como autor del daño. Por el contrario, la postura más restringida postula que el que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, sólo será responsable cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido. Esta resultó ser la posición aceptada por los juristas franceses y por Vélez Sarfield en el art. 1074 y nota.

De esta manera, como se dijo anteriormente, ante la falta de texto expreso en el derecho público aplicable al caso, y en mérito al art. 16 del Código Civil²⁹, precepto que por otra parte pertenece a la parte general del derecho, se aplica analógicamente el art. 1074 de dicho Código. De manera que en nuestro país la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión, producidos en el ámbito del derecho público, se rige, en principio, por la disposición genérica del art. 1074 del

²⁶ Art. 1073 C.C. "El delito puede ser un hecho negativo o de omisión, o un hecho positivo"

Art. 1074 C.C. "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

Art. 1107 C.C. "Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título (TÍTULO 9 De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos), si no degeneran en delitos del derecho criminal".

Art. 1112 C.C. "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título".

²⁷ C.B.M. Toullier, *Le Droit Civil Français, suivant l'ordre du Code*, tome onze, cinquième édition, Jules Renouard et Cie. Libraires, Paris, 1842, nro. 117, pags. 148-149. Citado por Miguel S. Marienhoff en "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito de su derecho público", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pag. 15.

²⁸ Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français d'après Lowrage Allemand de C.S. Zachariae*, Troisième édition, Paris 1856. Citado por Marienhoff en "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad omisiva en el ámbito del derecho público" Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pag. 16.

C.C., cuya amplitud conceptual comprende la generalidad de los supuestos omisivos que pueden presentarse, en cambio, en los supuestos específicos, como los referentes a hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, rige lo dispuesto en el art. 1112 del C.C., ya que ésta disposición legal contempla estos supuestos particulares o específicos, y pretender resolver los casos generales de "omisión" mediante las reglas atinentes a la falta de servicio, implicaría resolver lo general aplicando las reglas propias de lo particular, lo cual contraría todo sentido y orden lógico³⁰. Por su parte Cassagne³¹ sostiene que es de aplicación la noción de falta de servicio en todos los casos, es decir el art. 1112 del C.C., se apoya en que como se trata de una responsabilidad objetiva cuyo fundamento radica en el principio de igualdad, éste se hace extensivo a todo el ámbito de la responsabilidad estatal.

Otra cuestión que hay que tener en cuenta, es que cuando el art. 1074 dice "cuando una ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido", según la doctrina en general, por "ley" no sólo debe entenderse la misma en sentido formal, sino que existen normas morales, principios éticos, cuyo acatamiento resulta espontáneamente sobreentendido. De manera que el juez puede resolver equitativamente lo que corresponda, según considere que la abstención es o no dañosa, o que la omisión es antijurídica, es decir, contraria a derecho; de ésta manera no sería sancionable la abstención del automovilista que, solicitado a detenerse con el objeto de ayudar a reparar un automóvil, prosigue su camino, en tanto, que la abstención del mismo automovilista, negándose a detenerse para transportar a una persona gravemente herida constituye una falta civil y también penal³². Con relación a éste tema, Cassagne³³ acepta la posibilidad de que la obligación legal incumplida pueda estar expresa o implícitamente establecida. Por su parte Gordillo³⁴, al referirse a la "ley" que menciona el art. 1074 del C.C. le atribuye caracteres de generalidad como acto formal, pues habla de una ley "lato sensu", lo que concuerda con la posibilidad de que tal deber jurídico incumplido sólo surja de los hechos o actos mencionados precedentemente.

²⁹ Art. 16 C.C. "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de las leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

³⁰ Opinión de Marienhoff en "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público" Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pag. 75.

³¹ Cassagne, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado por omisión" L.L. t.1989-C, págs. 512-514.

³² Ejemplos extraídos de Henri et Leon Mazeaud, Tomo 1, págs. 514-516. Citado por Marienhoff en la obra ya citada en cita 27.

³³ Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", tomo 1, quinta edición, Buenos Aires, 1996, pág. 301.

LA OMISIÓN Y EL EJERCICIO DEL PODER DE POLICÍA:

El poder de policía comprende, en general, la regulación de los derechos de los habitantes del país y cuya posibilidad concreta de ejercerlos está a cargo del Estado, quien los garantiza y asegura. Y si así no fuere, y el estado en el ejercicio de ese deber incurriere en un comportamiento omisivo, va ha ser responsable por las consecuencias dañosas de dicha situación.

En éste orden, uno de los casos más debatidos fue "Mirtha E. Ruiz y otro c/Provincia de Buenos Aires"³⁵ el cual se motivó en que en carreteras públicas penetraron animales -caballos- que al embestirse con automotores produjeron daños. La parte demandante veía en ello una omisión del Estado en el debido ejercicio del poder de policía. La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la demanda que se promovió contra el estado por daños y perjuicios, sosteniendo que el poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en que no tuvo parte y en que la provincia demandada no era dueño del animal. La sentencia fue objeto de críticas por la mayoría de la doctrina, la impugnación a ese fallo se basa en que la acción de daños y perjuicios debió prosperar porque el Estado demandado, al no haber impedido que el caballo accediera a la carretera, omitió cumplir con su deber de garantizar la seguridad en las rutas o carreteras públicas, lo cual implicaría un indebido ejercicio del poder de policía. En contraposición Marienhoff entiende que la referida acción judicial fue bien desestimada, aunque fueran objetables los fundamentos que para ello utilizó el tribunal, ya que el ejercicio del poder de policía no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud, ya que depende del lugar, objeto de la actividad, o de las personas, es decir, de las circunstancias específicas del caso. El poder de policía no es uniforme, o igual en todos los casos, sino que puede variar según el caso del cual se trate. El poder de policía sobre las vías públicas, se refiere a la vigilancia de las mismas para afianzar la seguridad de los viajeros, no siempre se lo ejercita con la misma intensidad, así, tratándose de una carretera que une o atraviesa poblaciones separadas entre sí por extensas zonas rurales, el poder de policía es más intenso en la parte que las mismas atraviesan zonas urbanas, y menos intenso en la parte en que tales carreteras atraviesen zonas rurales. Pretender

³⁴ Gordillo, Agustín A. "Tratado de Derecho Administrativo", Parte General, tomo 2, Buenos Aires, 1975, pág. XXI-11.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", Tomo 312, pag.2138, y L.L., tomo 1190-C, pag. 429 y sgts. in re "Mirtha E. Riz y otro c/Provincia de Buenos Aires", sentencia del 7 de noviembre de 1989.

que el Estado responda en estos casos sería inadmisibile, y el inmenso escenario rural de nuestro país justifica lo expuesto.³⁶

Otros fallos que se pueden consultar son "Torre Fancisco c/Provincia de Mendoza, s/ daños y perjuicios", publicado en L.L.1983, pags, 514 y sgts. En el cual se demandó a la provincia imputándole omisión en la construcción de obras que impidieran o disminuyeran los efectos dañinos de eludes provenientes de la Cordillera de los Andes, se rechazó la demanda considerando que esa construcción no implicaba una violación a un deber jurídico a cargo de la provincia. Otro es "Lanatti, Marta N. y otros c/ Dirección Nacional de Vialidad" (fallos, tomo 314, pág. 661) en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentencia del 2 de julio de 1991 admitió que hubo omisión de la demandada al no advertir al público la existencia de un peligroso zanjón, se dejó sin efecto la sentencia y se ordenó que se dicte un nuevo fallo.

Otro es "De Gandía, Beatriz Isabel c/ Provincia de Buenos Aires s/indemnización por daño moral", en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentencia del 4 de mayo de 1995 hizo lugar a la acción, por considerar que el Estado incurrió en una omisión que perjudicó y agravió a la actora al no comunicar en tiempo oportuno que la orden de secuestro del automóvil de la actora había sido dejada sin efecto.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA:

Marienhoff entiende que si se advierte que la omisión sancionable, generadora de responsabilidad, es la que resulta del incumplimiento de un determinado deber jurídico, del incumplimiento de una disposición legal, la responsabilidad que surge del hecho o del acto de omisión o de abstención es objetiva, puesto que toma esencialmente en cuenta el incumplimiento del expresado deber, con presidencia de la idea de culpa.³⁷

Por su parte Cassagne, también considera que éste tipo de responsabilidad es objetiva, cuyo fundamento se encuentra en el principio de igualdad, es por esto que también aplica los requisitos generales que determinan la responsabilidad del Estado por acción, a los de omisión, sobre la base de la noción de falta de servicio.³⁸

Para Muños la responsabilidad por omisión es subjetiva, aunque considera que la diferencia con Marienhoff y Cassagne es puramente semántica, ya que, en efecto, en el fondo no hay mayor diferencia en afirmar que el Estado responde por falta objetiva de servicios y en la falta anónima alejada de la necesidad de identificar al autor. En ambos

³⁶ Marienhoff, Miguel S. "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público" Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 58-60.

³⁷ Marienhoff, obra citada en cita 36, pags. 65-67.

³⁸ Cassagne, Juan Carlos "La responsabilidad del Estado por omisión", L.L. T. 1989-C, pags. 512-514.

casos, se exige la existencia de un funcionamiento irregular del servicio como presupuesto de responsabilidad.³⁹

RESPONSABILIDAD POR COMPORTAMIENTO OMISIVO LÍCITO O ILÍCITO?

La responsabilidad que derive del comportamiento omisivo es sancionable porque el incumplimiento de un hecho ordenado por el derecho implica una violación de la ley, un apartamiento ilícito de sus disposiciones. Es por esto que la responsabilidad que deriva de lo dispuesto en el art. 1074 del C.C. corresponda a la actividad ilícita. En cambio, si la omisión no se relaciona con hecho alguno cuyo cumplimiento esté impuesto por la ley, la referida omisión, por no agraviar el derecho ajeno, no es sancionable, siendo por lo tanto lícita, entonces sus eventuales consecuencias no le serían imputables al autor de la omisión.

EL PROBLEMA DEL NEXO CAUSAL:

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sólo puede existir responsabilidad estatal en los casos en que se acredite una relación causal directa, inmediata y exclusiva entre el hecho y el daño.

Si esto fuera siempre así, la responsabilidad por omisión nunca sería acogida favorablemente. Precisamente por ello, la jurisprudencia suele admitir que en la responsabilidad por omisión en hecho de un tercero no quiebra necesariamente en nexo causal, como así tampoco, en algunos casos, el hecho de la víctima.

También se admitió que en determinados supuestos, que la intervención de terceros o de la víctima interfiere en la relación causal sin romperla, en tales casos, no se exonera a la Administración, pero se atenúa su responsabilidad reduciendo el monto de la indemnización.

En éste orden, la jurisprudencia dijo, que en principio, el Estado no es responsable por el homicidio de una persona perpetrado en la vía pública, o en el domicilio de la víctima. Sin embargo, la Corte Suprema consideró que la provincia de Buenos Aires era responsable de los daños causados por la muerte de internos en una cárcel, como consecuencia de un incendio. Admitió la responsabilidad a pesar de la participación de aquellos en la producción del incendio, pues se trataría de una eventualidad previsible que pudo evitarse si el servicio hubiera funcionado regularmente.

³⁹ Muños, Guillermo "Responsabilidad del Estado y del funcionario público" Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, en junio del 2000. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires. Pags. 89-93.

En otro caso en el cual se produjo un accidente mientras se empleaba una torre trampolín ubicada en la playa para ser utilizada por el público, condenó a la provincia de Chubut y a la comuna de Puerto Madrin a reparar los daños, pues se consideró que la diferencia de profundidad entre pleamar y bajamar ya había producido diversos accidentes y convertía a la torre en una cosa riesgosa. Y a pesar de que la víctima había participado culposamente en la producción del siniestro, ello configuraba una imprudencia cuya incidencia causal en el accidente debía ser fijada en un treinta por ciento.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS LEGISLATIVOS

REFERENCIA HISTÓRICA:

Una de las premisas del constitucionalismo clásico consistió en un nítido rechazo a que la rama judicial pudiera dejar sin efecto normas emanadas de los poderes políticos. El derecho francés revolucionario insistió en este principio, que cristalizó en el art. 203 de la Constitución del año III que estableció en forma expresa: "Los jueces no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo (...) Ellos no pueden suspender la ejecución de ninguna ley...". Este axioma tuvo más tarde un papel fundamental en el desarrollo de la doctrina de los Estados Unidos.

Cuando a partir de "Marbury versus Madison" (5 US 137-1808) y sobre todo de "Dred Scott versus Stanford" (60 US 393-1856) se estructuró el control judicial de constitucionalidad, un sector muy importante de los círculos del poder se negaba a admitir, como lo había hecho la doctrina francesa desde mediados del siglo XVIII, esta injerencia sobre la actividad legislativa. Para preservar el sistema se aclaró que no se trataba de editar el poder de veto que con tanto abuso habían ejercido los jueces en los tiempos coloniales, sino simplemente de circunscribir los efectos a la no aplicación de la norma declarada inconstitucional al caso concreto. Esto fue establecido en forma inequívoca por nuestra Corte Suprema en una de sus primeras sentencias: "Los tribunales nacionales no tienen jurisdicción para juzgar sobre la inconstitucionalidad de una ley, sino cuando se trata de su aplicación a los casos contenciosos que ocurran..."⁴⁰

LA RESPONSABILIDAD POR EL ACTO LEGISLATIVO:

Si el acto legislativo se ajusta a la Constitución, aunque su aplicación ocasione daños a los particulares, no implica responsabilidad para el Estado. Tal es el principio general, aunque admite excepciones, en caso de perjuicio especial.

Con relación a la norma legal determinante del daño o lesión jurídica al administrado, se pueden dar tres situaciones, según expresa Linares Quintana⁴¹:

- 1) cuando la misma ley reconoce derecho a la indemnización, en este caso es evidente que los jueces no tienen sino que aplicarla. A modo de ejemplo puede citarse la ley 24.043 que tuvo la finalidad de otorgar una compensación económica a aquellas personas que hubieran sido puestas a disposición del PEN durante la vigencia del estado de sitio, o que hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares.

⁴⁰ "Silverio Bejarano". Fallos: 12:372, 1872.

⁴¹ Linares Quintana, S.V.: "La responsabilidad del Estado-legislador", La Ley, 1944, t.36, p. 1.088.

- 2) Que la ley guarde silencio en cuanto a la indemnización, en cuanto a este supuesto algunos autores afirmaban la irresponsabilidad del Estado por el ejercicio de ésta función, y esgrimían los siguientes argumentos:
- a- la ley es un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que pueda reclamarse ninguna compensación;
 - b- la ley es una norma general, que no ataca situaciones jurídicas de personas determinadas, se aplica generalmente y beneficia o perjudica a todos por igual. Nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de un orden jurídico dado;
 - c- la ley nueva no viola ningún derecho preexistente porque tales derechos han dejado de existir o de ser como eran, desde el mismo momento que la ley nueva los ha extinguido o modificado;
 - d- reconocer el derecho a indemnización supondría paralizar la evolución legislativa. El progreso social no puede detenerse a causa de los intereses individuales;
 - e- ningún juez tiene facultades para sustituirse al legislador y acordar indemnizaciones que la ley no autorizó, los jueces deben fallar conforme a las leyes.

Nuestro ordenamiento jurídico se opone a estas opiniones, ya que las disposiciones constitucionales y procesales señalan a los jueces la obligación de aplicar la Constitución Nacional.

Frente a las teorías de la irresponsabilidad, se han ido construyendo aquellas que fundan jurídicamente la obligación, por parte del Estado, de indemnizar los daños que causa con sus actos legislativos, así los autores sostienen:

- a- igualdad ante las cargas públicas, ya que no resulta admisible que las consecuencias dañosas de la actividad legislativa del Estado, que se dirigen al bienestar de la colectividad, sean soportados exclusivamente por unos pocos, sino que por el contrario, deben ser repartidos entre toda la colectividad, beneficiada con la sanción de la ley;
- b- enriquecimiento sin causa del Estado, cuando prohíbe una actividad a los particulares para monopolizarla en su favor,
- c- principio de la expropiación, ya que cuando el legislador resuelve asumir en forma de servicio público la fabricación y explotación de un producto hasta entonces de libre producción, creando un monopolio de derecho, actúa determinado por los intereses generales, entonces toda vez que el acto legislativo causa una lesión al patrimonio privado con un fin de utilidad pública, procede la

indemnización consiguiente (arts. 28 y 40 C.N.), poco importa que se haya previsto en la ley esa situación expropiatoria o que se haya guardado silencio, d- teoría de la protección de los derechos individuales, reconocidos por la Constitución Nacional.

Entonces habrá que considerar jurídicamente si en el caso concreto se ha producido lesión a alguno de los principios y derechos constitucionales que fundamentan la responsabilidad del Estado, en cuyo mérito resulte o no procedente el otorgamiento de una indemnización⁴².

- 3) El tercer supuesto es que la ley niegue el derecho a indemnización, el damnificado, en tal caso, debe gestionar el otorgamiento de la reparación, cuestionando también la inconstitucionalidad de la norma, entre otras razones porque una disposición legal semejante afecta la competencia propia del Poder Judicial, decidiendo por vía legislativa un conflicto de derecho entre partes.

El principio general antes mencionado, que establece que si el acto legislativo es regular (constitucional), aunque su aplicación ocasione daños a los particulares, no trae aparejada responsabilidad para el Estado. Para llegar a esta regla general se partió de las facultades impositivas del Estado y, en ése terreno, es lógico aceptar que los particulares son privados de su propiedad a través del cobro de impuestos, sin que puedan considerar que esta privación constituye un daño indemnizable. Así en el caso "Establecimientos Americanos Graty S.A. c/Gobierno Nacional" el 18 de marzo de 1938, la Corte Suprema de Justicia dijo: "el ejercicio de un poder legal, como es el crear impuestos, o modificar los existentes, puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares sin que tal circunstancia sea obstáculo contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en consideración de una garantía que no puede interpretarse con semejante extensión"⁴³

Con posterioridad, el principio se extendió a la aplicación de los poderes de guerra, siempre que su ejercicio se realice dentro del ámbito institucional, sin desviarse de los fines para los que ésas atribuciones fueran otorgadas, en tales supuestos, los daños que se produzcan a los particulares no deben resarcirse.

Y, finalmente, se aplicó a las normas que regulan la organización y prestación de los servicios públicos, aunque de ellas deriven daños a terceros.

⁴² Un precedente en tal sentido lo resolvió el Consejo de Estado de Francia en el caso de la "Sociedad La Fleurette", 1938, fabricante de un producto llamado "La Gradine" (crema compuesta de leche, aceite de maní y huevo), cuya venta, fabricación, exportación, importación y transporte fueron prohibidos por ley de junio de 1934 de protección de productos lácteos. A raíz de la paralización forzosa de su actividad, aquella sociedad solicitó la pertinente indemnización, a la que el Consejo de Estado hizo lugar a pesar del silencio del legislador, basándose en el principio de igualdad ante las cargas públicas.

EXCEPCIONES:

- 1) Cuando hay un perjuicio especial: la Corte, en el mismo fallo de "Graty" en el que sentó el principio general de irresponsabilidad, señaló que, "no reúne el perjuicio que se dice experimentado la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de responsabilidad", con lo cual parece aceptar, para el caso de la responsabilidad legislativa, la doctrina del perjuicio especial. A los fines de cumplir su objetivo de bien común el Estado exige aportes a los particulares a través de impuestos, tasas y contribuciones, pero desde el momento en que ésa limitación o contribución afecte a un individuo de manera desigual y desproporcionada, debe actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material debe indemnizarse. La ley que perjudica excepcionalmente a unos pocos, en beneficio de la colectividad por las ventajas generales que procura, obliga al Estado a indemnizar a aquellos, a fin de restablecer el equilibrio de las cargas públicas.
- 2) Enriquecimiento sin causa: en el caso de la Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano, se sostuvo que si bien la ley no generaba responsabilidad del Estado por el hecho de causar un daño, existía de todos modos responsabilidad del mismo si a consecuencia de ello se producía un enriquecimiento sin causa de la Administración.⁴⁴ Dos condiciones serán exigidas para que el daño de lugar a reparación: a- será necesario que el daño sufrido por el administrado corresponda a un enriquecimiento administrativo, y b- será necesario que el enriquecimiento del patrimonio administrativo sea sin causa.
- 3) Sustitución del derecho por una indemnización: la ley puede reglamentar validamente un derecho, sustituyéndolo por una indemnización, lo que quiere decir, que la lesión del derecho realizada por la ley quedará purgada, no con la declaración de inconstitucionalidad de ella, sino con la reparación pecuniaria del agravio. Partiendo del principio de que los derechos no son absolutos sino relativos, la Corte Suprema ha sentado el criterio de que "la tutela de un derecho por la justicia no requiere necesariamente la preservación en especie de las situaciones existentes"⁴⁵ y que puede admitirse la constitucionalidad de la ley si se deja a salvo la "reparación indirecta del agravio jurídico"⁴⁶.

⁴³ Fallos, t.180, p.107; J.A., t.61, p.578.

⁴⁴ Fallos,245:146.

⁴⁵ CSJN, 3/5/65, Enrique". LL, 119-140.

⁴⁶ CSJN, 22/7/64, "Borro", LL, 117-261.

4) Responsabilidad por ley inconstitucional: de esa necesaria confrontación con la Ley Fundamental, el juez puede inferir la inconstitucionalidad de la norma legal sancionada y, por lo tanto, al declararlo así, dejará de aplicarla. Pero si la norma, ahora declarada inválida, al ser impuesta con anterioridad causó daños no sólo al accionante, sino a otros que no llegaron a los estrados judiciales, no hay duda que determinará la responsabilidad del Estado obligado a resarcir los daños causados por el acto irregular. La Corte Suprema ha declarado inconstitucionales dos decretos de necesidad y urgencia (uno nacional y otro provincial) que pretendían impedir el tránsito de mercaderías de una provincia a otra, y como produjeron daños a la propiedad, porque la no aplicación posterior de los decretos no permitía la restitución posible de las cosas al estado anterior, se ordenó al Estado a indemnizar tales daños. Así en el caso "Cahiza"⁴⁷ fundándose en los arts. 4,9,11,12 y 67 inc.1 que prohíben la creación de aduanas interiores o institutos o regímenes administrativos que funcionen como tales. Y el art. 17 de la C.N., porque el decreto inconstitucional había provocado una parcial privación de la propiedad privada sobre los bienes, que habían quedado inmovilizados y sin poderse comercializar. Y en el caso "Acuña"⁴⁸ la inconstitucionalidad del decreto provincial se consideró atentatorio de los principios de la libre circulación territorial, del derecho de propiedad y de las libertades de comercio e industria, condenándose a la provincia de Santiago del Estero al pago de las indemnizaciones correspondientes.

A modo de conclusión, se podría decir, que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han aceptado la posibilidad de hacer responsable al estado por los daños causados a los particulares por los actos normativos, ya sean leyes o reglamentos, declarados ilegítimos. Esta responsabilidad puede provenir de una transgresión constitucional, de una violación de la ley que es su causa eficiente (por ej. en los reglamentos de ejecución) o de un vicio de la ilegitimidad que transgrede el ordenamiento administrativo general, como puede ser en un reglamento autónomo un vicio en la finalidad. En todos éstos casos el Estado debe responder cuando exista una sentencia judicial firme que declare la ilegitimidad de la respectiva ley o reglamento, rigiendo los requisitos establecidos como presupuestos de la responsabilidad estatal por acto o hecho administrativo en cuanto al daño resarcible y a la conexión causal, sin

⁴⁷ "Cahiza Emilio y otros c. Gobierno Nacional s/inconstitucionalidad de decreto e indemnización de daños y perjuicios" CSJN, fallos, 177:237, año 1937.

⁴⁸ "SRL Acuña Hnos y Cía. V. Pcia. De Santiago del Estero s/ expropiación de ganado vacuno". Fallos, 252:39, año 1962.

perjuicio que el juez acuda a los requisitos que atañen a la imputabilidad material e ilegitimidad objetiva, sin tener que analizar la culpa del órgano u órganos que dictaron el acto normativo.

NORMAS DICTADAS DURANTE LA EMERGENCIA INSTITUCIONAL:

Es menester distinguir, la responsabilidad por daños causados por las normas dictadas durante el estado de sitio, de las denominadas emergencias económicas, y como influyen éstas en las libertades civiles y personales y en los derechos patrimoniales.

Por su parte la única emergencia que reconocía la Constitución histórica era la emergencia institucional (art. 23), la reforma de 1994 introdujo el párrafo tercero del inciso 3º del artículo 99 que se refiere a "circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir los trámites previstos por ésta Constitución para la sanción de las leyes", y en éstas circunstancias excepcionales habilita expresamente al Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia.

RESPONSABILIDAD POR LAS MEDIDAS TOMADAS POR EL EJECUTIVO DURANTE EL ESTADO DE SITIO:

El estado de sitio a lo largo de la historia ha sido declarado por el Poder Ejecutivo en la mayor parte de los casos (64%), desde 1958 hasta la fecha todas las declaraciones fueron decididas de esta forma, y durante ese lapso el Ejecutivo ha informado invariablemente al Legislativo, y éste jamás ha revocado la medida. Aun en los casos en que ha sido declarado por el Congreso, el Ejecutivo ha dictado diversas medidas restrictivas de los derechos fundamentales.

Entonces, la pregunta que nos debemos hacer es ¿una vez que se ha declarado el estado de sitio es posible responsabilizar al Estado por los daños ocasionados a los habitantes como consecuencia de las medidas adoptadas por éste?.

A éstos fines hay que determinar que derechos quedan comprendidos dentro de la esfera del art. 23 de la Constitución Nacional en cuanto establece: "Se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde existe la perturbación del orden, quedando allí suspensas las garantías constitucionales". Y a la luz de las decisiones de la Corte, es posible indicar que los siguientes derechos han sido materia de restricciones durante la excepción:

- 1) Libertad ambulatoria (arresto o traslado de las personas): la admisión de las restricciones a la libertad ambulatoria es incuestionable si tenemos en cuenta la finalidad de la institución, y a los fines de establecer la eventual responsabilidad del

estado hay que decir que la prolongación de un arresto en el tiempo, más allá de lo que una medida de seguridad razonablemente lo autoriza, lo convierte en una pena, por lo tanto, ésta prolongación sería contraria a lo dispuesto por el propio art. 23 y el 95 de la C.N. Además, tanto en el caso de ilegitimidad de la declaración, de irrazonabilidad del arresto como la ilegalidad del rechazo de la opción de salir del país, el damnificado por el acto del Poder Ejecutivo tiene derecho a ser indemnizado⁴⁹, en estos casos la responsabilidad surge de la violación directa de la Constitución. En consecuencia, por aplicación de los principios generales, la indemnización debe ser integral incluyendo el lucro cesante y el daño moral. Ya que si el estado de sitio es una institución que tiene por objeto la defensa de la Constitución Nacional, sería contradictorio negar la responsabilidad del Estado cuando, alegando necesidad y urgencia, ha violado disposiciones constitucionales.⁵⁰

En cuanto a los funcionarios, además de la responsabilidad política, que corresponde al presidente y sus ministros, los actos lesivos pueden generar responsabilidad penal, ya sea la establecida en el art. 227 del Código Penal, Título X Capítulo I "Atentados al orden constitucional", como así también, pueden configurarse los delitos descriptos en el Título XI, Capítulo IV bajo el acápite de "Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos", y los del Título V Capítulo I "Delitos contra la libertad individual".

2) Secuestro de publicaciones y clausura de imprentas: ha sido frecuente que el Poder Ejecutivo, durante el estado de sitio, en ejercicio de los poderes de emergencia, decidiera el secuestro de publicaciones y el cierre de imprentas. Esto último, además de causar graves perjuicios económicos, resulta atentatorio no sólo de los principios que rigen la libertad de imprenta sino también de los derechos de propiedad, de trabajar y de ejercer industria lícita. La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1931 hasta 1976 aceptó, sin acotar límites, que el Poder Ejecutivo tenía atribuciones para tomar éstas medidas, recién en el caso "Crónica" modificó su criterio y sostuvo que tales decisiones podían ser revisadas en sede judicial y que debían limitarse razonablemente en el tiempo. En la actualidad la clausura de una imprenta, aún durante la emergencia, constituye un acto ilegítimo y por lo tanto genera derecho a una reparación integral.

⁴⁹ En éste sentido, el Poder Ejecutivo Nacional dictó en el año 1991 el decreto 70 en uso de atribuciones de necesidad y urgencia, mediante éste se reconoció derecho a indemnización a todas las personas que hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional antes del 10/12/83, que hubieran iniciado juicios por indemnización contra el Estado antes del 10/12/85.

⁵⁰ La ley 23.098 dispone: "El procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar en el caso concreto: 1) la legitimidad del estado de sitio, 2) la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio, 3) la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, 4) el efectivo ejercicio del derecho de opción..."

El otro problema es el que se refiere al secuestro de las publicaciones, parece claro, que en aquellos casos en que la medida es declarada ilegítima o inconstitucional, nace una obligación de indemnizar por parte del Estado, el interrogante surge en los casos que la medida es convalidada por los tribunales, dado que éstos han estimado que la publicación podía agravar la conmoción en virtud de la cual se declaró el estado de sitio. La respuesta a este interrogante es que en nuestro sistema, cuando el Estado, aún atendiendo una necesidad incontrovertible, toma una propiedad, está obligado a resarcir al propietario. En el art. 18 de la C.N. se establece que la confiscación de bienes queda abolida para siempre del Código Penal argentino. La locución para siempre, indica en forma inequívoca que bajo circunstancia alguna, normal o de emergencia puede procederse a la confiscación de bienes. En consecuencia, si el Estado en virtud del derecho de necesidad por razones de seguridad estuviera compelido a tomar alguna propiedad deberá indemnizar a su propietario.

3) Durante el estado de sitio también pueden suspenderse otros derechos fundamentales, como el derecho de reunión, el derecho de huelga, el de asociación, la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados. Cuando estas limitaciones, que en general son impuestas por normas que emite el Poder Ejecutivo, son revocadas o declaradas ilegítimas por ser irrazonables, es decir, de acuerdo con la doctrina de la Corte, por no tener vinculación directa e inmediata con las causas que determinaron la declaración del estado de sitio, generan responsabilidad del Estado y del funcionario que ha violado los derechos, aunque el perjuicio no sea susceptible de apreciación pecuniaria.⁵¹

RESPONSABILIDAD POR LAS RESTRICCIONES MEDIANTE DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA:

Primeramente, hay que distinguir tres tipos de decretos que emite el Poder Ejecutivo:

a- De Ejecución, llamados también reglamentarios (art. 86, inc.2, C.N.), a fin de hacer posibles la ejecución de las leyes.

b- Autónomos, son los que sanciona el Ejecutivo en el ámbito de sus poderes reservados, es decir, de los que le han sido conferidos en forma directa por la Constitución Nacional y dicta para el cumplimiento de sus funciones legislativas.

Dentro de éste grupo podrían incluirse los reglamentos delegados, que implican que el

⁵¹ Agustín A. Gordillo afirma que "eso es exactamente lo que dice el art. 1112 en cuanto hace responsable al funcionario por el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que le están impuestas, entre las que figura, desde luego, el respeto de todos los derechos individuales contemplados en la Constitución,

Congreso ha encomendado expresamente al Ejecutivo la facultad de emitir determinadas normas dentro de las pautas que él mismo a fijado, con el objeto de complementar las disposiciones de la ley.

c- De Necesidad y Urgencia, que implican que el Ejecutivo, en virtud de "circunstancias excepcionales" que hacen imposible seguir los tramites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, asume competencias que la Constitución asigna al Legislativo. (art. 99 inc.3 C.N.).

La existencia de la emergencia o circunstancias excepcionales sólo puede ser determinada por los poderes políticos (ejecutivo o legislativo), es por esto, que el tema se encuadra entre los asuntos no justiciables, salvo una manifiesta irrazonabilidad, el Poder Judicial no está habilitado para negar su existencia.

El art. 99 de la C.N. establece que la medida debe ser sometida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente que la Constitución prevé. La norma debe incluir dentro de su articulado el envío a ésta Comisión del Congreso, de no ser así sería un simple decreto irregular pronunciado en exceso de las competencias presidenciales. Cumplido este requisito, los decretos de necesidad mantienen su vigencia mientras no sean expresamente derogados por el Congreso, es decir, mientras éste, a quien le compete la atribución constitucional de legislar no le quite legitimidad, debe interpretarse que está convalidando su vigencia.

Los derechos civiles como los patrimoniales sólo pueden ser restringidos mediante ley formal del Congreso (arts. 14 y 19 última parte), ahora cuando las circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, éstas restricciones pueden, como excepción, ser dispuestas por el Ejecutivo.

Para la validez de la declaración, la doctrina ha aceptado los requisitos establecidos por la jurisprudencia norteamericana⁵², que fueron reproducidos por el Procurador General de la Nación en su dictamen en los autos "Avico c/ De la Pesa"⁵³, los cuales fueron:

- a) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad,
- b) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a individuos;

independientemente de que tengan o no contenido económico" (Teoría General del Derecho Administrativo, en Institutos de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, pag. 825).

⁵² Ver "Home Building & Loan versus Blaisdell" 290 US 398-1934.

⁵³ Fallos: 172:29, 1934.

c) que las restricciones sean razonables, acordando un alivio justificado por las circunstancias, y

d) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria su declaración.

Estos requisitos han sido reiterados por la Corte Suprema hasta nuestros días.

Dentro de éste marco, para atribuir responsabilidad del Estado por normas derivadas de la emergencia, el límite que se indica es que sólo en aquellos casos en que las restricciones impliquen un detrimento efectivo, real y actual al patrimonio, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 17 y 18 de la Constitución, corresponde que se indemnice el daño causado. Así los efectos derivados de las devaluaciones o medidas similares no engendran, en general, responsabilidad estatal, como así también la propiedad privada no es susceptible de ser tomada sin declaración de utilidad pública y previamente indemnizada.

RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

INTRODUCCIÓN:

De acuerdo con el reparto constitucional de competencias, el gobierno de la Nación está en manos de tres órganos, cada uno con funciones propias, soberanos en sus respectivas zonas de reserva. El Poder Legislativo se encarga de la formación y sanción de normas generales y abstractas, el Poder Ejecutivo de ejecutarlas y el Poder Judicial decide con fuerza de verdad legal efectivas controversias entre partes adversas, a la par que garantiza la supremacía de la Constitución Nacional, mediante el control de constitucionalidad de los actos de la Administración y las leyes, como también de los actos privados.

Si bien puede decirse que, según la ley suprema, en la organización jurídico-política, esos órganos se encuentran en un mismo pie de igualdad, se puede afirmar, que en los hechos el Poder Judicial ejerce una relativa supremacía sobre los restantes poderes, dada la finalidad y misión antes señalada.

La admisión de la responsabilidad del Estado-juez ha comenzado a mostrar los primeros signos de afianzamiento cuando la responsabilidad general del Estado ya se encontraba significativamente reconocida. Esta subespecie que, junto a la concerniente actividad legislativa, son de tardía aparición, está rodeada de una serie de modulaciones específicas que han impedido su total equiparación con el sistema aplicable a la Administración Pública.

Las particularidades señaladas han llevado a la doctrina a afirmar que se trata de una responsabilidad excepcional⁵⁴, raquíca, menguada, e inmune al derecho. A lo cual podría agregarse el calificativo de inexistente, si nos referimos a sistemas como el norteamericano, en el que impera en concepto de inmunidad absoluta⁵⁵.

Naturalmente que los jueces no son autómatas sin alma, como los quería Montesquieu, ni están aislados de la humanidad ni al margen de la mentalidad, de las actitudes y de los comportamientos de la generación a la que pertenecen, y en su noble ministerio pueden cometer errores, propios de la falibilidad humana, que, en ciertas condiciones, determinarán la responsabilidad exclusiva del Estado o bien personal de aquéllos y al mismo tiempo subsidiaria o solidaria de aquél.

Por otra parte aparece contrario al entendimiento común el razonamiento según el cual, si los jueces son los custodios de la Constitución Nacional y celosos guardianes de las libertades y derechos individuales frente a los posibles excesos del Poder público, se

⁵⁴ Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pag. 203 y sgts. "...lo excepcional no es la responsabilidad sino la lesión -anormal y grave- producida por la extraordinariedad de soportar una carga pública".

⁵⁵ En el sistema norteamericano los jueces son inmunes a cualquier demanda por daños derivados del ejercicio de la función judicial, como tampoco ha tenido desarrollo la demandabilidad al Estado por la actuación de los magistrados o funcionarios judiciales

crea que sus decisiones jamás pueden causar daño injusto a los administrados. Igualmente resulta incomprensible sostener que una eventual responsabilidad civil de aquellos podría condicionar sus pronunciamientos, tal como lo ha entendido recientemente la Corte Suprema de Justicia⁵⁶.

Hoy en día, la admisión de dicha responsabilidad, aún cuando sea restrictiva y esté sujeta a ciertos requisitos, es la saludable tendencia que exhiben diversos fallos en materia de reparación estatal.

EL DOGMA DE LA INMUNIDAD JUDICIAL:

La responsabilidad de los jueces y del Estado en cuyo nombre dicen el derecho fue paulatinamente incorporada por la jurisprudencia. Las razones de la resistencia inicial apenas perduran y son de índole funcional y jurídica. En el primer sentido se teme que la amenaza de un reclamo indemnizatorio afecte la independencia intelectual de los magistrados y conduzca al dictado de sentencias cuidadosas de no avanzar sobre el patrimonio del litigante. En el segundo ámbito, se invoca la contradicción que implica atribuir responsabilidad al Estado por la manera en que ha decidido un entuerto un órgano jurisdiccional que posee la atribución de decidir con fuerza de cosa juzgada. Se señala en éste último sentido, que la sentencia errada podrá ser corregida mediante los recursos del proceso, pero agotadas todas las revisiones posibles, cuando la resolución judicial queda firme, ha generado su propio derecho, y no puede ser tachada de irregular ni originar derecho a compensaciones. El fallo que ya no admite recursos en su contra ha gestado su propio valor y no puede ser fuente de reparación de ningún perjuicio pues aún cuando éste exista, proviene de éste derecho judicial, y por definición, es jurídico y debe ser soportado por la parte involucrada. Explicables razones de seguridad jurídica exigen que en algún momento el pleito tenga finiquito.

Acertada o errada, la sentencia que procesalmente ya no admite apelaciones terminó el debate y no es posible convertirla en causa de nuevas disputas.⁵⁷

⁵⁶ CSJN, 14/06/01 "G.T.,C. C/L.B.,R. Y otro", LL, 2002-A-375. En el cual se analiza la responsabilidad civil de los jueces derivada del ejercicio de sus facultades de Superintendencia. El dictamen fiscal, al que adhirió la mayoría del Tribunal, es categórico al señalar que "...en principio...no puede cuestionarse la legitimidad del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba para actuar en el caso, en el marco del ejercicio de sus facultades de superintendencia, respecto del cual, como principio sustantivo, no cabría responsabilizar civilmente a sus miembros por una decisión que luego es considerada equivocada y declarada nula por otro tribunal, pues de lo contrario estaríamos admitiendo que las decisiones de los jueces en éste aspecto, pudieran encontrarse condicionadas o presionadas a priori, frente a la posibilidad cierta de que la eventual anulación de las mismas en la apelación respectiva, trajera aparejada una acción por daños y perjuicios en su contra".

⁵⁷ En esa dirección, hace más de 50 años, la Corte Nacional ha dicho que no es posible emplear la vía de un juicio de daños y perjuicios para discutir el grado de acierto o error de los procedimientos judiciales o

En éste andarivel de razonamiento ni aún la sentencia que viola una ley puede ser fuente de responsabilidad. Aparece, de ésta manera, un obstáculo en apariencia insalvable para el funcionamiento de un sistema de responsabilidad pensado para decisiones estatales que no poseen la calidad de inmutables que adorna a la sentencia firme.

Esta tesis no alcanza para justificar la irresponsabilidad estatal en asuntos en los cuales el perjuicio no se ocasiona con el dictado de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, como acontece en materia de decisiones de primera instancia apeladas, pero con el recurso concedido con efecto devolutivo, que son ejecutadas para, finalmente, resultar revocadas por el superior cuando el daño es irreversible. En estos supuestos no puede oponerse a la víctima el efecto de cosa juzgada alguna. Podrá discutirse si existe o no deber de indemnizar, pero si se opta por este último criterio, el argumento no podrá ser el de la intangibilidad de la decisión dañosa.

También constituyen supuestos ajenos a la cuestión de la irrevisibilidad de la sentencia firme los atinentes a daños ocasionados por el dictado de medidas cautelares, ya que en esa materia la intangibilidad de lo decidido no resulta invocable ya que ninguna cautelar tiene actitud para prolongarse en forma definitiva. Al igual que los supuestos de resoluciones interlocutorias y de mero trámite, vías de hecho, demoras irrazonables y toda una gama de errores de variada índole (por ej. pérdida de expedientes y de documentos u objetos depositados en los juzgados, vicios en el libramiento de cheques judiciales) que nada tienen que ver con el dictado de sentencias definitivas.

Además la idea de que el juez crea el derecho no es practicada en la doctrina y no cabe admitirla como la verdad revelada, ya que el orden jurídico posee una gradación y la jurisprudencia siempre será una fuente sublegal del Derecho ya que crea una norma individual (la sentencia) sometida a una norma general que la abastece (la ley). Si la jurisprudencia es fuente de Derecho, no lo es por ser jurisprudencia sino por delegación de una norma general, de manera que, aún admitiendo que el juez crea derecho, lo hace dentro de un orden de jerarquía graficado con la pirámide Kelseniana que le impide ignorar la Constitución y la ley.

En conclusión, se puede decir que el argumento de intangibilidad de la cosa juzgada por razones de seguridad jurídica carece de peso. El eventual reclamo de indemnización de los perjuicios ocasionados por una sentencia errada en los hechos que tuvo por ciertos y/o en el derecho que aplicó no significa reabrir la discusión sobre lo concretamente juzgado sino resolver las consecuencias del vicio que arrastra. La cosa juzgada se

de la conducta de un juez en un litigio, pues ello importaría revisar las decisiones judiciales y destruir lisa y llanamente la autoridad de la justicia. (27-12-47, LL 49-765).

mantiene incólume, si el perdidoso fue desalojado no retornará al inmueble que ocupaba, si fue desapoderado de un objeto no le será restituido, pero en todos los casos el juez, si decidió con negligencia profesional, y el Estado, cuyo sistema judicial prestó un mal servicio al justiciable, deberán pagar los daños y perjuicios irrogados. En este enfoque la cosa juzgada no se altera ya que lo resuelto no reconoce retroceso pero, para evitar el despropósito de dejar sin compensación las consecuencias de la sentencia injusta, la víctima de la irregularidad judicial es compensada.

Además, considerando que todos los valores no poseen igual jerarquía, resulta obvio que aun admitiendo la existencia de contradicción, el valor justicia debe imponerse al valor seguridad. Nunca lo formal puede colocarse por encima de lo sustancial.

Hoy en día se registra una nutrida jurisprudencia que, siguiendo el rumbo propiciado por la doctrina, acepta con amplitud la responsabilidad del Estado por su actividad judicial y al juez en forma personal, cuando ha actuado negligentemente.

MARCO NORMATIVO

Al haberse incorporado el Pacto San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a la Ley Suprema (art. 75, inc.22), se ha consagrado expresamente la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional y el consecuente deber de reparación sólo en lo atinente a la condena por error judicial o a la ilegítima detención o encarcelamiento (art. 10 del primero, y arts. 9.5 y 14.6 del segundo de los nombrados).

Sin embargo, esa restricción normativa no es óbice para su admisión fuera del ámbito penal, con sustento en el postulado de "afianzar la justicia" contenido en el Preámbulo y en el precepto general del derecho -"no dañar a otro"- o, como lo destacan ciertos autores, en los principios de justicia y equidad, de igualdad ante las cargas públicas o en el "Estado de derecho y sus postulados".⁵⁸

En el ámbito provincial, algunas constituciones han consagrado, también de modo expreso, el derecho a la reparación en casos de condena penal de un inocente por error judicial. Así, la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 (art. 13.10); la del Chaco de 1957-1994 (art.24); la de Formosa de 1991 (art. 22, sin invocar el error judicial); la de Jujuy de 1986 (art. 29.11); la de La Pampa de 1994 (art. 12); la de

⁵⁸ Marienhoff, "Tratado de derecho administrativo", ed. 1987, t. IV, p. 778. El autor señala que los postulados surgen del preámbulo de la Constitución y de los preceptos generales del derecho (no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo), y son los siguientes: a) derecho a la vida y a la integridad física; b) respeto a los derechos adquiridos; c) los que rigen en materia de expropiación; d) igualdad ante las cargas públicas; e) afianzar la justicia; f) garantía de la libertad, y g) el que surge del art. 100 de la Constitución Nacional, que posibilita someter a juicio al Estado.

Misiones de 1958 (art. 27, sin mencionar el error judicial); la del Neuquén de 1957 (art. 40); la de Río Negro de 1988 (art. 19, sin aludir al error judicial, a la par que condiciona la reparación a la inexistencia de culpa); la de Santa Fe de 1962 (art. 9º, párr. 6º; tampoco menciona el error judicial) y la de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur de 1991 (art. 40).

La Constitución de Santa Cruz de 1994 admite el derecho a la reparación en los casos de detención mayor a sesenta días, siempre que a posteriori el involucrado fuese absuelto o sobreseído definitivamente (art. 29); la de Córdoba de 1987 declara que el Estado puede indemnizar el tiempo de privación de la libertad con arreglo a la ley (art. 42, párr. 2º) y la del Chubut admite la indemnización ante la indebida privación de la libertad, su indebido agravamiento o incumplimiento de los preceptos referidos al tratamiento de detenidos y presos (art. 60).

Las constituciones del Chubut de 1994 (art. 60) y de Salta de 1998 (art. 5º) hacen referencia al error judicial sin distinción de fuero.

Por lo demás los códigos de procedimientos penales admiten la responsabilidad. Así el art. 488 del Código Procesal Penal de la Nación establece que "La sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá pronunciarse, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena, los que serán reparados por el Estado siempre que aquel no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación sólo podrá acordarse al condenado...". La normativa se limita al reconocimiento en sede penal del error judicial así declarada como consecuencia de la interposición de un recurso de revisión previsto en la norma.

RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PUBLICO INVESTIDO DE LA AUTORIDAD DE MAGISTRADO

El juez como funcionario público, es personalmente responsable de los daños que causare a las partes o a terceros, en el ejercicio irregular de la función de administrar justicia, cuando hubiera actuado con culpa o dolo. Esta responsabilidad resulta de lo que dispone el art. 1112 del Código Civil, que es una norma de derecho privado que regula el derecho del damnificado que ha sufrido un daño a reclamar el resarcimiento de quien lo causó, por no cumplir sino de una manera irregular la funciones legales que les están impuestas.

Ello no significa que no se induzca también de allí un principio general del derecho público, que impone la responsabilidad objetiva del Estado, por la falta de servicio que implica la irregular prestación de la administración de justicia hacia los justiciables que

recurren a los órganos del poder del Estado al cual la constitución le atribuyen aquella función.

El funcionario magistrado no es responsable si causa el daño en el ejercicio regular de la función y, lo sería en cambio, si causa daño a otro por culpa o negligencia fuera del ejercicio de la función, conforme el principio general de responsabilidad subjetiva que se halla contenida en la norma del art. 1009 del Código Civil.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO ILÍCITO

Si el juez ejerce irregularmente su función como órgano del Estado, y comete un acto ilícito, compromete a la vez la responsabilidad directa del Estado por la ilegitimidad del acto que causa daño a las partes o a terceros.

El cumplimiento irregular de la obligación legal de administrar justicia que incumbe a los jueces, puede ser motivado por culpa o negligencia (error judicial), pero también por dolo o malicia. En estos últimos casos el juez habrá cometido el delito de cohecho (art. 237 del Código Penal), o prevaricato (art. 269-70) o denegación o retardo de justicia (art. 273) siendo entonces penal y civilmente responsable.

La responsabilidad del Estado es directa porque el hecho dañoso fue ejecutado por uno de los órganos que son parte del cuerpo político del Estado. Es también objetiva ésa responsabilidad desde que a las personas jurídicas no se les puede imputar culpa o dolo y el daño resulta patentizado por la falta de servicio que constituye la irregular administración de justicia. Se excluye la aplicación del art. 1113 del Código Civil, porque si bien aquí la responsabilidad es objetiva por la garantía legal que resulta de la delegación del hecho que el principal hace en el subordinado o dependiente, ello mismo revela el carácter de responsabilidad indirecta que recae en aquel.

Como persona jurídica de carácter público (art. 33 del Código Civil) el Estado responde por los daños causados por los actos ilícitos de comisión u omisión imputados a sus órganos (art. 43 del Código Civil) y halla su fundamento en el deber de garantía de buena administración de justicia conforme al objeto declarado en el preámbulo de la Constitución Nacional, de afianzar la justicia en el marco del estado de derecho.

Esta responsabilidad del Estado por acto ilícito del funcionario es concurrente o conexa con la responsabilidad personal de éste último, pero no siendo mancomunado dentro de la técnica de las obligaciones, no puede existir solidaridad.⁵⁹

⁵⁹ Bustamante Alsina, J. "t general de la responsabilidad civil" 8° edición. 1993 pág. 482

IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTUACION JUDICIAL LEGITIMA DENTRO DEL PROCESO

Como principio general el Estado es responsable extracontractualmente de los daños que cause a los particulares en la ejecución de actos lícitos que tengan por objeto el bien común.

Los poderes políticos del Estado representados por las ramas legislativas y ejecutivas tienen una gerencia discrecional del bien común para determinar que es lo conveniente o inconveniente a ese propósito. Los actos lícitos que sean su consecuencia, generan responsabilidad por los daños que puedan sufrir algunos particulares, cuyos derechos se sacrifican al interés general, como efectos necesarios de aquellos actos. Esta responsabilidad halla suficiente fundamento en el estado de derecho que impone preservar las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad jurídica.⁶⁰

Distinto es el caso de la actividad del Poder Judicial cuya función es realizar la justicia, y en ello los jueces no tienen mucho margen de operatividad, pues la investigación de los hechos y la seguridad de sancionar a los culpables, les imponen la obligación de dictar medidas restrictivas de la libertad y de la disponibilidad de los bienes durante el curso del proceso. Los daños en tales casos deben ser soportados por quienes los padecen, pues es el costo inevitable de una adecuada administración de justicia. Tales actos jurisdiccionales son formalmente regulares dentro de un razonable criterio judicial y en el marco de una apreciación provisional de los hechos que les sirven de fundamentación, aunque las partes a quienes les afectan puedan considerarse perjudicadas y estimen arbitrarias esas medidas.

Tal es lo que sucede con la prisión preventiva dispuesta en el curso de un proceso en relación a un detenido, cuando aquella está justificada por lo menos por una semiplena prueba de la existencia del delito, después de habersele impuesto de la causa de su prisión existiendo indicios suficientes para creerlo responsable del hecho.

La absolución posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva que sufrió durante el proceso. Solamente puede considerarse "error judicial", cuando la decisión que impuso la prisión preventiva juzgada en si misma, independientemente de las demás alternativas del proceso, resulta contradictoria con los hechos probados en la causa y las disposiciones legales que condicionan su aplicación.

En este último caso se estaría en presencia de una falta de servicio en la administración de justicia o "error judicial", que hace responsable al Estado.

⁶⁰ Marienhoff, Miguel F. "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita" La Ley, 1993 E. P. 912/23

RESPONSABILIDAD POR LAS FUNCIONES EN EL PODER JUDICIAL

Es incontrovertible que la actividad del Poder Judicial se caracteriza por la emisión de lo que denominamos actos judiciales o jurisdiccionales. Ellos tienen por objeto dirimir conflictos entre partes y su última consecuencia es la sentencia. Pero este tipo de acto no agota toda su actividad, puesto que junto con la función judicial existe la de administración en cuyo ejercicio el Poder Judicial dicta actos administrativos.

Entonces el Poder Judicial desarrolla un doble tipo de función, la judicial y la administrativa, similar en esencia a la que realiza el Poder Ejecutivo, que se configura al nombrar, sancionar o remover a sus dependientes, al comprar insumos al contratar, etc.⁶¹

La responsabilidad por el ejercicio de la actividad administrativa no fue reconocida en un primer momento por la jurisprudencia de la Corte Suprema y algunos tribunales inferiores, así no admitió la revisión de sus actos materialmente administrativos por otros órganos judiciales, pues entendió que éstos, al ser inferiores, son subordinados a la Corte y, por lo tanto, no pueden examinar su obrar. Dicha conclusión es objetable, porque ni aún cuando se ejerce la función administrativa existe relación jerárquica entre los distintos tribunales.

No cabe duda de que un contrato de suministro, de obra o de locación de servicio celebrado por el Poder Judicial no puede variar su esencia por la circunstancia de que el órgano interviniente se encuentre fuera del Poder Ejecutivo. Es obvio que en estos casos corresponde la aplicación de los principios de derecho administrativo, aunque en la relación jurídica no intervenga la Administración en sentido estricto.

Con el fundamento de que todo habitante tiene derecho a ser oído por un tribunal imparcial, esta garantía incluye los actos del Poder Judicial cuando actúa en función administrativa, ya que resultaría contradictorio que un individuo, por la circunstancia de que se vincula contractualmente con la rama judicial del gobierno, quedara excluido de la garantía de la defensa en juicio de sus derechos.

En éste orden en autos "Villar de Puenza c/ Provincia de Buenos Aires"⁶² donde se discutió la responsabilidad del Estado por decisiones adoptadas con motivo de un contrato de suministro, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha interpretado que corresponde la competencia de los tribunales contencioso administrativos para decidir sobre las incidencias a que dé lugar la interpretación y

⁶¹ Ella se desprende del art. 113 de la Constitución Nacional "La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados".

realización de los contratos administrativos, que no existe motivo para excluir el conocimiento y decisión de las mismas cuestiones cuando el contrato para la provisión de suministros ha sido celebrado por el Poder Judicial, aplicando las normas administrativas que rigen con carácter general en materia de contrataciones, además señala que la doctrina moderna reconoce la existencia de actividad administrativa en el ámbito del Poder Judicial sobre la base de la distinción entre el poder del Estado, que es único, y sus diversas funciones.

Además no se puede dejar de tener en cuenta el compromiso internacional asumido por la Nación Argentina de "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna", entre los que se destaca el derecho fundamental "a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,... para la determinación de sus derechos y obligaciones... de cualquier carácter" (Pacto San José de Costa Rica arts. 1º.1 y 8º.1).

SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL POR SU FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional hace referencia a la tarea específica de juzgar, aunque no se agota con el dictado de la sentencia, sino que abarca el conjunto de actos necesarios para arribar a su dictado, como las medidas cautelares y en general a todos los actos procesales previos, o, bien, aquellos cumplidos durante el proceso que concluyó de un modo anormal, es decir, sin una sentencia (v.gr., desistimiento).

Esta doble actividad permite distinguir entre la responsabilidad in iudicando e in procedendo. La primera es predicable sólo cuando está controvertido el ejercicio de la facultad de juzgar y se conoce con el nombre de "responsabilidad del Estado por error judicial"; mientras que la segunda se relaciona con el funcionamiento irregular del servicio de justicia, equiparable al de la Administración.

a) **ERROR DE HECHO Y DE DERECHO.** Este supuesto de responsabilidad del Estado-juez se concreta con el dictado de la sentencia -definitiva o no- y puede obedecer tanto a la equívoca percepción de las particularidades de orden fáctico que efectúe el juzgador, como a la forma de subsumir éstas en las normas jurídicas para la decisión del caso, o bien a la aplicación inapropiada de los textos legales. Se advierte, entonces, que el error puede ser de hecho o de derecho.

⁶² S.C.J.B.A., 20-2-84. L.L. 1984-D-141.

En lo atinente al error de facto, parece oportuno señalar que, si éste se verifica, necesariamente habrá de configurarse la responsabilidad del Estado, desde que "a la justicia de la solución de los conflictos se llega sólo partiendo del conocimiento de la verdad de los hechos". Si media una errónea apreciación de los hechos, por lógica consecuencia la solución que se brinde no será aquella que corresponda a la contienda. De hecho, la Corte ha descalificado decisiones que efectuaron "una errónea apreciación del presupuesto fáctico", pues en tales casos la sentencia habría dejado de ser la aplicación de la ley a los hechos del caso, para convertirse en un simple sofisma.

Respecto del error de iure, cabe puntualizar que no cualquier interpretación dará lugar a la reparación; si ella recae sobre una materia jurídicamente opinable, no es factible extraer irregularidad alguna, como tampoco si el juez elige una interpretación dentro del marco de posibilidades que la norma le ofrece. Esta afirmación aparece razonable por cuanto si esos supuestos no configuran causales de arbitrariedad para la Corte Suprema, menos aún pueden sustentar el error judicial.

En suma, cabe atribuir error judicial a la decisión emitida en un proceso que, objetivamente considerada, aparece contraria a los hechos probados en la causa o al derecho directamente aplicable, sea por acción u omisión del magistrado y con prescindencia de su dolo o negligencia. De allí se desprende que el concepto alude a un resultado que surge de la confrontación de la solución adoptada judicialmente con la que exclusivamente cabe dar al caso enjuiciado para determinar si existe distorsión y, consecuente error judicial, con independencia de su causal. La noción incluye no sólo la sentencia definitiva, sino también la provisional -dictada en un proceso cautelar-, por ser igualmente fruto del ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto.

Desde otra perspectiva, como lo ha señalado la doctrina, la responsabilidad del Estado por error judicial indemnizable puede presentarse no sólo en la esfera del derecho penal, sino también en las demás ramas del derecho: civil, comercial, etcétera.

Pese a que la Corte Suprema admitió la responsabilidad del Estado por error judicial en el supuesto de una excesiva prolongación de la prisión preventiva, que dicha responsabilidad también aparece comprometida en los casos de denegación -no poco frecuentes- de medidas cautelares y acciones de amparo que, de haber sido despachadas o acogidas, habrían evitado la consumación del daño.

Este "error judicial" nada tiene que ver con la ignorancia o el error que en la concepción subjetiva de la teoría de la voluntad, constituye un vicio del consentimiento. Desde esta perspectiva del derecho privado los actos practicados por ignorancia o error son

reputados faltos de intención (art. 922 C.C.) y, según las circunstancias vician el acto y anulan sus efectos.

b) FUNCIONAMIENTO IRREGULAR DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

La responsabilidad del Poder Judicial puede aparecer, ante el cumplimiento defectuoso de funciones propias, o la falta de prestación adecuada del servicio de justicia -sea por acción u omisión- en que incurran los magistrados, y auxiliares en el escenario del proceso hasta el momento de dictar sentencia.

Este funcionamiento irregular o anormal⁶³, suele ser definido de un modo residual, englobando a un conjunto de supuestos de contornos difusos que atañen al desenvolvimiento de la labor jurisdiccional, sin estar incluidos en el concepto de error judicial. Es importante destacar que -a diferencia de lo que sucede con respecto al error judicial- el funcionamiento irregular no requiere pronunciamiento previo sobre el error y no surge, necesariamente, del desempeño de los jueces y magistrados, sino que incluye también al de los funcionarios y empleados y otros auxiliares de la justicia, que individualmente o en conjunto concurren a la defectuosa prestación del servicio.

El fundamento radica en que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución".⁶⁴

Al igual que en el supuesto de error judicial, es indiferente la existencia de dolo o culpa de los sujetos antes mencionados, sin perjuicio de que sean pasibles de medidas disciplinarias, de una acción de repetición por el Estado o de responsabilidad civil por el damnificado.

De las sentencias analizadas se desprende que la Corte admitió la responsabilidad del Estado por el funcionamiento defectuoso del servicio de justicia, sea que provenga de los magistrados -orden irregular impartida, levantamiento irregular de medidas cautelares u omisiones- como de los funcionarios, empleados y otros auxiliares de la justicia.

Un repaso de la jurisprudencia permite estimar que éste segundo segmento constituye una porción mayoritaria de los reclamos indemnizatorios basados en la responsabilidad por la prestación del servicio de justicia. Si bien en nuestro país no existirían cifras oficiales sobre la cantidad de causas sobre ésta materia, se sabe que en España sólo el

⁶³ El vocablo "anormal" es el más empleado en el sistema español, en cambio "irregular" es el término prevalectante en nuestro medio, siguiendo la terminología del art. 1112 del C.C.

⁶⁴ Fallos 182:5; también CSJN, 4/6/85, "Hotelera Río de la Plata SACI c/ Provincia de Buenos Aires s/ restitución de dólares", L.L., 1986-B-108.

1% de las reclamaciones corresponde a error judicial propiamente dicho, el 51% a los casos de prisión preventiva y el 48% a casos de funcionamiento anormal propiamente dichos.⁶⁵

Desde otra perspectiva, una de las principales causas generadoras del perjuicio es la demora -pese a la ausencia de pronunciamientos del máximo tribunal-, tanto en la sustanciación como en la decisión de las contiendas. Suelen invocarse, a modo de justificación, el exceso de trabajo y la escasez de recursos materiales y humanos. Sin embargo, esos extremos no devienen atendibles, pues se está ante una función esencial del Estado, que debe ser prestada con la más absoluta eficiencia.

La omisión en hacerlo en esas condiciones torna responsable al Estado por no haber adoptado en su momento todas las medidas necesarias y apropiadas a fin de evitar el colapso.

Admitir una tesis contraria implicaría, sin más, echar por tierra el derecho de toda persona "a ser oída,... dentro de una plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial", que consagra el Pacto de San José de Costa Rica (art. 10).

PRESUPUESTOS

El deber de reparar exige la concurrencia de los siguientes presupuestos: la existencia del daño cierto a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales, su imputabilidad al órgano judicial y la relación de causalidad adecuada entre el factum y el menoscabo.

No media diferencia con los requeridos por la doctrina moderna en el derecho privado. Pese a ello, no resultan de aplicación los criterios y principios del derecho civil, toda vez que la jurisprudencia y la doctrina han elaborado los propios para regular la responsabilidad del Estado, cualquiera sea el órgano que cause la lesión. Con palabras de Gordillo, se la llama "responsabilidad civil del Estado" pero en verdad 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 ese Código.⁶⁶

El daño es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad; para hacerla efectiva es necesario que aquél sea cierto -se descartan los conjeturales o meramente hipotéticos- valuable en dinero; también, puede ser futuro, pero de inevitable producción. Además, a la causación del perjuicio no tiene que haber contribuido el damnificado mediante su

⁶⁵ Esto surge de informes del Ministerio de Justicia e Interior español, con respecto a causas presentadas en el año 1995, como se lee en García Pons, Enrique "Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales", p.292, nota 33, J.M.Bosch Editor, Barcelona; 1997. Citado por Claudia Caputi en el comentario a fallo del caso "Amiano", L.L. t.2000-C, 770.

⁶⁶ Gordillo, "Tratado de derecho administrativo", t. 2, cap. XVII, p. 23.

acción u omisión (dolosa o culposa), quien, asimismo, tiene la carga de agotar los recursos e instancias posibles.

La extensión del resarcimiento, conforme al derecho judicial, podrá abarcar -según los casos- el daño material y el moral. No obstan a esta afirmación los problemas que puedan presentarse respecto de su cuantificación, porque el quantum queda librado al prudente arbitrio del sentenciante, de acuerdo con las facultades conferidas por el legislador (art. 165, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y art. 46, Código Procesal Civil y Comercial de Jujuy).

Asimismo, deberá acreditarse una relación de causalidad directa e inmediata entre el hecho y el perjuicio ocasionado, según el curso natural de las cosas, de suerte tal que el segundo sea consecuencia exclusiva del primero. Este recaudo es insoslayable, pese al reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal.

Por otro lado, de acuerdo con el cambio jurisprudencial operado a partir de la causa "Vadell"⁶⁷, se ha sustituido la culpa como factor de atribución por la falta de servicio originada en su funcionamiento defectuoso o irregular -con fundamento en la aplicación subsidiaria del art. 1112, Código Civil-, a la par que se ha establecido que la responsabilidad indirecta o refleja prevista en el art. 1113 del mismo ordenamiento resulta inaplicable a la responsabilidad del Estado, "toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas".

La Corte ha incorporado otro requisito a los fines de hacer efectiva la responsabilidad al Poder Judicial: la previa declaración de ilegitimidad de la decisión, con sustento en que "antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley"⁶⁸. Todavía más, dicho tribunal reiteró, con pocas palabras, que "no hay error judicial sin ilegitimidad, ni acción de resarcimiento posible sin sentencia previa que declare su existencia, dejando sin efecto el fallo impugnado".

Antes de ello, dice la Corte, sólo le asiste al pretendiente un derecho eventual, susceptible de nacer en la medida en que se dicte un fallo revisor.

⁶⁷ CSJN, 18/12/84, "Vadell, Jorge F. C/ Provincia de Buenos Aires", L.L., 1985-B-3.

⁶⁸ CSJN, "Vignoni Antonio S", Fallos, 311:1007, consid. 5°.

Ahora bien, la ausencia de normas -con excepción del ámbito penal- respecto del modo en que puede obtenerse esa declaración de ilegitimidad, no impide la revisión de las decisiones firmes, desde que cabe la posibilidad de ejercer una acción autónoma declarativa de la cosa juzgada que se supone írrita. Como lo ha destacado el Tribunal, esa circunstancia -la falta de un procedimiento ritual expresamente previsto- "no puede resultar un obstáculo para que los tribunales tengan la facultad de comprobar, en un proceso de conocimiento de amplio debate y prueba, los defectos de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que se impugnan (Fallos, 279:54)".

CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Las circunstancias con entidad suficiente para quebrar -total o parcialmente- el nexo causal exigible, a fin de admitir la responsabilidad estatal, son:

- a) el caso fortuito y la fuerza mayor, con sus notas características de imprevisibilidad e inevitabilidad. La aceptación de esta eximente dependerá de cada caso a resolver. Dadas las consecuencias que derivan de su reconocimiento, el criterio interpretativo debe ser restrictivo para no justificar acontecimientos previsibles⁶⁹, extremo que obliga al Estado a probar de modo inequívoco su efectiva concurrencia. Estas afirmaciones no resultan desplazadas por el carácter objetivo de la responsabilidad estatal, pues es claro que nadie, objetiva ni subjetivamente, debe responder de las consecuencias de un hecho que de ninguna manera le sea imputable, y
- b) la conducta del damnificado, que también opera como eximente -aun ante el carácter objetivo predicable de la responsabilidad del Estado- en los supuestos individualizados por Tawil: 1) cuando haya cooperado en forma directa a la producción del daño; 2) cuando ésta consista en haber omitido llamar la atención de la otra parte acerca de la posibilidad concreta de producción del daño, y 3) cuando hubiese implicado la abstención, por parte del damnificado, de procurar los medios a su alcance a efectos de evitar la producción del daño o aminorar sus consecuencias. También aquí la determinación de la causal depende de las circunstancias fácticas de las causas a decidir.

El mencionado autor destaca que, en aquellos supuestos en que no pueda comprobarse que la lesión haya sido consecuencia exclusiva de la culpa o dolo del Estado o del particular, no resulta de aplicación el criterio de la compensación de culpas del Derecho

⁶⁹ A modo de ejemplo Tawil sostiene que cabe rechazar la invocación estatal de fuerza mayor por el anormal funcionamiento de la justicia, evidenciada en el retraso en la decisión de causas a raíz de la insuficiencia manifiesta de elementos personales y materiales, porque dichas circunstancias no revisten el

civil, porque el reconocimiento de la responsabilidad objetiva del Estado en tal hipótesis encuentra sustento en la exclusividad de su obrar u omisión como generador de la lesión. Por tal razón, en el supuesto de conductas concurrentes es necesario ponderar la entidad y alcance que cada una de ellas tenga, a fin de eliminar la que resulte menos trascendente para producir el resultado lesivo.⁷⁰

ORGANO COMPETENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD

Si la pretensión de daños se dirige contra el Estado, resultarán competentes para entender en el proceso los tribunales en lo contencioso administrativo, tanto nacionales como provinciales, porque lo que habrá de enjuiciarse es el resultado de la actuación de uno de sus órganos.

Lo afirmado se mantiene aun cuando el perjuicio emane de una sentencia de la Corte Suprema, pues nada obsta que un tribunal anterior en grado revise su actividad.

En éste orden Hutchinson afirma que "el ejercicio de la función jurisdiccional se caracteriza por la coordinación, lo cual implica independencia orgánica; ya que ningún órgano judicial está subordinado a otro, en el sentido de implicar la inadmisibilidad y no la obligatoriedad de instrucciones respecto al tratamiento de los distintos casos, aunque provengan de jueces de mayor categoría. Los jueces actuando en cuanto tales no se vinculan jerárquicamente. La revisión de un de un proceso judicial por un órgano de instancia superior es un examen técnico completamente ajeno a una primacía de orden jerárquico, es sólo una garantía de justicia".⁷¹

RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN JUDICIAL

No hay razón para limitar la responsabilidad por mal desempeño de los miembros del poder judicial a los supuestos de conducta positiva. Cuando sea de toda evidencia que un juez estaba obligado a adoptar una decisión y no lo hizo, cuando una disposición expresa así lo imponía o si la necesidad de asegurar el buen funcionamiento del ejercicio de justicia hacía evidente la necesidad de actuar, y con la inacción se daña al justiciable o a terceros, nace la responsabilidad del Estado por omisión.

En los supuestos de responsabilidad del Estado por omisión judicial la cuestión puede ofrecer menos dificultades en los supuestos en que exista una norma expresa que prevea la obligación de obrar en determinado sentido. Pero aún no siendo así, la obligación del

carácter de imprevisibles (Responsabilidad del Estado y los magistrados judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia, p.100 y siguientes).

⁷⁰ Tawil, "Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia", pag. 107.

Estado de resarcir los daños causados por omisión existe en tanto ésta presupone un irregular ejercicio de la función. En consecuencia no sería necesario que exista una obligación legal de cumplir el hecho omitido (art. 1074 Código Civil) o que la cuestión verse sobre una cuestión expresamente ordenada por una norma jurídica.

Está implícito en el ejercicio de la función el hacerlo en forma regular. Por ello la omisión origina responsabilidad no por haber sido el hecho expresamente ordenado, sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales. Existirá así responsabilidad por omisión cuando quien debía hacer no hace infringiendo una obligación jurídica de obrar, no solo consagrada por norma expresa sino por el ordenamiento jurídico en general o por la naturaleza de la función.

Así por ejemplo, solicitándose el dictado de una medida cautelar, existiendo una evidente verosimilitud del derecho del autor y un claro peligro en la demora, el juez estará obligado a evitar que el juicio culmine con el dictado de una sentencia abstracta en perjuicio del actor. Igualmente el magistrado incurrirá en omisión si desatiende las razonables y legítimas peticiones de las partes o deja de hacer lo indicado para asegurar la buena marcha de un proceso instructorio, como por ejemplo, ordenar las medidas de prueba ofrecidas y conducentes en un pleito dispositivo o aconsejada por las circunstancias en un juicio inquisitivo, aunque la conducta debida no le sea impuesta directamente por la norma.

Ante cualquier duda a si un reglamento o una ley manda o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del art. 1112 del C.C. lo soluciona afirmativamente, aunque la ley o reglamento no mande la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad.

El interrogante que suele plantearse vinculado a si la responsabilidad del Estado presupone necesariamente la existencia de un comportamiento culpable o doloso encuentra, en el caso de omisiones judiciales, respuestas algo menos controvertidas que las que se vinculan con aquella problemática en general. Es que en tales casos la omisión judicial generadora de la obligación de indemnizar estará estrechamente ligada a la noción de falta de servicio. Se señaló que en materia de responsabilidad del Estado no se requiere indispensablemente la existencia de culpa imputable al Estado, por lo que tampoco es menester recurrir a la idea de riesgo objetivo y menos aun a la de enriquecimiento sin causa. Es que el fundamento de la responsabilidad ha de buscarse en el mantenimiento del principio de igualdad ante los daños causados por el Estado. Por esto debe entenderse que no es necesaria la determinación de culpas individuales

⁷¹ Hutchinson "La función administrativa del Poder Judicial y su revisión judicial, ED, 84-844.

para hacer efectiva la responsabilidad estatal por omisión judicial. Esta se pondrá en juego como consecuencia de omisiones irregulares o anormales, aún causales, de las que se deriven en forma directa perjuicio, sin importar si existió o no dolo, culpa o negligencia del magistrado o si la omisión fue accidental.

A los efectos de ejemplificar el tema, es conveniente citar un fallo resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 4 de mayo de 1995, "De Gandía, Beatriz I. C/ Provincia de Buenos Aires"⁷², en el cual la actora, quien invocó ser abogada, rectora de un colegio y profesora de derecho constitucional, inició una acción de daños contra la Provincia de Buenos Aires responsabilizándola por el perjuicio moral sufrido como consecuencia de la detención e incomunicación personal que sufriera el 19 de enero de 1989 en la frontera con la República Oriental del Uruguay, donde se dirigía a pasar sus vacaciones, derivada de la omisión del juez interviniente en dejar sin efecto el pedido de secuestro de su automóvil, en la causa incoada por el anterior propietario para investigar el robo de éste en 1985. Por su parte la actora sostiene que la responsabilidad atribuida a la demandada surge de la aplicación de lo previsto por el art. 1112 del C.C.

De los antecedentes surgía que el 15 de abril de 1985 se había dispuesto la entrega definitiva al propietario, pero no se había ordenado el levantamiento del secuestro, ni librado la comunicación respectiva haciendo saber esa medida. Tal omisión recién pudo ser subsanada a pedido de la actora el 23 de enero de 1995.

El tribunal responsabilizó a la provincia de Buenos Aires por la omisión procesal en que se incurrió, toda vez que ello implicó el cumplimiento defectuoso de las funciones que le son propias. Y recordó lo expresado en reiterados fallos; quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan su incumplimiento o su ejecución irregular (fallos, 182:5, 307:821) y en el presente la conducta procesal ya puntualizada se constituyó en la causa eficiente del perjuicio sufrido por la actora.

De ésta manera la sentencia determina la obligación del Estado de responder por la omisión de uno de sus magistrados sin encuadrar a la responsabilidad imputada como directa o indirecta, parece seguirse la doctrina sostenida por la misma Corte en el caso "Hotelera Río de la Plata"⁷³, en donde se sostuvo que con relación a los hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones se trata siempre de una responsabilidad directa.

⁷² L.L. t.1996, D-79.

⁷³ Fallos 307:824.

Otra cuestión novedosa para que en el campo del derecho público, es que se obliga al Estado, en este caso a la Provincia de Buenos Aires, a reparar los daños morales que se derivaron como consecuencia de la omisión del magistrado.

Finalmente cabe preguntarse si se extenderá en un futuro la responsabilidad del estado a los supuestos de omisión o tardanza en el dictado de actos procesales, incluyendo la sentencia. En este aspecto no parece entendible creer que los casos de lentitud o tardanza en la administración de justicia por omisión en el dictado de los actos judiciales necesarios para impulsar el procedimiento sea imputable a nuestros jueces, sino antes en la mayoría de los casos a la necesidad de crear un número razonable y suficiente de juzgados, brindarle medios, recursos y personal adecuado.

Pero tales dilaciones, omisiones al fin, constituyen un anormal o defectuoso funcionamiento de la justicia que, en muchos casos, ocasionan perjuicios a los particulares y que son imputables no ya a un juez en particular sino al sistema judicial y por ende al Estado.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce diversos antecedentes sobre el particular, entre ellos, por ejemplo, resolvió que la omisión en el dictado de una sentencia en tiempo oportuno, por la lentitud de los procedimientos ante el Tribunal Federal de Lausanne constituía una violación al art. 6 de la Convención Europea de los Derechos Humanos que prescribe el derecho a juzgamiento dentro de un plazo razonable.⁷⁴

LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL EN LOS ÚLTIMOS TIEMPOS

Al igual que lo que ocurre en materia de responsabilidad por actos u omisiones de la Administración, la responsabilidad por la prestación del servicio de justicia surge de una construcción jurídica de base jurisprudencial. Es que, como se ha sostenido por la doctrina y por la jurisprudencia, el reconocimiento de la responsabilidad del Estados no requiere una ley especial que la reconozca, dado que goza de fundamento en la Constitución Nacional.⁷⁵

⁷⁴ Revista Discrepancias, Federación Argentina de Colegio de Abogados, Año 1, n°2, p.14. Citado por Mario Rejtman Farah, en el comentario a fallo del caso "De Gandía, Beatriz c/ Provincia de Buenos Aires" L.L. t.1996-D, p. 79.

⁷⁵ Como señala Cassagne (Derecho Administrativo, Edición Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 276 y sgts), el fundamento se encuentra en el art. 16, en tanto impone la igualdad ante las cargas públicas, pues el fundamento de la obligación repara es "el principio de la corrección del desequilibrio causado" a quien soporta el daño, desigualdad que requiere una justa restitución, para impedir ese desequilibrio. También se ha sostenido que los art. 17, en cuanto ampara el derecho de propiedad, y 116, en cuanto

Para una mejor interpretación se clasifican según la atribución de responsabilidad del Estado por error judicial o por el irregular funcionamiento del servicio.

A) RESPONSABILIDAD POR ERROR JUDICIAL:

1- Reclamos por daños y perjuicios derivados de prisión preventiva. Vale citar los siguientes casos:

a- En "Balda, Miguel Á. c/Provincia de Buenos Aires" (Fallos, 318:1990), la mayoría de la Corte -luego de admitir su competencia originaria- desestimó la demanda entablada sobre la base de la privación ilegítima de la libertad de que fue víctima el actor por parte de efectivos de la policía de Buenos Aires y la prisión preventiva que le fue dictada en sede judicial durante un proceso que concluyó con su absolución.

La primera pretensión fue rechazada con sustento en la prescripción de la acción.

Para rechazar la segunda, repitió el temperamento de Fallos, 311:1007, con relación a que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento, el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley.

Argumentó, además, que no obstaba a esa conclusión la circunstancia de que en el caso el actor no atribuyera el perjuicio a la sentencia definitiva -que le fue favorable-, sino a la prisión preventiva dictada en la etapa sumarial y confirmada por la alzada, dado que la sentencia absolutoria pronunciada tras la sustanciación del plenario -y en función de nuevos elementos de convicción arimados- no importó descalificar la medida cautelar adoptada en su momento respecto del procesado, sobre la base de una "semiplena prueba o indicios vehementes para creerlo responsable del hecho". Y añadió que tal medida provisional sólo traducía un serio estado de sospecha, fundado en los elementos de juicio existentes hasta ese momento y desvinculado de la detención provocada por la irregular actuación del personal policial, de modo que no cabía admitir que por esta vía resarcitoria se pretendía revisar el acierto o error de un pronunciamiento cautelar firme.

reconoce la demandabilidad del Estado, sirven de fundamento para la responsabilidad de éste. Por su parte Miguel S. Marienhoff alude al fundamento del "Estado de derecho", cuyos postulados básicos fluyen de diversos pasajes de la Constitución (Tratado de Derecho Administrativo", t.IV, pags. 664 y sgts., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992).

A mayor abundamiento, puntualizó que no podría responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento. Así concluyó que las sentencias y demás actos judiciales no pueden generar responsabilidad de tal índole, porque no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues constituyen el costo inevitable de una adecuada administración de justicia.

Por su parte, los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi destacaron que resultaba incuestionable que el Estado -como principio- es responsable del perjuicio ocasionado a quien, imputado de un delito, sufre efectivamente prisión preventiva y luego resulta absuelto en virtud de su inocencia. Pero ello es así si se trata de una inocencia manifiesta, es decir que el auto de prisión preventiva, aun confirmado en las instancias superiores o proveniente de éstas, carezca de sustento lógico en las constancias de la causa, habida cuenta de que, en general, para su dictado no es necesaria una prueba concluyente de la comisión del delito, sino solamente -como expresa el art. 306, Código Procesal Penal de la Nación- la existencia de elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que el procesado ha participado en él, o bien la existencia de semiplena prueba o indicios vehementes del delito y motivos fundados para determinar la persona o personas responsables (art. 183, inc.3°, Código de Procedimientos en lo Penal de la Provincia de Buenos Aires). En otros términos, que haya sido dictado a raíz de un error palmario o inexcusable.

b- En el caso "López, Juan de la C., y otros c/Provincia de Corrientes" (Fallos, 321:1712), la Corte admitió su competencia originaria y rechazó la demanda contra la provincia de Corrientes por daños producidos por la prisión preventiva que sufrieran Juan de la Cruz López, Félix O. Balbuena, Rogelio Colman y Enzo Breard, entre el 12 de mayo de 1983 y el 15 de diciembre de 1988, fecha ésta en que fueron absueltos por insuficiencia de las pruebas colectadas para demostrar la autoría. Tres de ellos fueron procesados por el delito de homicidio calificado y el cuarto, además, por amenaza, riña, agresión y abandono de persona seguida de muerte.

Los argumentos de la mayoría del tribunal -no hay disidencias- fueron los siguientes: se reiteró el criterio sentado en Fallos, 311:1007, en cuanto a que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial -en principio- en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues,

antes de ese momento, el carácter de verdad legal de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley.

Esa conclusión, agregó, no resultaba desplazada por el hecho de que en el caso los actores no atribuyan el daño a la sentencia definitiva -que les fue favorable- sino a la prisión impuesta en la etapa sumarial, pues la sentencia absolutoria dictada en función de la insuficiencia probatoria no importó descalificar la medida cautelar adoptada en su momento contra los procesados. Y esa medida sólo traducía la existencia de un serio estado de sospecha, fundado en los elementos de juicio existentes hasta ese momento, de modo que no cabe admitir que por esta vía resarcitoria se pretenda revisar el acierto o error de un pronunciamiento cautelar firme.

c- En "Rosa, Carlos A. c/Estado nacional. Ministerio de Justicia y otros/daños y perjuicios varios" (Fallos, 322:2683), la Corte -por mayoría- admitió la demanda promovida por el actor, agente de La Policía Federal, a fin de obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados de la excesiva prolongación de privación de la libertad, aunque la rechazó en lo que atañe a la irrazonabilidad de la prisión preventiva.

Surge del pronunciamiento que el 2 de enero de 1987 se decretó su prisión preventiva, junto con dos compañeros por considerarlo prima facie responsable del delito de homicidio agravado por alevosía en calidad de coautores. La defensa solicitó la excarcelación en seis oportunidades. Recién el 25 de enero de 1991 se le concedió la excarcelación y el 29 de noviembre fue absuelto por aplicación del beneficio de la duda que consagra el art. 13 del Código Penal.

Para hacer lugar a la demanda, el Tribunal sostuvo que la prolongación de la prisión preventiva desde el pedido de excarcelación de julio de 1989 hasta la excarcelación concedida en enero de 1991 se sustentó en afirmaciones dogmáticas y genéricas que se contradecían con las circunstancias de la causa, pues habían transcurrido más de dos años desde que por primera vez el magistrado había considerado que el dictado de la sentencia sería inminente, sin que las constancias del expediente autorizaran a presumir tal proximidad. A ello añadió que a esa altura del proceso existían pautas objetivas y subjetivas que le permitían al juez presumir que el demandante no intentaría eludir la acción de la justicia, si se tenía en cuenta que se había presentado espontáneamente al proceso, sus antecedentes eran buenos, no era reincidente, su familia tenía domicilio fijo en la localidad en la que tramitaba la litis y los testigos que lo habían incriminado eran poco convincentes.

También destacó que la Cámara fundó la concesión de la libertad en que las denegaciones anteriores se habían frustrado por motivos ajenos al procesado -razón por la cual, a criterio de dicha Cámara, resultaba injustificado el mantenimiento de la prisión preventiva y justificaba la fijación de una caución real-, lo cual importó el reconocimiento de la ausencia de razón suficiente para la prolongación de la medida precautoria desde julio de 1989.

La disidencia argumentó que si el afectado entendía que la valoración realizada por los jueces de la causa -con relación a la prolongación de la prisión preventiva- era irrazonable o arbitraria, tuvo a su alcance los medios procesales para remediar su situación y sin embargo, pese a las reiteradas denegaciones de excarcelación, no articuló el recurso extraordinario federal.

2- Reclamo por daño derivado de una condena a pagar el saldo del precio.

En "Egues, Alberto J. C/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios" (Fallos, 319:2527), la Corte -actuando en competencia originaria- rechazó la demanda iniciada contra la provincia de Buenos Aires a fin de que se la condene a indemnizar el daño que le causa pagar el monto por el saldo del precio -por la compra de un inmueble en una subasta- impuesto por una sentencia firme.

Para decidir en ese sentido expresó que la pretensión implicaba la revisión de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada por un procedimiento que no es el adecuado. "Pretender que el Tribunal, por vía de su instancia originaria, revise si los jueces intervinientes incurrieron en errores de hecho y de derecho, y que como consecuencia de ello, condene al Estado provincial a pagarle al actor una suma igual a la que él debe pagar en las actuaciones ya referidas, importaría virtualmente desconocer los efectos directos que producen las decisiones jurisdiccionales firmes".

Por otro lado, reiteró lo resuelto en Fallos, 311:1007, en cuanto a que "el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley".

Y añadió que no obstaba a lo antes señalado la ausencia de normas procesales que prevean "expresamente" la posibilidad de revisión que contemplan las normas penales,

porque ese paso previo no puede ser soslayado en tanto existe una vía apta para esa declaración: la acción autónoma declarativa invalidatoria de la cosa juzgada írrita.

B) IRREGULAR FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO DE JUSTICIA.

Interesa puntualizar sobre los casos siguientes:

1- Orden irregular impartida por el juez:

a- En "Hotelera Río de la Plata SACI c/Buenos Aires, Provincia de s/restitución de dólares" (Fallos, 307:824, L.L. 1986-B, 108 y sgts.), la Corte -en competencia originaria- por mayoría hizo lugar a la demanda. Sostuvo que, de las constancias del expediente venido del Tribunal del Trabajo de la ciudad de Mar del Plata, resultaba que el 11 de octubre de 1980 la demandada - a fin de dar cumplimiento al art. 5° de la ley local, que para la interposición de recursos extraordinarios contra la sentencia condenatoria dictada en única instancia exige el previo depósito del capital, intereses y costas- acompañó Bonos Externos de la Nación Argentina por un valor según cotización de \$ 365.937.000. Al día siguiente se dictó una resolución que ordenó librar oficio al Banco de la Provincia, sucursal Tribunales, a fin de que efectuara el depósito y guarda en esa institución de los bonos. Sin embargo, el mismo día del depósito su presidente había librado el oficio, mediante el cual se instruyó al banco para que, en caso de pagarse en moneda extranjera las rentas o los posibles rescates, se procediese a su conversión a moneda nacional y depósito a la orden del tribunal. La orden fue cumplida, depositándose en la cuenta del juicio los importes en moneda argentina correspondientes a la conversión de los valores que habían sido depositados.

Dado que esto sucedió en una época de inflación, se produjo la depreciación de la moneda, por lo cual aquella operación impidió proteger el valor del depósito, legítima intención de la depositante.

En función de ello, consideró que era evidente la irregularidad de la orden impartida por el presidente del tribunal al banco, así como el perjuicio que para la actora deriva de ese hecho. El oficio -señaló- fue librado antes de haber sido ordenado por el tribunal, y en él se incluyó una orden de conversión de moneda extranjera a moneda argentina que no había sido dispuesta ni lo fue después, y que el depositante, por tanto, nunca pudo consentir.

De ese modo -entendió- es responsable la provincia por la orden irregularmente impartida por un magistrado integrante de su Poder Judicial, toda vez que ella implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias. Y reiteró que quien contrae la

obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Esa idea objetiva -agregó- de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación, por vía subsidiaria, del art. 1112 del Código Civil.

También expresó que ello ponía en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público- recurrir al art. 1113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente,, sentencias anteriores de la Corte que sus actuales integrantes no comparten. 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.

b- En autos "Torres, Juana A. c/ Estado Nacional y otros" (fallo del 3 de agosto de 1999, sala I de la CNFed. Contenciosoadministrativo) en éste pleito se invoca el mal funcionamiento de un juzgado laboral de esta Capital, por haberse librado una cédula a un domicilio erróneo. El citado tribunal había intervenido en un juicio por accidente laboral que había provocado la muerte del trabajador. La indemnización finalmente reconocida a los causahabientes había sido invertida en valores nacionales ajustables. En determinado momento, el banco depositario informó al juzgado laboral que, en virtud del decreto 46/82, se produciría el rescate anticipado de aquellos valores, por lo tanto se pidieron instrucciones sobre el destino del dinero. Recibido el oficio en el juzgado se ordenó notificar por cédula a los beneficiarios de la indemnización, pero la notificación fue librada a un domicilio que si bien la parte había constituido en un primer momento, después fue cambiado. En consecuencia la interesada no fue notificada en el domicilio actualizado. Seis años después de este episodio la hija del trabajador fallecido, que había adquirido la emancipación por matrimonio demandó al Estado⁷⁶ por la irregularidad antes descripta. El daño consistía en que, por el mal diligenciamiento de la cédula, la parte no había tomado conocimiento del rescate anticipado de los títulos; como el depósito había quedado expuestos a los efectos de la inflación, el valor de aquel había devenido insignificante.

En fallo dividido, la mayoría de la sala rechazó la demanda, principalmente por entender que la culpa del damnificado interfería en la relación causal. Después de un

detallado examen de las alternativas procesales de la causa laboral se concluyó que el tutor de la entonces menos había demostrado "apatía" y "desinterés absoluto" por el destino de los fondos, pues nunca acudió a revisar el expediente. Asimismo, el rescate de los títulos había sido ordenado por una norma que debía reputarse conocida; además, la circunstancia de haber una alta tasa de inflación era pública y notoria y, por todo esto, se relativizaban las consecuencias que el erróneo libramiento de la cédula podría haber producido.

2- Irregular levantamiento de una medida cautelar:

En el caso "Etcheverry, Luisa M. Y otros c/Provincia de Buenos Aires y otros" (Fallos, 308:2494), la Corte -en competencia originaria- hizo lugar a la demanda y condenó al Estado nacional, entre otros, a pagar una indemnización como consecuencia de la responsabilidad atribuida a aquél por la conducta del doctor Buedo, que autorizó el levantamiento de las medidas cautelares y suscribió los respectivos exhortos sin tener en cuenta los alcances de la sentencia dictada por su antecesor en el cargo y las normas procesales aplicables.

Juzgó que la irregularidad de esa orden judicial importó el cumplimiento defectuoso de las funciones propias del magistrado, que comprometía la responsabilidad estatal en los términos que da cuenta el fallo de ese Tribunal en la causa "Hotelera Río de la Plata SA", a cuyos fundamentos de doctrina y jurisprudencia remitió.

En "Videla Cuello, Marcelo, sucesión c/Provincia de La Rioja" (Fallos, 312:316) la Corte atribuyó responsabilidad extracontractual al Estado local ante la orden judicial irregular que dispuso el levantamiento de un embargo y la anotación en el registro inmobiliario de su cancelación, lo cual tornó imposible el cumplimiento de la sentencia que reconoció al embargante su participación en una sociedad de hecho con relación al inmueble.

3- Reclamo derivado de la prohibición de usar una máquina ordenada por un juez penal.

En "Román, SAC c/Estado Nacional. Ministerio de Educación y Justicia" (Fallos, 317:1233), la Corte confirmó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que -por mayoría- rechazó la demanda iniciada a fin de que se indemnizen los daños y perjuicios experimentados por la actora como

⁷⁶ La actora también demandó a los letrados que habían patrocinado a quien había sido su tutor durante el juicio laboral. En primera instancia, la demanda contra los abogados fue rechazada y, según el relato de la

consecuencia de la prohibición de uso de la máquina de su propiedad dispuesta por el juez en lo Penal Económico en el curso de la instrucción del sumario iniciado por contrabando, que fue dejado sin efecto al haber sido decretado el sobreseimiento definitivo en dicha causa.

Con relación a los agravios relacionados con la falta de servicio imputada a los órganos estatales, señaló que la pretensión de ser indemnizado sobre tales bases requería dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar, del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hicieran posible, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, es decir, describir de manera objetiva en que ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto de la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad.

Con referencia a los agravios relativos a la existencia de error judicial o funcionamiento irregular de la administración de justicia, puso de relieve que el recurso omitió criticar de manera concreta y razonada los fundamentos de la sentencia atacada, de conformidad con los cuales la prohibición de uso de la maquinaria fue dispuesta por el magistrado que instruyó la causa penal en ejercicio regular de sus atribuciones que le acuerdan las normas procesales respectivas, con ajuste al objeto de la investigación y dentro de los términos correspondientes, vale decir, sin incurrir en falta a los deberes legales propios de su cargo.

Destacó, también, que en tanto la prohibición de uso en cuestión constituyó una diligencia procesal de carácter esencialmente provisional y accesoria del procedimiento que le sirvió de antecedente, no cabe interpretar que su levantamiento -dispuesto en ocasión del sobreseimiento definitivo en la causa- tuviese por sentido declararla por contrario imperio ilegítima, sino disponer meramente el cese de sus efectos futuros por haber devenido improcedente una vez concluida la investigación y en vista a los resultados que surgieron de ella. El fallo continúa diciendo que, la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho a solicitar indemnización, pues a ese propósito sólo cabe considerar como error judicial a aquel que a sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento. Su

existencia debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial mediante el cual se determinen la naturaleza y gravedad del yerro.

Sostuvo, además, como principio, que el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituyen fuente de indemnización para los particulares, a menos que el ordenamiento lo condicione al pago de la reparación correspondiente, por ejemplo ley de procedimiento administrativo 19.549 art. 18, y la ley de expropiación 21.499. Por lo tanto, la admisión de la doctrina de la responsabilidad estatal por daños derivados de su actividad lícita no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva, de conformidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia de nexo causal suficiente entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios que experimentasen los particulares, de cualquier orden que fuesen, para suscitar la obligación de indemnizarlos.

Aclaró que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización, en virtud de la doctrina indicada, no comprende los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad; en consecuencia, sólo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales, es decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional.

En función de ello juzgó que la prohibición temporal de uso de la maquinaria fue una consecuencia normal y necesaria del ejercicio regular de la competencia que las normas procesales le confería al magistrado interviniente, es decir, provenían de una resolución judicial fundada en ley que autoriza a limitar de ese modo el uso de la propiedad privada, con fundamento en el poder de policía del Estado referente a la prevención y represión de los delitos.

4- Errores en el libramiento de cheques:

En autos "Lusquiños, Horacio R. c/Estado Nacional", (Fallo del 11 de febrero de 1999, CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, JA, 2 de febrero de 2000, ps.45 y sgtes) éste pleito se generó por la entrega de un cheque judicial a una persona distinta del beneficiario, lo cual frustró la oportuna cancelación de un crédito de índole laboral.

El actor alegaba la negligencia del personal de un juzgado laboral de esta Capital y, en especial, el incumplimiento, por parte del secretario, todo esto producido en un juicio que había reconocido al actor el derecho a percibir una suma de dinero; sin embargo, al presentarse a retirar el cheque judicial, el cobro se vio frustrado porque lo había realizado con anterioridad otra persona. Nótese que la condenada había cumplido con su obligación mediante el depósito judicial, de forma que nada podía reclamársele.

Iniciado por el trabajador el reclamo indemnizatorio contra el Estado, no pudo comprobarse quién había retirado el giro del juzgado y efectivizado el cobro ante el Banco Ciudad, lo cual tampoco surgía del sumario interno. Lo que sí se probó, en este sumario y en las actuaciones en sede penal, fue la falta de debido control por el secretario al momento de librarse el cheque, en contravención de la normativa aplicable. Además, consideró que no resultaba excusable el incumplimiento por el hecho de haber excesivo trabajo o carencias de personal en los juzgados, máxime ante lo delicado que resulta el libramiento de cheques.⁷⁷

Más allá de lo relativo a la responsabilidad del banco que había autorizado el pago⁷⁸, la cámara confirmó, en lo principal, lo decidido en primera instancia⁷⁹, considerando que el Estado debía responder en virtud de la doctrina de la "faute de service", citando como fundamento el art. 1112 del Cód. Civil y la doctrina de la causa "Hotelera Río de la Plata". También se invocaron los fallos "Ferrocarril Oeste" y "De Gandia" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5- Irregular actuación de un auxiliar de la justicia:

En autos "Amiano, Marcelo E. Y otro c/ Ministerio de Justicia y otro" (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 1999/10/07, L.L. 1999-F, 497) los autores demandaron al Estado Nacional por los daños y perjuicios derivados de la frustración de una operación de compraventa, que había sido declarada inoponible al concurso del vendedor. Los compradores no pudieron perfeccionar la operación debido a la omisión en que habrían incurrido el síndico del citado concurso y el juez interviniente, con

⁷⁷ Nótese que el secretario no estaba demandado en autos, por lo cual no se le extendió la condena. Sólo participó en el proceso en calidad de tercero, a fin de evitar que en juicio de regreso posterior pudiera "argüir la excepción de negligente defensa".

⁷⁸ Este tema fue tratado por el considerando 5 del fallo (en el cual, si bien se consideró que la condena no podía extenderse a la entidad bancaria, se consideró que las constancias valoradas en la causa incidían favorablemente en la acción de regreso); por no versar sobre actividad de órganos jurisdiccionales, no será tratado en este trabajo.

⁷⁹ En primera instancia, se reconoció al actor la suma de \$ 52.276,05 con más intereses, que correspondía al crédito que no había podido percibir, más la de \$ 7680 en concepto de daño psíquico. Este rubro surgía del costo del tratamiento por la patología esquizoide de la personalidad con trastorno adaptativo mixto, ansiedad y depresión padecidos por el actor como consecuencia de los hechos que originaron la causa.

respecto a la inscripción en los registros públicos de la propiedad de las inhibiciones patrimoniales que pesaban sobre el concursado. Si bien tales inscripciones habían sido efectuadas en el registro de Capital, donde tenía jurisdicción el juzgado comercial en el cual tramitó el proceso falencial, se había omitido hacerlas en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, donde estaba ubicado el bien cuya compra frustrada originó el litigio. En consecuencia, de los certificados expedidos por el registro inmobiliario local no surgieron inhibiciones o gravámenes sobre el bien.

La sala, mediante votos concurrentes, responsabilizó al Estado por los perjuicios derivados del irregular funcionamiento del sistema judicial, con fundamento en el art. 1112 del Código Civil.

Para llegar a ésta solución, previamente se debió examinar lo relativo a la defensa de cosa juzgada, que había sido admitida en primera instancia, al entenderse que lo decidido en sede comercial sobre la inoponibilidad al concurso de la compraventa del inmueble obstaba a reconocer la responsabilidad estatal. En este sentido, si bien el frustrado comprador no cuestionó lo decidido en el marco del concurso, que había quedado firme, planteó la falta de concurrencia de las tres identidades (de persona, causa y objeto) entre las dos causas judiciales. Al revocar la decisión de la instancia anterior, la Cámara entendió que no existía cosa juzgada, dado que la justicia comercial no había analizado la responsabilidad del juez ni la del síndico, sino que se había limitado a confirmar la ineficacia de la venta.

Uno de los aspectos positivos de éste caso, es que se concibió a la "maquina Judicial" como abarcadora de cierta clase de auxiliares que, si bien no se encuentran incorporados a la estructura del Poder Judicial, pueden ser considerados verdaderos "funcionarios" en determinados procesos. Así, el hecho que los síndicos tengan una particular modalidad para retribuir sus servicios, o que sean seleccionados y designados de una manera diversa a la de los restantes funcionarios y empleados del Poder Judicial, no obsta a poner la atención en la naturaleza de las funciones desempeñadas -destinadas a satisfacer un fin típicamente estatal-, y el rol de colaboradores del juez en el proceso concursal, como surge del examen de la normativa procesal aplicable realizado por la cámara. Es que el síndico de un concurso tiene la iniciativa de petitionar lo conducente para impulsar el procedimiento, y sus funciones no están supeditadas a las conminaciones del magistrado.⁸⁰

⁸⁰ En definitiva, no es el tipo de designación sino el cometido público que cumple lo que permite equiparar al síndico a un verdadero funcionario del concurso o, expresado en otros términos, "un órgano judicial actuante al lado del juez", como se destaca en "Amiano". (Considerando IV del segundo voto).

Entre los dos votos concurrentes se aprecia un matiz, el vocal que votó en primer término consideró que el daño era imputable a un acto propio del síndico, considerando aplicable el art. 1109 del C.C., lo cual guarda cierta analogía con el concepto de "falta personal" del derecho francés. Asimismo, en aquel voto se entendió que la irregularidad que dio origen al pleito también era imputable al Estado por "riesgo administrativo" derivado del monopolio de impartir justicia, dado que se produjo en un procedimiento regulado por el Estado y que se lleva a cabo por un auxiliar de la justicia inscripto en un registro estatal, citándose el art. 1112 del C.C. seguidamente, se examinó la posible responsabilidad del juez, y por ende del Estado mismo, por haberse omitido fiscalizar el desempeño del síndico, concluyéndose que no había omisión antijurídica por no haber normas que impusieran al juez la vigilancia de la actuación de aquel auxiliar.

Por su parte, en los votos restantes, se puso el énfasis en que las características de la actividad, designación y remoción del síndico, lo asemejaban a la figura de los funcionarios públicos a que se hace alusión en el art. 1112 del C.C. A la institución de la sindicatura, impuesta por el legislador a las partes del concurso, se entendió aplicable la doctrina de la "falta de servicio" adoptada por la Corte Suprema desde el caso "Ferrocarril Oeste". Por resultar responsable el Estado en virtud de tales fundamentos, se consideró innecesario analizar la supuesta omisión del juez de vigilar el desempeño del síndico.

6- Irregularidades en subastas:

Autos "Nahoum, Alberto V. c./ Gobierno Nacional (Ministerio de Justicia)", (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 8/4/86, L.L. 1997-A, 225). Se trata de un fallo tomado como verdadero referente, que se invoca en numerosas decisiones del fuero contencioso administrativo capitalino, en el cual -al igual que en "Amiano"- estaba en tela de juicio la actuación de un auxiliar de la justicia. Los daños que invocaba el actor consistían en la imposibilidad de satisfacer un crédito comercial, debido a irregularidades en la subasta de los bienes que estaban embargados para asegurar el cobro. Si bien no se describen, con detalle, los actos u omisiones que habrían constituido la irregularidad, se consideró probado que el martillero interviniente en la operación se había desempeñado de manera irregular e, incluso, que no se había realizado la rendición de cuentas posterior a la subasta.

Para hacer lugar parcialmente al reclamo⁸¹, se dio relevancia al fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado en virtud de los arts. 100 (principio de demandabilidad) y 16 (principio de igualdad ante la ley) de la Ley Fundamental. Asimismo, se consideró que los actos u omisiones de quien se había desempeñado como auxiliar de la justicia -en el caso, martillero- debían ser imputados al Estado, aludiéndose a la "idea objetiva" que surge del art.1112 del Cód. Civil. También se agregó que había una "responsabilidad por riesgo administrativo derivado del monopolio de impartir justicia que se ha reservado el Estado", máxime cuando el procedimiento de subasta judicial era regulado por aquél y era llevado a cabo por un auxiliar inscripto en un registro llevado por el mismo Estado.

LA NATURALEZA IUS ADMINISTRATIVA DE ESTA RESPONSABILIDAD

Sin perjuicio que en materia de resarcimiento de daños puedan existir algunos puntos comunes entre el derecho administrativo y el civil, la tendencia prevaleciente es considerar que se está ante una cuestión de neto corte administrativo, ámbito cuyos principios brindan una respuesta más adecuada a los conflictos suscitados entre el Estado y los particulares.

En nuestro país la evolución de ésta rama implicó reivindicar la regulación de ciertas figuras jurídicas que parecían, en cierta forma, monopolizadas por parte del derecho privado. Así, la responsabilidad, el derecho subjetivo, el contrato y otros institutos, revisten naturaleza genérica, de modo que pertenecen a la teoría general del derecho y no a una rama en particular, sin perjuicio que en alguna de éstas se los pueda tratar con principios y particularidades propias. La circunstancia de que el derecho civil tenga preexistencia histórica con respecto al desarrollo del administrativo no cabe inducir a la conclusión opuesta.

La índole netamente administrativa de esta responsabilidad deriva de una serie de conclusiones. En primer lugar, a la luz de la jurisprudencia imperante, lo cierto es que en nuestro medio, el factor de atribución predominantemente aplicado en litigios que involucran la reparación de daños generados por la irregular prestación del servicio de justicia es la "faute de service", que viene a aportar todo su bagaje jurisprudencial y doctrinal a este subsistema de responsabilidad estatal. Esto significa un avance sobre las

⁸¹ Si bien se consideró procedente la responsabilidad estatal, se confirmó la sentencia de primera instancia, puntualizándose la cuestión atinente a la cuantificación del daño sufrido por el actor. Así, se entendió que aquél no consistía en el monto total del crédito, sino que se limitaba al valor atribuible a los

construcciones civilistas basadas en la culpa, y favorece la más equitativa reparación de las víctimas de daños, además de quitar el sesgo "excepcional" a estos casos de responsabilidad estatal.

Además, en concordancia con la evolución que ha tenido lugar respecto a la responsabilidad de la Administración, prácticamente en todos los fallos comentados se considera que el Estado es el responsable principal y directo por el desempeño de magistrados, funcionarios o empleados que constituya irregular funcionamiento del servicio de justicia.

Podría plantearse que la doctrina de la falta de servicio nació en el ámbito de los servicios públicos, calificación que no podría ser atribuida a la actividad del Poder Judicial, que es uno de los tres poderes u órganos del Estado. Así, la posición doctrinal mayoritaria niega que la función judicial constituya un servicio público, por considerarse que se trata de una función esencial del Estado, diferente de la función típicamente administrativa. Al hablarse de poder se pone énfasis en un peso social y político que ha sido necesario resaltar. En suma, se marca el contraste con la filosofía subyacente a la frase "Administración de justicia", que sugiere la existencia de una rama de la Administración Pública que imparte justicia, lo que implica una subordinación de los jueces a la Administración.

Sin embargo, la idea de falta de servicio no debe ser interpretada en sentido restringido, acotada al concepto técnico de servicio público, sino con una comprensión amplia, que incluya a toda la actividad administrativa. En este caso, no hay óbices para extenderla al defectuoso funcionamiento del sistema judicial.⁸²

LA ÍNDOLE JURISDICCIONAL O ADMINISTRATIVA DEL DESEMPEÑO IRREGULAR:

Una cuestión que todavía parece revelar cierto grado de discrepancias es la referente a la naturaleza jurisdiccional o administrativa de los actos u omisiones que implican un irregular funcionamiento del servicio de justicia. Así, por ejemplo en algunas causas se hizo alusión a una "conducta procesal", con respecto a la omisión al librar un oficio⁸³; y en contraste se dijo en otro fallo que la guarda de documentación constituía una

bienes desaparecidos, dado que "el Estado no es ni un asegurador ni un continuador de aquella relación jurídica que unía al actor con sus deudores comerciales" (conf. Considerando IV.4.).

⁸² Como afirma Romero M. Claudia Caputi, ("Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales", L.L. t.2000-C, pag.763) "... estamos ante la falta de servicio, sin que ello implique que la actividad judicial sea un servicio público, por cuanto la misma es una función inherente del Estado que monopoliza la prestación de resolver los conflictos de derecho con fuerza de verdad legal...".

⁸³ "De Gandía c/ Provincia de Buenos Aires s/indemnización por daño moral". L.L. 1996-D,79.

actividad "materialmente administrativa"⁸⁴ del tribunal interviniente. En otras causas se busca dar por superada dicotomía al aplicar la jurisprudencia sobre la "falta de servicio", más allá de cual sea la naturaleza que debiera atribuirse.

Es interesante, con respecto a este tema, el desarrollo efectuado en el precedente "Cassou", en el cual se sostuvo que las atribuciones ejercidas por la Administración Nacional de Aduanas al labrar un sumario en el que se investigaba una infracción a la normativa aduanera, constituían la función de administrar justicia. Esta función fue entendida en un sentido amplio, que abarca no sólo la actuación del Poder Judicial, sino también la de otros "jueces" administrativos pues, más allá de las denominaciones atribuidas a los órganos que ejecutaban estas funciones, los principios que las rigen se asemejan más a los de la actividad judicial que a los de la administrativa.

En el terreno doctrinal se cuentan sostenedores de uno y otro criterio. Así, si bien desde cierta óptica podría considerarse que emitir cheques, diligenciar cédulas y oficios, confeccionar liquidaciones, o guardar documentos en la caja fuerte de un juzgado resultan actividades materialmente administrativas, también cabe observar que se encuentran regidas por un código procesal, y son elementos de una función jurisdiccional. En este segundo criterio, se ha observado que la actividad administrativa de los órganos judiciales debería limitarse a supuestos de nombramiento de personal, contratación de suministros, adquisición de bienes para los juzgados, etc.

En todo caso resulta aplicable un régimen jurídico similar al empleado en materia de daños derivados del mal funcionamiento de la Administración Pública, es por este que podría considerarse prácticamente por superado el debate pues, en definitiva, la solución legal aplicable es la misma.

INFORMACIONES DE DERECHO COMPARADO

- a) ITALIA: Algunos años después de la promulgación de la Constitución italiana de 1947, con la apertura propuesta por el art. 28, se desarrolló un intenso debate sobre el papel y la responsabilidad del juez en la sociedad moderna, habiéndose caracterizado las décadas del 70/80 por el "difícil equilibrio entre lo viejo y lo nuevo", impulsado por la propuesta constitucional por un lado y condicionado por la legislación defectuosa por el otro. En los años 70 se organizaron varios congresos

⁸⁴ "Bodegas y viñedos Giol c/ Estado Nacional" J.A., 1995.IV,152

sobre el tema y fueron elaboradas tres propuestas de ley. Finalmente en 1988 fue publicada la ley 117, del 13/4/88, que dispuso sobre el resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de la función jurisdiccional y de la responsabilidad civil del magistrado. Es el instrumento más reciente que trata de forma completa el tema y traza las líneas de un sistema orgánico de la responsabilidad del Estado por acto del juez, cuyas características principales son las siguientes:

- 1) El Estado responde por el daño causado por dolo, culpa grave o denegación de justicia. Constituye culpa grave la violación de la ley por negligencia inexcusable, la afirmación o la negación de hecho, por negligencia inexcusable, contrariando lo contenido en los autos; orden de privación de libertad fuera de los casos legales o sin motivación. Caracteriza denegación de justicia de rechazo, omisión o retardo del magistrado en practicar acto de su oficio cuando, después de terminado el plazo legal, la parte haya recurrido la providencia, pasando inútilmente, sin motivo justificado, treinta días de la fecha del depósito del pedido en notaría. Ese plazo se reduce para cinco días cuando se trata de privación de la libertad.
 - 2) El magistrado y el Estado responden por el daño resultante de crimen cometido por el magistrado en el ejercicio de su función.
 - 3) En ambos casos el Estado tiene acción de repetición contra el magistrado, cuyo valor no puede exceder de un tercio de la anualidad líquida recibida por el magistrado en el momento en que fuese propuesta la acción de resarcimiento. Tal límite no se aplica al hecho cometido con dolo.
 - 4) El juez cuyo comportamiento se examina en la acción de indemnización no puede ser llamado a la causa, pero puede intervenir en ella a cualquier fase o grado, por lo que debe ser comunicado de la primera audiencia.
 - 5) La acción contra el Estado debe ser propuesta al Presidente del Consejo de Ministros, en el tribunal del lugar donde tiene sede la corte de apelación del distrito más próximo de aquel al cual pertenecía el magistrado en el momento del hecho.
 - 6) La acción contra el Estado sólo puede ser propuesta cuando se hayan agotado los medios ordinarios de impugnación y en el plazo de dos años.
- b) INLATERRA: En el derecho inglés vigoraba desde 1613 el principio de la absoluta inmunidad judicial por los actos practicados dentro de los límites de la jurisdicción (intra vires), sin excluir la responsabilidad por los actos ultra vires. Como siempre se

respetó el principio de que corresponde a los jueces de los tribunales superiores determinar el ámbito de su jurisdicción y como ellos, juzgando cierta demanda, estaban implícitamente admitiendo su competencia, la consecuencia práctica era que el juez de la corte superior practicaba actos *intra vires* y en consecuencia, al abrigo de la judicial immunity, aun cuando actuase con dolo o culpa.

Para los jueces de las cortes inferiores, que no tienen el privilegio de determinar el ámbito de la propia jurisdicción, vigoraba plenamente el principio con su responsabilización en los actos practicados *ultra vires*, cuya práctica significaba error de derecho inexcusable. En el caso *Sirros c. Moore* (1974), por el voto de Lord Denning, fue dejado de lado el principio de la graduación de la inmunidad en razón del status de la corte, estableciéndose que, tanto el juez de corte superior como el de corte inferior, deben estar protegidos de la misma manera, pues lo que interesa es que el juez haya actuado de buena fe. En el caso no fue reconocida procedencia de la acción indemnizadora promovida contra el juez de corte inferior, a quien se atribuía la práctica de un acto fuera de la jurisdicción, debido a su actuación de buena fe en el ejercicio de la actividad judicial, aun cuando su acto hubiese sido fruto de un error declarado ilegítimo. El juez podía estar errado, pero creyendo honestamente haber actuado dentro de su jurisdicción, no era responsable. No obstante, más recientemente en el caso *in re "MCC"* (a minor), 1985, la Cámara de los Lores no siguió ese camino, habiendo fracasado aparentemente el objetivo de generalizar la responsabilidad por mala fe, lo que dependería de una ley aprobada por el Parlamento.

- c) FRANCIA: Durante el período feudal en Francia el sistema se caracterizaba por la privatización de las funciones estatales, entre ellas la de la magistratura, para la cual vigoraba el principio de la venalidad del cargo, considerado éste como un bien de propiedad del magistrado y transferible *inter vivos* o *causa mortis*, por lo que la responsabilidad de los jueces era vista como una responsabilidad profesional. Con la ascensión de la realeza y fruto de la creación jurisprudencial, surgió desde 1521 el instituto de la *prise a partie*, procedimiento para la responsabilidad personal de los jueces por daños cometidos en el ejercicio de la función, admitido cuando hubiese dolo, fraude, concusión o error manifiesto de hecho o de derecho, reglamentado substancialmente por la Ordenanza de Luis XIV de 1667. Con la revolución se trató de organizar un sistema burocrático-judicial, en un momento histórico caracterizado por la desconfianza del legislador para con los jueces, que llegaron a ser prohibidos

de interpretar la ley y quedaron sometidos jerárquicamente al gobierno. El juez se tornó responsable únicamente en los casos expresamente previstos por la ley, siendo necesaria autorización previa para el proceso. La ley del 8/6/1895, modificando el art. 446 del Cód. Procesal Criminal, instituyó un régimen de indemnización, a cargo del Estado, en favor del condenado declarado inocente en un proceso de revisión. En 1933, por la ley del 7 de febrero, fue alterada la redacción del art. 505 del Cód. de Procedimiento Civil, admitiéndose la prise a partie en los casos de dolo, fraude, concusión o falta profesional grave en el curso de la instrucción o del juicio; se admitió también la responsabilidad subsidiaria del Estado. La falta grave sería la practicada sobre la influencia de error tan evidente que un magistrado, si hubiese tomado el cuidado normal para con sus deberes, no podría cometerlo.

En 1956, con el Arrêt Giry, la Corte de Casación admitió la responsabilidad del Estado en hipótesis no previstas en la legislación, fundamentando la decisión en un principio general del derecho público.

La ley 70/643 del 17/7/70 introdujo en el Código Procesal Penal la reglamentación de la responsabilidad del Estado por los daños causados por prisión preventiva, estableciendo una indemnización a favor del preso absuelto, cuando de la detención derivase daño manifiestamente anormal y de particular gravedad.

La ley del 5/7/72, en su art. 11, atribuyó al Estado la obligación de reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso de la justicia en razón de falta grave o denegación de justicia. La responsabilidad de los magistrados ordinarios, por falta personal, se rige por el estatuto de la magistratura y la de los demás por ley especial apareciendo el Estado simplemente como garante de esa responsabilidad.

La ley orgánica del 18 de enero de 1979 incluyó en el estatuto de los magistrados un artículo donde especifica que los de la jurisdicción ordinaria responden solamente por su culpa personal, pero la acción de responsabilidad contra el magistrado no puede ser ejercida sino por acción de repetición del Estado ante una sección civil de la Corte de Casación. Con eso desapareció el proceso de prise a partie para los jueces ordinarios y se amplió el campo de la responsabilidad directa del Estado también por las faltas personales de los jueces.

- d) ESPAÑA: El art. 121 de la Constitución de España de 1978 dispone: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia de la administración anormal de la justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado de acuerdo con la ley". Esta vino a ser la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), del

1/7/85, que trata la materia en los arts. 292,297. El sistema implantado por ella se caracteriza por la responsabilidad directa y objetiva del Estado, cuando estén reunidos los siguientes requisitos:

- a) Un comportamiento dañoso, calificable como error judicial o como funcionamiento anormal de la administración de justicia, independiente de culpa o caso fortuito.
- b) Daño injusto, es decir, el que el perjudicado no está obligado a soportar.
- c) La relación de causalidad.

Se incluye entre las hipótesis de reparación la prisión preventiva injusta.

La ley trató el error y el funcionamiento anormal como siendo cosas distintas, pasando tales conceptos a ser objeto de discusión por la doctrina. El error sólo podría acontecer en la actividad propia del juez, en el ejercicio de su función jurisdiccional y comprendería el error accidental y el culposo. Sin embargo, Nosete⁸⁵ considera que el error culposo o doloso constituye funcionamiento anormal de la justicia y en esa clase debe ser incluido, reservando para la categoría "error" únicamente el accidental, pues éste forma parte de la esencia de la acción judicial, cuyo sistema está estructurado sobre la presunción de esa falibilidad. Limitado al concepto de error verificado en resolución judicial, Rebollo⁸⁶ aclara que tal resolución no es exclusivamente la sentencia firme sino todo tipo de actuación judicial incluyendo otras decisiones, providencias, sentencias. De no atribuirse esa amplitud al concepto, el sistema retornaría al error judicial reconocido en la revisión de la sentencia, lo que sería reducir demasiado la norma constitucional.

También existe un debate sobre si el funcionamiento anormal sería únicamente el de la administración de la justicia en su actividad jurisdiccional stricto sensu, a) siendo trasladadas para el sistema de la responsabilidad de la administración en general las faltas cometidas por la administración de la justicia en su aspecto no jurisdiccional, o b) si se extiende para cualquier tipo de actuación ejercida en el complejo orgánico de la administración de la justicia, incluyendo en ella la participación de todos sus auxiliares y colaboradores.

El funcionamiento anormal corresponde al funcionamiento defectuoso del derecho francés, que ocurre cuando la justicia no funciona, funciona mal o tardíamente, de acuerdo con los standards de actuación y rendimiento normalmente exigibles.

⁸⁵ Nosete, Responsabilidad judicial, p. 85.

⁸⁶ Rebollo, Jueces y responsabilidad del Estado, ps. 140-142.

La indemnización por prisión preventiva (art. 294, LOPJ) sólo es debida al reo que sea condenado por la inexistencia del hecho imputado. La regla ha sido criticada por excluir la absolución sobre la base de otro fundamento como el de la inexistencia de autoría, lo que tal vez venga a justificar la interpretación extensiva para considerar que ella apenas proporciona un ejemplo.

e) BRASIL: sus principales postulados son:

- 1- Es siempre directa la responsabilidad del Estado por los daños derivados del ejercicio de la función jurisdiccional.
- 2- Esa responsabilidad tiene causa en la acción del juez que actúa con dolo, fraude o culpa grave (negligencia manifiesta o incapacidad para la función), en el error judicial y en los demás casos de mal funcionamiento de los servicios de justicia, incluyendo la falta anónima.
- 3- Son inaceptables las tesis que justifican la irresponsabilidad por el ejercicio de la soberanía, respecto a la cosa juzgada o a la necesidad de preservación de la independencia del juez.
- 4- La independencia del juez se reserva vedando la responsabilidad por interpretación del derecho o de los hechos, de acuerdo con el sistema.
- 5- Por ejercicio de la función jurisdiccional se entiende la práctica del acto jurisdiccional en sentido estricto (sentencia) y de los demás actos judiciales practicados durante el proceso, en la jurisdicción contenciosa o voluntaria.
- 6- La acción de indemnización por acto jurisdiccional en sentido amplio solamente puede ser intentada luego del agotamiento de los recursos ordinarios o menoscaba la cosa juzgada civil o criminal.
- 7- El derecho de repetición contra el juez solamente tiene lugar existiendo dolo, fraude o culpa grave, en los casos definidos en la ley.

REFLEXIÓN FINAL

En relación a los objetivos que motivaron este trabajo me atrevo a decir que es acertada la actual postura de nuestra Corte Suprema al sostener, luego de una interpretación dinámica del art. 1112 del Código Civil, la responsabilidad directa del Estado, dado que la actividad de sus órganos, funcionarios o agentes es realizada para el desenvolvimiento y logro de sus fines, en conclusión ha de ser considerada propia del

Estado, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.

Esta conclusión es fruto de una larga evolución que tendió a hallar soluciones en base a la equidad, a fin de no dejar indefensas a las víctimas de daños originados por los poderes públicos. Este progreso, que ha ido desde la irresponsabilidad absoluta hasta el reconocimiento de la responsabilidad, es muestra de esto.

Al abordar el tema de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de su actividad jurisdiccional parece ilógico sostener que el pronunciamiento de un magistrado puede ser contrario a derecho, ya que éste poder es el encargado de velar por el respeto a la Constitución Nacional, y así declarar inconstitucional el mal accionar de los poderes legislativo y ejecutivo; además, de chocar con institutos jurídicos de larga data como son la inmunidad judicial y el principio de cosa juzgada.

Además, la mayoría de la doctrina la considera excepcional, compleja, de límites difusos y una practica restringida si se la compara con la responsabilidad por la actividad legislativa o administrativa. Pese a esto y a la inexistencia de ley que la regule, vale hacer la salvedad que no es así en relación al derecho penal, los diversos pronunciamientos judiciales han hecho que no sea utópico pretender reconocer el derecho a indemnización para los damnificados por errores judiciales, o por un defectuoso funcionamiento de la justicia, ya que hay suficiente fundamentos constitucionales y principios generales, como son la igualdad ante las cargas públicas, la defensa del derecho a la propiedad, afianzar la justicia, no dañar a otro, que sustentan esta solución.

LEANDRO PASSARINI

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Botassi, Carlos Alfredo, "Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional", en Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, junio 2000, sobre "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Editorial Ciencias de la Administración División Estudios Administrativos, Buenos Aires.

- Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad del Estado por error judicial". La Ley t.1996-B, 311.
- Caputi, M. Claudia "Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales". La Ley t.2000-C, 750.
- Cassagne, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado por omisión". La Ley t.1989-C, pags. 512-514.
- Colautti, Carlos E., "Responsabilidad del Estado, problemas constitucionales". Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo". Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- Gherzi, Carlos A., "Los nuevos daños, soluciones modernas de reparación", Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, abril de 1995.
- Gherzi, Carlos Alberto, "Responsabilidad de los jueces y juzgamiento de funcionarios". Editorial Astrea. Buenos Aires. Octubre del 2003.
- Marienhoff, Miguel S., "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público". Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Muñoz, Guillermo, "Responsabilidad del estado por omisión", en Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, junio 2000, sobre "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Editorial Ciencias de la Administración División Estudios Administrativos, Buenos Aires.
- Reiriz, María Graciela, "Responsabilidad del Estado". Editorial Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1969.

- Rejtman Farah, Mario. "Responsabilidad del Estado por omisión judicial: una tendencia que se expande". La Ley, t. 1996-D, 79.

- Tawil, Guido S. "La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la justicia". Edit. DePalma, Buenos Aires, 1989.