



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesinas de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

**Responsabilidad del Estado por sus actos
lícitos**

Nº 57

Juan María Fernández Cittadini

Tutor: Carlos Lo Turco

Departamento de Investigación
Marzo 2003

Índice general

CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN	5
1. CONCEPTUALIZACIÓN	5
2. NEGACIÓN	5
a) Soberanía	5
b) Doble personalidad del Estado	5
c) Voto del juez Fayt	5
2.1 Críticas	5
a) Soberanía	5
b) Doble personalidad del Estado	6
c) Voto del juez Fayt	6
3. ACEPTACIÓN	6
3.1 Evolución histórica	6
3.2 Fundamento	7
a) Riesgos sociales	7
b) Justicia distributiva	7
c) Sacrificio especial	7
d) Breve reseña	8
e) Principios propios del Estado de derecho	8
3.3 Derecho aplicable	9
3.4 Indemnización	9
 CAPÍTULO II	
TIPO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR	
SUS ACTOS LÍCITOS. ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD.	
ANTI JURIDICIDAD	
1. TIPO DE RESPONSABILIDAD	10
0.1 Objetiva	10
2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD	10
3. ANTI JURIDICIDAD	11
3.1 Concepto	11
3.2 La responsabilidad por acto lícito	11
 CAPÍTULO III	
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS O ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN	
1. INTRODUCCIÓN	12
2. AMPLITUD DE LA RESPONSABILIDAD	13
2.1 Tesis amplia –admisión del lucro cesante	13
2.2 Tesis restringida –exclusión del lucro cesante	13
2.2.1 ¿La ley de expropiaciones es constitucional?	15
2.3 Tesis del Dr. Barra, Rodolfo C	17
2.4 Proyecto de reforma del Código Civil	18
2.5 ¿Qué ocurre ante el actuar ilícito del Estado?	18
3. ALGUNOS EJEMPLOS DE RESPNSABILIDAD DEL ESTADO POR	
ACTOS LÍCITOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	18
3.1 Revocación de actos y contratos administrativos por razones de	
oportunidad, merito o conveniencia	19
 CAPÍTULO IV	
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL ACTUAR DEL PODER LEGISLATIVO	
1. INTRODUCCIÓN	19
2. CONSTITUCIONALIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS	20
2.1 ¿Debe ser especial el daño para ser reparable?	21

2.2	Responsabilidad de los miembros del poder legislativo ante normas ilícitas	21
2.3	¿Qué ocurriría ante un cambio de Constitución?	22
2.4	Algunos ejemplos de normas lícitas e ilícitas	22
a)	Ejemplo de ley lícita	22
b)	Ejemplo de ley ilícita	22
c)	Otros casos particulares	22
3.	TIPOS DE NORMAS QUE PUEDE DICTAR EL PODER LEGISLATIVO	23
a)	La propia ley reconoce el derecho a la indemnización	23
b)	La ley guarda silencio al respecto	23
c)	La ley niega derecho al resarcimiento	23
4.	AMPLITUD DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE LA ACTUACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO	23
4.1	Ante actos legislativos lícitos	23
4.1.1	Tesis amplia –admisión del lucro cesante-	23
4.1.2	Tesis restringida –exclusión del lucro cesante	23
4.1.3	Tesis del Dr. Barra, Rodolfo C	24
4.1.4	Proyecto de reforma del Código Civil	24
4.2	Ante actos legislativos ilícitos	24
4.2.1	¿Qué ocurre ante el actuar ilícito del Estado?	24
5.	CONSIDERACIONES PERSONALES SOBRE LAS POSIBLES ACCIONES QUE EL O LOS DAMNIFICADOS PUEDEN ENTABLAR	24
a)	Ante leyes lícitas	24
b)	Ante leyes ilícitas	24
CAPÍTULO V		
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL ACTUAR DEL PODER JUDICIAL		
1.	INTRODUCCIÓN	25
2.	ERROR JUDICIAL	25
2.1	Análisis en el caso de condena y ante el dictado de prisión preventiva, Doctrina	25
2.2	Tratados Internacionales	27
2.3	Jurisprudencia	28
a)	Condena	28
b)	Prisión preventiva	28
3.	RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES FRENTE AL ERROR JUDICIAL	29
3.1	Introducción	29
3.2	El tipo legal del artículo 270 del Código Penal	30
a)	Antecedentes	30
b)	Bien jurídico	30
c)	Tipo objetivo	30
d)	Autor	31
e)	Tipo subjetivo	31
f)	Consumación	31
3.3	El marco constitucional de la responsabilidad de los magistrados por el error judicial	31
3.4	La responsabilidad civil del magistrado por el error judicial	32
3.5	La responsabilidad civil del magistrado y el Estado. Jurisprudencia	33
4.	AMPLITUD DE LA RESPONSABILIDAD	34
CAPÍTULO VI		
CONCLUSIONES		
1.	CONCLUSIONES FINALES	35
1.1	Responsabilidad por el actuar de la Administración y del poder Legislativo	35
1.2	Responsabilidad por el actuar del poder Judicial	35
BIBLIOGRAFIA		36

Capítulo I

Introducción

1. Conceptualización

“La actividad del Estado es lícita cuando su ejercicio o el impulso que la determina -que presupone un poder legal- resultan autorizados por una norma jurídica, hallándose tal ejercicio exento de toda *“falta”* (culpa o dolo) o sea donde la voluntad no apareja desvío alguno que la descalifique”¹. Aún así, el ejercicio de esa actividad -lícita en su origen- puede producirle daños o perjuicios al o los individuos sometidos al poder público del Estado. De ahí surge el problema de la *“responsabilidad del Estado por su actuar lícito”*. ¿Es responsable por los daños que ocasione?..... De esta fundamental cuestión me ocuparé en el presente capítulo.

2. Negación

En un principio, se entendió que el Estado era ***irresponsable cuando actuaba en ejercicio de sus prerrogativas de poder público***. A esta conclusión se llegó por medio de los siguientes razonamientos.

- a) Soberanía. Es indudable que la idea de soberanía jugó un papel fundamental en el mantenimiento, durante varios siglos, del principio de la irresponsabilidad del Estado. En la Edad Media, las ideas políticas de los griegos dictaban que la ciudad era la entidad suprema, con una soberanía sin restricciones. Asimismo, con el triunfo del absolutismo en el siglo XVI se acentúa lo antes descrito. El modelo de Estado que preconiza este periodo es el poseer poder absoluto en el interior e independencia absoluta en el exterior, cuya finalidad está en él mismo: la omnipotencia y la razón del Estado. De esta manera, el absolutismo llegó a sostener que el Monarca o Rey no podía causar perjuicios. El estado de cosas no cambió con la Revolución Francesa, que sustituyó la soberanía del Rey por la soberanía del pueblo, articulada sobre la idea de predominio de la voluntad general, considerada soberana e infalible (Rousseau) y no obstante que los hombres se vinculan y unen sus voluntades en un contrato social, la soberanía del pueblo no tiene límites, acentuándose así el despotismo y la irresponsabilidad del estado.
- b) Doble personalidad del Estado. Esta teoría diferenciaba la responsabilidad del Estado al actuar en el campo del derecho privado con respecto a cuando lo de hacia con poder público. Según ésta, cuando el Estado actuaba en el medio privado era factible responsabilizarlo, cosa que no ocurría al actuar como poder público.
- c) Voto del juez Fayt². Según este magistrado, el Estado no es responsable por las consecuencias dañinas de su ***actividad lícita***, ya que la responsabilidad estatal solo resulta del orden jurídico legal o constitucional, y en este caso no está siendo vulnerado. Asimismo, estima que este tipo de daños provienen de actuaciones realizadas en el interés general de la comunidad. El deber de soportar el daño puede provenir tanto de una norma expresa, como de principios jurídicos diversos, entre los cuales se encuentra el deber de solidaridad. Según el magistrado, este es un principio ético-jurídico que encuentra raíz constitucional en el Art. 16 de la Constitución Nacional, al establecer la exclusión de cualquier tipo de prerrogativa, es decir, de privilegio o situación de excepción injustificada, como así también en el requisito ineludible de participar 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”.

2.1 Críticas.

- a) Soberanía. Tratábase de una idea equivocada: pretender que la soberanía implica inhabilidad es un absurdo. “Nunca soberanía puede ser sinónimo de impunidad. Soberanía significa el ejercicio de poderes superiores pero siempre dentro del derecho, dentro de normas legales o constitucionales que fijan la conducta a observar por los funcionarios del Estado; todo acto realizado al margen de la Constitución o de la ley será un acto inválido, no pudiendo en ninguna forma invocarse para su validez la soberanía del Estado”³. “La idea o concepto de soberanía, pues, nunca podrá invocarse eficazmente para excluir la

1. Cassagne Juan C.: “Derecho Administrativo”, T. 1, Págs. 221 y sig., Buenos Aires, 1991.

2. Fallo de la corte suprema del 16 de junio de 1993. Voto en disidencia en el juicio rotulado “Cachau, Oscar José c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”.

3. Bullrich: “Curso de Derecho Administrativo”, tomo 2. páginas 181-182, Buenos Aires 1932, y “La Responsabilidad del Estado”, página 257.

responsabilidad del estado"⁴. El "Estado de Derecho" no reconoce poderes jurídicos absolutos e ilimitados en favor de éste; presupone una auto-limitación de sus propios poderes, por lo cual permite frente a él, el reclamo de su responsabilidad por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables.

- b) Doble personalidad del Estado. El Estado no tiene una doble personalidad: tiene una sola y única personalidad (que es de derecho público), aunque con una doble capacidad, en cuyo mérito tanto puede actuar en el campo del derecho público como en el del privado. "Con el Estado ocurre lo mismo que con las personas individuales o físicas, que si bien tienen una personalidad única (que es de derecho privado), poseen una doble capacidad que les permite actuar tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público"⁵. "La naturaleza de la relación no modifica la naturaleza del sujeto"⁶.
- c) Voto del juez Fayt. En caso alguno la Constitución Nacional dispone que los menoscabos producidos por el Estado en el patrimonio de los administrados o particulares, como consecuencia de actividades realizadas en el interés general de la comunidad, deban ser soportados sin resarcimiento por esos administrados.

Un agravio a la vida, en cualquiera de sus expresiones: a la libertad, a la propiedad, etc., en cuanto prerrogativas garantizadas por la Constitución Nacional, significa, sin la menor duda, un agravio al orden jurídico fundamental del Estado, pudiendo derivar de ahí una responsabilidad estatal por los deterioros causados en ejercicio de su actividad lícita. Cabe agregar que: "a los efectos de responsabilizar al Estado por daños causados a los administrados, la Constitución no distingue entre deterioros causados en ejercicio de una actividad lícita o de una actividad ilícita. En ambos supuestos, concurriendo los requisitos fácticos pertinentes, puede surgir esa responsabilidad"⁷.

Las "las cargas publicas", propiamente tales, sólo pueden ser establecidas a través de una ley, porque implican una restricción a la libertad o a la propiedad, aparte de que deben reunir los requisitos objetivos requeridos por la doctrina calificada. Finalmente, cabe agregar, que el "interés general" no puede satisfacerse a costa de personas determinadas. En el único supuesto en que la Constitución admite que un individuo particular pierda su propiedad por utilidad pública, dispone que ello ocurrirá mediante indemnización (expropiación).

3. Aceptación

3.1 Evolución histórica.

La aceptación de la responsabilidad del Estado, cuando éste desarrolla su actividad en el ámbito del derecho público, fue de tardía aparición en la historia. Pero así como originariamente la "irresponsabilidad" del Estado constituía el principio, en la actualidad dicha irresponsabilidad constituye la excepción. En este orden de ideas, la aceptación de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos constituye la más reciente conquista del *Estado de derecho*. Anteriormente no solo se negaba la procedencia de este tipo de responsabilidad estatal, sino que se negaba lisa y llanamente -en todos los aspectos- la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público. Dicha negación se basó básicamente en la concepción de Soberanía de la época, en la doctrina de la doble personalidad del Estado, y en la inexistencia de una norma que impusiera la responsabilidad estatal en aquel ámbito. Fue lento el camino recorrido para superar esa improcedente concepción jurídica. Si se negaba la responsabilidad del Estado incluso por su actividad extracontractual ilícita, es fácil comprender que se negara su responsabilidad extracontractual lícita.

"El origen de la posición que acepta la responsabilidad del Estado por las consecuencias lesivas de su actividad lícita, se remonta a más de tres cuartos de siglo, época en que, a través de Consejo de Estado, la Jurisprudencia francesa admitió esa responsabilidad"⁸, que luego fue consolidándose con el transcurso del tiempo.

¿Qué ocurrió en nuestro país? La aceptación de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, en nuestro país, tuvo evidentes vicisitudes tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial. En nuestro derecho, lo relacionado con la responsabilidad del Estado no surge precisamente de una regulación positiva orgánica, sino de la jurisprudencia, de las enseñanzas de la doctrina científica, y de normas positivas dispersas y parciales. Lo cierto es que un sistema de derecho no es completo sino

4. Marienhoff Miguel: "Tratado de Derecho Administrativo", página 694.

5. Marienhoff Miguel: "Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos", E.D. Tomo 127, pag. 711.

6. Bullrich: "Principios generales de derecho administrativo", Buenos Aires 1942.

7. Marienhoff Miguel: "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita", L.L., 1993-E-912.

8. Nota tomada por Marienhoff Miguel en su trabajo "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita", L.L. 1993-E-912., (Según DUGUIT, León, "La teoría de referencia data y hállese vigente desde 1918 a través de una decisión del Consejo de Estado de Francia -Traite de Droit Constitutionnel, T. 3, Pág. 504. 3ra. Ed., Paris, 1930-).

cuando el ciudadano tiene el medio de obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado. Es así que surgió la **“Doctrina del Fisco”** para tratar de atemperar la situación de incertidumbre y desamparo de los habitantes frente al Estado en materia de responsabilidad estatal. Dicha doctrina tiene origen en la época del auge del “Estado de Policía”; El Fisco aparecía equiparado al hombre común u ordinario que administraba sus bienes, hallándose sometido al derecho civil y dependiendo de la autoridad civil. Se lo diferenciaba del “Estado”, propiamente dicho, que carecía de bienes, pero que poseía *imperium*. En esa forma la doctrina de Fisco adquirió gran importancia en la organización del derecho durante el llamado “régimen de policía”, porque en defecto de protección jurídica frente a la Administración Pública, dicha doctrina suministra un sustitutivo al establecer que el Jefe del Estado, o el Estado mismo, pueden ser demandados como Fisco ante los tribunales civiles. De esta forma, la teoría del Fisco alivió en parte la situación de los habitantes frente al Estado, y hoy constituye un valioso antecedente histórico de todo lo que se vincula a la evolución de la teoría sobre responsabilidad estatal.

En el campo de la **doctrina** existían dos grupos irreductibles. Uno de esos grupos sostenía que si bien debía aceptarse la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo de derecho público, ello sólo podía ser así en tanto una ley formal lo dispusiera.

El otro grupo, representado por el doctor Rodolfo Bullrich, sostenía que el Estado podía ser responsabilizado extracontractualmente en la esfera del derecho público, sin necesidad de que una ley formal admitiera tal responsabilidad. Sosteníase que el fundamento de ésta hallábase en una serie de principios de derecho público, inherentes al Estado de Derecho (esto será tratado en el punto e) del siguiente título).

En el campo **jurisprudencial** del Alto Tribunal, advierto tres períodos o etapas netamente diferenciadas:

En el primer período, la Corte Suprema no admitió la responsabilidad extracontractual del Estado en el plano de derecho público, basándose para ello en una concepción errada de lo que significa Soberanía y en la teoría de la doble personalidad del Estado; ambas tratadas anteriormente (puntos 2. a) y 2. b)).

En el segundo período, la Corte Suprema –cambiando de criterio- admite la responsabilidad extracontractual del Estado (en el ámbito del derecho público) en los supuestos de *culpa* imputables a éste. Invocó para ello los arts. 1109 y 1113 del Código Civil. Es decir, el Tribunal admitió la responsabilidad estatal como consecuencia de un comportamiento *ilícito* que le era imputable.

En el tercer período -que es el actual- la Corte Suprema, para responsabilizar extracontractualmente al Estado en el ámbito del derecho público, prescinde de que los daños deriven de un comportamiento ilícito, pues tanto admite esa posible responsabilidad en el supuesto de daños derivados de una conducta *ilícita* como del ejercicio *legal* de sus prerrogativas o potestades. Lo cierto es que dicho Tribunal admite ahora la responsabilidad extracontractual del Estado, tanto en el derecho *privado* como en el derecho *público*, se trate de su actividad ilícita o de su actividad lícita.

3.2 Fundamento.

El *quid* para establecer la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, se encuentra respondiendo a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el *fundamento* por el que deben repararse daños que resulten de su actividad lícita, no previstos por el ordenamiento?. Para responder a esta pregunta, se han elaborado diversas soluciones de las que me ocuparé a continuación.

- a) Riesgos sociales. Según esta posición, la responsabilidad del Estado por los daños que éste ocasione halla su fundamento en los *riesgos sociales*, lo cual implica excluir la *culpa* estatal como fundamento de su deber de resarcir los daños que se produzcan por los hechos o actos que le sean imputables. La existencia actual de esos *riesgos sociales* es exacta, pues hoy ocurre todo lo contrario a lo que acontecía antaño con la actuación del Estado liberal, cuya actividad dejaba casi libre la esfera de acción de los administrados. Sin embargo, la teoría de los *riesgos sociales* no es aceptable para fundamentar la responsabilidad del Estado, pues, aun existiendo dichos riesgos, ellos podrán ser la *causa* de los respectivos daños y perjuicios, pero en modo alguno constituyen el fundamento de la responsabilidad estatal de resarcir al damnificado.
- b) Justicia distributiva. “El fundamento de la indemnización se busca en un principio de justicia distributiva, según el cual la carga necesaria para la obtención de una utilidad colectiva debe distribuirse proporcionalmente entre todos los miembros de la colectividad y no debe recaer toda ella sobre uno solo; o sea que todo sacrificio soportado por un ciudadano en sus bienes más allá de aquello con lo que contribuye a la sociedad en virtud de una ley general tributaria, debe ser compensado por el erario público”⁹.
- c) Sacrificio especial. “Fue el agudo administrativista Mayer uno de los primeros en hablar de la obligación que contrae el Estado cuando causa daño, aunque el acto que lo ocasiona sea legal, en la medida que

9. Nota tomada por MOSSET ITURRASPE Jorge en su trabajo “Indemnización de daños por el Estado. Sacrificio de derechos patrimoniales como consecuencia de actos lícitos”, L.L., 1979-C-219., (ALESSI, R., “Instituciones de derecho administrativo”, ED. Bosch, trad. De la 3ra ED. Italiana por B. Pellisé Prats, t. II, p. 489, Barcelona, 1970).

se perjudique a un ciudadano de manera desigual y desproporcionada con respecto al resto o generalidad. Ello se conoce en doctrina como la *teoría del sacrificio especial*, cuyo sentido último sería la obligación de indemnizar por parte del Estado al particular especialmente afectado, restituyéndole el empobrecimiento sufrido; dicha indemnización, debe ser cargada equitativamente sobre la comunidad toda¹⁰

d) Breve reseña. El fundamento de la responsabilidad extracontractual, según algunos, se halla en los principios de *enriquecimiento sin causa* (Mayer), según otros en la *equidad* (Rivero). También están quienes la fundamentan en la *igualdad ante la ley* (Cassagne, Fioroni); en tanto que para otros, dicho fundamento lo constituye la *garantía constitucional de los derechos patrimoniales* (Spota). Por último, hay quien sostiene que el fundamento de este tipo de responsabilidad surge del imperativo constitucional de afianzar la justicia y consolidar la paz interior y, subsidiariamente, de la garantía de la propiedad del Art. 17 y de la igualdad ante las cargas públicas del Art. 16 de la Constitución Nacional (Barra).

e) Principios propios del Estado de derecho. Este es el criterio sostenido por Marienhoff Miguel S.¹¹, al cual **me sumo** por medio de sus palabras....

El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado dentro del derecho público no es otro que el "*Estado de derecho*" y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Estos principios o postulados, forman un complejo y tienden -todos ellos- a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados.

Los principios aludidos resultan de la Constitución Nacional, como así de las generosas expresiones de su preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho (no dañar a otro; dar a cada uno lo suyo) que, por cierto, también integran nuestro ordenamiento jurídico, como el de todo país civilizado. Ha de recordarse además, que como lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad, y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos"¹².

Entre tales "*principios*" pueden mencionarse:

- El respeto del *derecho a la vida* y, en general, a la integridad física del hombre, pues tal Derecho -aunque no expresamente- surge implícitamente de la Ley Suprema, ya que su existencia y reconocimiento es requisito "*sine qua non*" para que el hombre goce de todos los demás derechos expresamente reconocidos por la Constitución. El derecho a la vida actúa como obvia garantía constitucional innominada: sin él no es posible el ejercicio de ninguno de los otros derechos reconocidos expresamente. El respeto debido al derecho a la vida y a la integridad física del hombre es, en síntesis, el fundamento de la responsabilidad del Estado por la muerte o lesión física causada a una persona al ser ésta, por ejemplo, embestida con un automotor de propiedad de aquel -máxime si en la especie no hubo precisamente "culpa" del Estado-, o al recibir una herida de bala por la actuación de un guardián del orden, etc..
- El respeto a los *derechos adquiridos* o, en otras palabras, el respeto a la *propiedad*, todo lo cual surge del artículo 17 de la Constitución.
- Las específicas normas sobre *expropiación* por utilidad pública, calificada por la ley y previamente indemnizada. Estas normas constituyen un principio general, de aplicación no sólo en todos los supuestos específicos de expropiación, sino en todos los supuestos en que un derecho individual cede o sufre menoscabo por utilidad o interés público. (esta es la opinión de Marienhoff)
- La igualdad ante las cargas públicas.
- El afianzamiento de la justicia.
- El reconocimiento de derechos esenciales (mencionados en el artículo 14).
- Las garantías a la libertad.
- El que surge del artículo 15 de la Ley Suprema, en cuyo mérito "en la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración". Pese a que esa "*ley*" nunca se ha dictado, lo cierto es que ese texto de la Constitución evidencia que los constituyentes sancionaron ahí un aspecto de la responsabilidad del Estado.

La responsabilidad estatal en el campo de derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios propio del "*Estado de Derecho*". No es concebible un Estado de derecho *irresponsable*. Lo contrario implicaría un contrasentido. "Estado de Derecho" y "responsabilidad" son, en este orden de ideas, conceptos correlativos. Tal responsabilidad existe cualquiera sea el órgano estatal -Legislativo, Ejecutivo, o Judicial- causante del agravio, pues cualquiera de esos órganos, al actuar, lo hacen en nombre del *Estado*, a cuya estructura pertenecen. Cualquier diferencia que hubiere en

10. Carranza Latrubesse G.: "Responsabilidad del Estado por su actividad lícita", Pág. 58 Edit. Abeledo-perrot, Bs. As., 1998.

11. Marienhoff Miguel S.: "Tratado de derecho administrativo", T. IV, pág. 698 y sigs..

12. Corte suprema de justicia de la Nación. Fallos, tomo 137, página 254.

cuanto a la calidad de lesión o daño causado por la actuación estatal, o en la manera de hacer efectiva la pertinente responsabilidad, en nada altera el fundamento “general” de la responsabilidad extracontractual del Estado. No hay, pues, un fundamento “específico” para la responsabilidad del *Estado-Administrador*, del *Estado-Legislador*, o del *Estado-Juez*; el fundamento esencial es siempre el mismo, en tanto que el principio concreto a aplicar depende de cada caso particular. En un mismo caso, difícilmente corresponderá aplicar para ello todos los “principios” aceptados objetivamente por la doctrina, pues es improbable que un solo caso ofrezca tantos matices que, para su solución requiera la concurrencia de todos aquellos principios. Se aplicará el o los principios que fueren pertinentes. Lo cierto es que generalmente un caso será distinto del otro, al extremo de que si uno de ellos requiere la aplicación de un *principio* para fundar la tesis de la responsabilidad, el otro probablemente requerirá para ello un *principio* diferente.

3.3 Derecho aplicable.

¿Qué derecho, el público o el privado, rige lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado?, ¿se aplican al respecto normas o principios de derecho privado o de derecho público?

Ambos tipos de derecho, normas o principios, pueden tener aplicación en estos supuestos: todo depende de la actuación desplegada por el Estado, es decir si éste actuó ejercitando su normal capacidad (competencia) de derecho público, o se ejercitó su capacidad (competencia) excepcional de derecho privado. En ambas esferas jurídicas –pública o privada- puede actuar el Estado. De manera que la responsabilidad extracontractual del Estado puede estar regida por el derecho público o por el derecho privado: todo depende de la índole del comportamiento o conducta generadora de la responsabilidad.

Cuando la actuación del Estado tiene lugar en la esfera del derecho privado, su eventual responsabilidad extracontractual se rige por las mismas normas del derecho civil aplicables a las personas privadas (físicas o jurídicas). Así, por ejemplo, si se tratare de la responsabilidad del Estado por las consecuencias de “*vías de hecho*”, al no constituir éstas actos administrativos, tal responsabilidad rígease por el derecho privado. En cambio, *cuando la actuación del Estado tiene lugar en el ámbito de derecho público, su eventual responsabilidad extracontractual se rige, substancialmente, por normas o principios de derecho público y no por los de derecho privado*, salvo que corresponda recurrir a éstos subsidiariamente por no haber normas específicas de derecho administrativo. El criterio general, en este orden de ideas, consiste en que la aplicación del derecho privado se extienda al derecho administrativo en tanto lo permita la substancia de esta última disciplina. La doctrina es casi unánime en este sentido.

Las normas o principios que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del *derecho público* no son, pues, las normas o principios de derecho civil, ya que el Código Civil –como lo puso de manifiesto Dalmacio Vélez Sarsfield en la nota al art. 31- sólo legisla sobre el derecho privado. La actuación del Estado, en su calidad específica de tal, en modo alguno se rige por derecho privado, civil en la especie, pues el Estado –por principio- es una persona de derecho público que actúa dentro de éste.

La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público, se rige por principios del derecho público, que fundamentalmente hállanse contenidos en la Ley Suprema, y que, por ello mismo, son jerárquicamente superiores a los contenidos en el Código Civil.

3.4 Indemnización.

El reconocimiento de la responsabilidad jurídica del Estado permite las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual contra él, y su consecuente deber reparatorio con bienes propios, respecto de los actos y hechos estatales emitidos por sus órganos en ejercicio de las funciones de poder. El deber de resarcimiento gravita sobre el Estado, como sobre cualquier otro sujeto jurídico, como una exigencia del sometimiento de los poderes públicos al imperio del derecho.

Ante el sacrificio *lícitamente* causado a un derecho singular del particular, corresponde al Estado proporcionar una justificada compensación. Constituye un derecho subjetivo del particular afectado, una justa pretensión a una prestación positiva del Estado.

A diferencia de la responsabilidad civil (arg. arts. 505, 1083, cód. civil), no cabe exigir el cumplimiento en especie de una –inexistente- obligación de hacer, sino el pago de una indemnización o compensación en dinero.

La contraprestación, consiste en una adecuada sustitución cualitativa de los bienes jurídicos afectados por valores cuantitativamente iguales desde el punto de vista pecuniario, para evitar el menoscabo patrimonial o, en otros casos, de alguna manera revertir la turbación extrapatrimonial (ej: un condenado a prisión por error judicial). “En la observancia de este factor legitimante descansa la licitud del obrar público lesivo de los derechos particulares, trátase de un recorte parcial, suspensión temporaria o definitiva, procurando así preservar bienes ponderados positivamente en la Constitución”¹³.

13. GUSTAVINO Elías P.: “Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado”, E.D., t. 118, págs. 192 a 194.

Capítulo II

Tipo de responsabilidad del Estado por sus actos lícitos. Análisis de los presupuestos de responsabilidad. Antijuricidad

1. Tipo de responsabilidad

1.1 Objetiva

La primer gran clasificación que existe en el campo de la responsabilidad por daños es la que otorga a dicha responsabilidad *fuerza subjetiva* o *fuerza objetiva*. En el primer caso se hace reposar la obligación de responder por el daño causado en la culpa o dolo del autor, es decir, en un especial reproche dirigido ya sea a su intencionalidad dañosa o bien a su conducta negligente, descuidada, desordenada, que la ley valora como una falta de atención y respeto con relación al prójimo, una falta de cuidado por los daños que pueden cometerse a terceros. Hay, entonces, un vicio en la conducta del autor, que se origina en su propia subjetividad dañina, según aquellos dos niveles de reproche antes mencionados.

En el segundo caso -responsabilidad de *fuerza objetiva*- el criterio de valoración legal se traslada del autor del daño a la víctima. La razón de la responsabilidad ya no reside en el reproche a la subjetividad del agente, sino en el daño sufrido por la víctima cuando no existía razón jurídica que obligase a sufrir el daño.

Por cierto, la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público tanto puede resultar de su actividad *legal* como de su actividad *ilícita*, vale decir exista o no culpa en la especie.

La doctrina científica está de acuerdo en la procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, y en la respectiva obligación de indemnizar a cargo de éste, exista o no culpa que le sea imputable; vale decir, que se acepta que tal responsabilidad sea procedente ya se trate de perjuicios o menoscabos ocasionados por el Estado en ejercicio de una actividad o compartimiento *lícito* o de una actividad o comportamiento *ilícito*. También la jurisprudencia actual hallase de acuerdo con ello; la Corte Suprema, para responsabilizar extracontractualmente al Estado en el ámbito del derecho público, prescinde de que los daños deriven de un comportamiento ilícito, culposo o doloso, al admitir esa responsabilidad en el supuesto de daños derivados tanto de una conducta *ilícita* como *lícita* (CSJN, "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano c/Nación Argentina", 9/11/59, Fallos, 245:146, especialmente p. 157-158, considerando 11 in fine).

"Se trata de una imputación objetiva que prescinde del requisito de la voluntariedad, al contrario de la solución del código civil donde los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención, y libertad no producen por sí obligación alguna. De este modo, el Estado será responsable por los hechos o actos ejecutados por un funcionario público demente y también lo será aun cuando no pudiera individualizarse el responsable, siempre que pueda atribuirse materialmente el acto o el hecho a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones"¹⁴.

2. Presupuestos de la responsabilidad

El *daño o perjuicio* es el detonante que pone en juego o movimiento a la responsabilidad.

Dentro del régimen de la responsabilidad, lo atinente al daño tiene, pues, una fundamental importancia, por que sin él no existe responsabilidad alguna. Esta última es una consecuencia del daño; de ahí que sin perjuicio o daño no exista responsabilidad: faltaría la adecuada causa jurídica.

Para que la responsabilidad se haga efectiva, es menester la existencia de un daño o perjuicio que deba ser reparado. "El daño, agravio o lesión -para ser resarcible- ha de serlo con relación a una situación reconocida por el derecho"¹⁵. Esto es así cualquiera sea el tipo de responsabilidad que esté en juego. Por ello, por ejemplo, el menoscabo que sufra el titular de un bien que fue objeto de *decomiso* no es resarcible, pues tal deterioro no es reconocido por el derecho a efectos de su resarcimiento, ya que el bien objeto de decomiso no constituye una "*propiedad en estado legal*", quedando entonces fuera de la protección del derecho. Adviértase, que no toda titularidad sobre un bien implica propiedad legal sobre dicho bien.

El perjuicio debe reunir los requisitos que enumero a continuación:

- En primer lugar debe acreditarse la efectiva existencia del perjuicio. Un sector de los tratadistas exige que tal daño sea *actual y cierto*; no *futuro y eventual*. Pero la generalidad de la doctrina, si bien excluye el daño eventual (o sea el daño contingente, que puede o no producirse), también acepta el resarcimiento del daño futuro pero de inevitable producción; es lo que se denomina "*daño futuro necesario*".

14. CASSAGNE, Juan Carlos "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo" E.D., 100-pág. 990.

15. MARIENHOFF Miguel S.: "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actividad lícita", L.L., 1993-E-pág. 919.

- Entre el daño alegado y la conducta estatal debe existir una relación *directa e inmediata* de *causa a efecto*. Es lo que en doctrina se denomina *relación de causalidad o causalidad adecuada*.
- Los daños producidos deben serle jurídicamente *imputables* al Estado. Esto es obvio. De ahí que los daños producidos por caso fortuito no generen responsabilidad estatal.
- Recientemente se ha sostenido que, para la procedencia del resarcimiento, debe demostrarse *la ausencia en el sujeto pasivo del daño, del deber de soportarlo* como carga derivada de la vida social. Según el criterio de Marienhoff, la exigencia de esta prueba no corresponde, en tanto no exista norma válida que establezca lo contrario. Es aquí aplicable lo dispuesto por la Ley Suprema en su art. 19, última parte, en cuanto dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Más aún, Marienhoff considera que si alguien pretendiere que el sujeto pasivo del daño tiene el deber jurídico de soportarlo, dado lo excepcional de esto, debe justificar o demostrar tal pretensión o afirmación. El sujeto pasivo no tiene obligación alguna de hacerlo, máxime no existiendo una norma que disponga una cosa distinta.

La jurisprudencia también está de acuerdo con los requisitos antes enumerados: “Para que proceda la indemnización por la actividad lícita del Estado, son requisitos ineludibles la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar de Estado y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al Estado” (“Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”, 19/9/89).

3. Antijuricidad

El presente Título tiene por finalidad indagar acerca de la manifestación del elemento Antijuricidad en los supuestos de la denominada responsabilidad del Estado por acto lícito. Resulta claro, que cuando se habla de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita no se hace referencia a “toda” su actividad lícita, sino aquella que se desempeña en ejercicio de las funciones del poder estatal.

3.1 Concepto

“La antijuricidad importa toda contradicción con el ordenamiento jurídico, considerado en su totalidad y no en relación a sectores normativos especializados”¹⁶. De esto se deduce que no existe el ilícito constitucional, el civil, el penal, el administrativo, sino que el fenómeno de la ilicitud es único, referido a su disconformidad con todo el ordenamiento jurídico. Existe consenso en la doctrina en que la antijuricidad es de carácter unitario, esto es, que no existen distintas antijuridicidades, cada una correspondiente a cada rama o sector del derecho, sino que lo que es antijurídico lo es para todo el derecho.

Otro carácter que reviste la antijuricidad es la objetividad. En ello también existe consenso mayoritario en la doctrina. La objetividad de la antijuricidad implica que la disconformidad que la misma importa respecto del ordenamiento jurídico es independiente de la situación de quien causa el daño. Es decir, que la antijuricidad se diferencia completamente de la culpabilidad, de la posibilidad de imputar el acto al autor en razón de haber mediado culpa o dolo. No interesa que no se haya querido dañar, ni que se tomaran las precauciones del caso, o más aún, que no se comprendiera la ilicitud de la conducta realizada (ej: demente). La ausencia de tales elementos no quita al acto la condición de antijurídico, la que se da por la mera disconformidad con el ordenamiento jurídico.

Por último, en cuanto a la caracterización de la antijuricidad, debe recordarse que por imperio del art. 19 de la Constitución Nacional, toda prohibición legal debe ser expresa¹⁷, por lo que para que pueda reputarse un acto como ilícito, el mismo debe estar expresamente prohibido (conf. Art. 1066 del Código Civil).

3.2 La responsabilidad por acto lícito

La denominada responsabilidad por acto lícito nos plantea una cuestión de debate doctrinario entorno al elemento antijuricidad. En principio diré que existe consenso mayoritario en considerar que los actos lícitos pueden dar lugar a que se responda por ellos –se repare el daño-. Sobre lo que no existe consenso es en entender si el presupuesto de *la antijuricidad está presente en este especial tipo de responsabilidad*.

Una primera aproximación al tema parece conducirnos a la conclusión de que si estamos en presencia de actos lícitos, estos son conformes al ordenamiento jurídico. Y si hemos conceptualizado a la antijuricidad como aquello que contradice el ordenamiento jurídico, debe descartarse que el acto sea antijurídico, porque no puede ser lícito e ilícito a la vez.

Pese a lo dicho en el párrafo anterior, hay quienes admiten la distinción entre acto y daño. Dentro de ellos se ubica Bueres¹⁸, quien entiende que en la responsabilidad el meollo de la antijuricidad se da en el daño.

16. Bustamante Alsina: “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, pág. 52.

17. Zavala de González: “Reflexiones sobre la ilicitud”, JA, 1981-IV-740 a 742.

18. Bueres, Alberto: “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en Derecho de daños, Homenaje a Mosset Iturraspe, Ed. La Rocca, pág. 158 y sig..

Dicho autor dice que si existe un daño injusto, a pesar de provenir de un acto lícito, debe resarcirse. De lo contrario, en caso de estar frente a un daño justo, nos enfrentamos a un “derecho a dañar”. En la misma posición se ubican Agoglia, Boragina, y Meza¹⁹. Dichos autores expresan que en la reparación de daños causados a damnificados por actos lícitos, se advierte que la lesión perpetrada puede ser injusta, no porque fuera injustamente causada –ya que el acto lesivo es lícito–, sino porque es incompatible con la idea de justicia que las consecuencias derivadas de tal proceder queden en cabeza del lesionado. Del mismo tenor son las consideraciones que efectúa Huberman²⁰. Este autor considera que el problema de la responsabilidad debe ser enfocado desde el punto de vista de la víctima y no del autor del hecho, de allí que haya que partir del daño hacia el autor y no a la inversa, por lo que la antijuridicidad puede encontrarse en el daño mismo, en el resultado del hecho o incluso en un segmento posterior, es decir la *situación en la que queda la víctima*. Esta última idea esgrimida por Huberman nos acerca a la concepción que plantea Tale²¹. Este considera que la antijuridicidad es una calidad que se puede atribuir a una conducta y a una situación –en la que queda la víctima–. Cuando se refiere a situación antijurídica brinda ejemplos como el del propietario expropiado sin que se le oble la correspondiente indemnización. Y agrega que la situación antijurídica tiene una prioridad lógica, mientras que la conducta antijurídica tiene un carácter derivado; de allí que la situación antijurídica “transmita” la antijuridicidad al acto.

Vázquez Ferreyra²² considera, que a veces la antijuridicidad radica en la conducta y por ende en su resultado. Otras, el acto es ajustado a derecho pero la situación resultante no lo es. Y es este argumento el que le permite fundamentar que en la responsabilidad por acto lícito existe antijuridicidad, lo que ocurre es que la misma se ubica no en la conducta sino en su resultado –situación–. Este autor indica que *existe antijuridicidad* en la situación en la que permanece el damnificado “*mientras no se le repare el daño*”.

Desde un punto de vista diferente –*al cual me sumo*– Mosset Iturraspe²³, al tratar el tema de la responsabilidad del Estado por actos lícitos, entiende que este constituye un caso de responsabilidad sin antijuridicidad, por lo que estima que existe *una excepción* a la presencia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad. Zavala de González²⁴ brinda argumentos muy sólidos por los cuales considera que no puede predicarse la licitud del hecho o del acto y la ilicitud de su consecuencia. Arguye, siguiendo a Orgaz, que contraria toda lógica distinguir entre acto y su consecuencia, ya que ambos constituyen una unidad irrevocable, por ello sólo puede hablarse de daño “justo” o “injusto”, “ilícito” o “lícito” por extensión de dicho carácter del acto que lo causa. De allí que pueda existir daño resarcible sin ilicitud, pero no daño resarcible lícito o ilícito en sí mismo. Por último, enuncia una argumentación que parece casi irrefutable. Distinguir entre acto y daño para caracterizar al primero de lícito y al segundo de ilícito, importaría contradecir el principio de unidad del concepto de antijuridicidad.

Capítulo III

Responsabilidad del Estado por hechos o actos de la administración

1. Introducción

De todos los tipos de responsabilidad en que puede incurrir el Estado con motivo del comportamiento de sus órganos esenciales, desde el punto de vista “*cuantitativo*”, éste constituye el más importante, pues la Administración Pública es el órgano de gobierno que, por la índole de sus funciones y actividades, está más en contacto con los administrados, derivando de ello la posibilidad de que el roce de intereses, al causar daño, genere responsabilidad extracontractual del Estado hacia los administrados o particulares.

La actividad administrativa, contrariamente a lo que ocurre con la actividad legislativa y con la actividad judicial, es actividad “*inmediata*”: la realizan y la llevan a cabo los propios órganos administrativos; en cambio, el legislador y el juez, por principio, no ejecutan por sí sus propias decisiones, sino que le requieren su cumplimiento a la administración. Además, la actividad de la Administración es *permanente* o *continua*, en tanto que la legislación y la justicia son actividades intermitentes o discontinuas. Todas esas características de la actividad de la Administración Pública aumentan la posibilidad de que, su ejercicio, cause daños y que de ahí derive una responsabilidad hacia los particulares o administrados.

19. Cita hecha por Bueres, Alberto en: “Responsabilidad por hecho ajeno”, Ed. Hammurabi, págs. 89/90.

20. Huberman, Carlos: “Lo ilícito y la conducta antijurídica en la responsabilidad civil”, L.L.-138, págs. 85/87.

21. Tale, Camilo: “El concepto de antijuridicidad”, en E.D., 111-899 y sig..

22. Vázquez Ferreyra, Roberto: “Responsabilidad por daños”, Ed. Depalma, págs. 139/140.

23. Mosset Iturraspe, Jorge: “Indemnización de daños por el Estado. Sacrificio de derechos patrimoniales como consecuencia de actos lícitos”, L.L., 1979-C-pág. 220.

24. Zavala de González, Matilde: “Responsabilidad por el daño necesario”, Ed. Astrea, págs. 138/140.

Al hablar de la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos o actos de la Administración Pública, me refiero a la actividad administrativa del Estado, cualquiera sea el órgano a través del cual se exteriorice tal actividad (Legislativo, Ejecutivo, o Judicial), pues, la noción de Administración corresponde al punto de vista material, objetivo o substancial, y no al criterio orgánico o subjetivo; de modo que no sólo puede haber “*administración*” en la actividad del órgano Ejecutivo, sino también en la de los órganos Legislativo y Judicial.

Las funciones de la Administración Pública -su actividad- no sólo se traducen o expresan en *actos*, sino también en *hechos*. De ahí que la responsabilidad extracontractual del Estado, como consecuencia de la actividad de la Administración Pública, pueda surgir de actos o de hechos imputables a la misma.

2. Amplitud de la responsabilidad

La doctrina no está de acuerdo con respecto a la amplitud de la responsabilidad del Estado por su actuar *legítimo* –disenso entre jusprivatistas y juspublicistas-, por lo cual desarrollaré las posturas mayoritarias que existen con relación al tema.

2.1 Tesis amplia –admisión del lucro cesante-

Esta es la tesis adoptada por la mayoría de los civilistas sobre el tema que estamos tratando. A continuación, desarrollaré los razonamientos generales utilizados para justificar dicha tesis.

El primero de estos razonamientos concierne a la noción cabal de lo que etimológica y antológicamente es una *indemnización*. Si indemnizar es eliminar el daño, sólo habría indemnización cuando sea plena o integral, comprendiendo los diversos aspectos del perjuicio sufrido –entre ellos el lucro cesante-, salvo los casos en que leyes específicas previeran otro criterio en un caso singular (ej: ley de expropiaciones). Recordemos que el *lucro cesante* es la probabilidad objetiva, debida y estrictamente comprobada de las ventajas económicas justamente esperadas conforme a las circunstancias del caso.

La reparación del lucro cesante no se apoya, pues, en una simple posibilidad de ganancia, ni constituye un enriquecimiento sin causa para el acreedor o una pena para el que deba abonarla, y menos un beneficio para el particular; el lucro cesante reemplaza en el patrimonio del afectado aquello que legítimamente se le había incorporado por la actividad desplegada y los elementos de trabajo y capital armonizados en el empeño.

La indemnización del daño emergente no repara todos los menoscabos derivados de la actividad estadual lícita, y podría desalentar actividades particulares perfectamente legales y útiles a toda la comunidad. En suma, el reparto solidario de las cargas que origina la satisfacción del bien común y la inviolabilidad del patrimonio requieren la indemnización del lucro cesante.

Todo lo antedicho es así, siempre y cuando de la estricta valoración de las circunstancias fácticas y de la prueba surja la real existencia del lucro cesante. Incluso, es posible que el órgano judicial fije con prudencia lo indemnizable por lucro cesante teniendo en cuenta el principio de *equidad*.

El segundo razonamiento establece que: si bien es cierto que en las expropiaciones y en los demás casos de sacrificios por actividades estaduales lícitas el fundamento de la indemnización es el mismo –inviolabilidad del patrimonio-, no cabe extender analógicamente la norma legal que excluye el resarcimiento del lucro cesante en las expropiaciones a los otros supuestos, por cuanto la expropiación presupone una privación constitucional del derecho de propiedad mediante leyes del congreso valorativas de la utilidad pública del objeto de desapropio, que implica la intervención del Poder Legislativo en ejercicio de atribuciones constitucionales.

Frente al silencio legal respecto a la indemnizabilidad o no del lucro cesante, ha de cobrar todo su imperio y necesidad el principio de reparación integral por su razonabilidad y por la exorbitancia de la exclusión de aquel rubro. Sólo satisfaciendo la indemnización se cumple cabalmente la condición que legitima la actividad estadual lesiva.

2.2 Tesis restringida –exclusión del lucro cesante-

Primeramente analizaré los dichos de Marienhoff, Miguel S.:

Muchos textos, sean éstos de derecho privado o de derecho público, cuando se refieren al respectivo deber de indemnizar, hablan genéricamente, sin concretar el alcance o contenido de la indemnización, es decir, si ésta sólo comprende el daño emergente o también el lucro cesante. Pese a este silencio, no se impide que se resuelva con acierto lo atinente al alcance o contenido de la indemnización, lo cual se logra aplicando los principios que establecen las normas positivas o que resultan de la lógica jurídica.

Cabe aclarar, como dice este autor²⁵, que la solución concreta de esta cuestión dependerá esencialmente del derecho positivo del respectivo país o lugar, cuyas modalidades pueden influir en las expresiones de su orden jurídico.

En el derecho público argentino -orden nacional-, en los supuestos de agravios o lesiones a derechos de origen y naturaleza administrativa o regidos fundamentalmente por derecho público, las normas positivas o los principios de la "justicia distributiva" aceptados y vigentes en nuestro país establecen para su reparación o resarcimiento la norma o criterio de la exclusión del lucro cesante.

Así ocurrió en materia expropiatoria, que en el derecho argentino fue donde primeramente el Estado puso en práctica los principios de justicia distributiva que utilizaría como norma o criterio regulador de una parte de su actividad.

En tal sentido, cuadra recordar, que la original ley de expropiaciones 189 del año 1866 en su art. 16, al referirse a la indemnización, decía que a esos efectos no se consideraran "las ventajas o ganancias hipotéticas". La ley sobre expropiación 13.264, del año 1948 art. 11, disponía que no se pagará lucro cesante; igual disposición contiene la actual ley de expropiación 21.264 del año 1977, art. 10. Lo mismo dispone la ley 16.970 del año 1966, art. 37 in fine, sobre requisiciones para la defensa nacional.

Las precedentes disposiciones tuvieron y tienen en consideración agravios al derecho del administrado motivados por razones de utilidad pública. Los principios que se reputan insitos en la ciencia del derecho, integran el orden jurídico del respectivo país. La exclusión del lucro cesante como rubro indemnizable en esta clase de materias, trasunta, pues, un criterio constante en nuestro país: un *ius receptum* consolidado; criterio que a su vez traduce lo que es y constituye "justicia distributiva" en ese orden de ideas.

La aplicación de los principios legales sobre la expropiación en los supuestos no contemplados de responsabilidad del Estado por actos lícitos, se explica y justifica por lo que el autor citado ha dado en llamar *fuerza expansiva de la noción jurídica de expropiación*. Las disposiciones legales sobre la expropiación -sus principios- se aplican no por analogía, sino porque es un régimen directo.

Finalmente, Mriehoff hace una distinción entre derecho de origen y naturaleza común (civil o comercial) y derecho de origen y naturaleza administrativo, es decir, distingue la *justicia distributiva* de la *justicia conmutativa*. Según el autor, en nuestro actual sistema jurídico, la reparación del lucro cesante sólo procede -por principio- cuando el derecho agraviado por la Administración Pública es de naturaleza común (civil o comercial), no así cuando ese derecho es de origen y naturaleza administrativo. Sólo en el ámbito del derecho privado, o tratándose de derechos de esa índole, la reparación patrimonial es por principio integral, comprensiva tanto del daño emergente como del lucro cesante²⁶.

Resulta así que para resolver lo atinente a la extensión o amplitud de la responsabilidad extracontractual del Estado, es decir para decidir si tal responsabilidad comprenderá también lo relacionado con el lucro cesante, el intérprete debe aclarar previamente si el derecho agraviado es de origen o naturaleza común o de origen y naturaleza administrativo. Si se reparara el lucro cesante aún en el caso que se agraviera un derecho de origen y naturaleza administrativo, se estaría chocando con la idea misma de *justicia*, ya que lo opuesto a ésta es lo desmesurado, como ocurriría si también se incluyera como indemnización el lucro cesante, contrariando entonces el concepto de justicia distributiva. Esto es así, como criterio general, si nos referimos a la actividad *lícita* del Estado; la actividad ilícita puede aparejar la obligación de resarcir también el lucro cesante (véase más adelante el punto 2.5).

Tratándose de la extensión o amplitud de la responsabilidad extracontractual, las reglas aplicables en el derecho privado se disocian y separan de las aplicables y vigentes en el derecho público: no hay identidad alguna entre ellas. Mientras la responsabilidad extracontractual considerada en el derecho privado rígease por criterios de justicia *conmutativa*, la considerada en el derecho público gobiernase por normas y criterios de justicia *distributiva*. Esta última es la justicia establecida por el Estado. La justicia distributiva es, precisamente, justicia de derecho público, distinta en su contenido y alcance a la de derecho privado.

El propio codificador, Dr. Velez Sarsfield, en la nota al art. 31 del Código Civil, dejó aclarado que en éste no se trata sino del derecho privado. Por eso resulta fácilmente comprensible y explicable que los arts. 519 y 1638 del Código Civil incluyan el lucro cesante como rubro resarcible. El derecho público queda, pues, al margen del Código Civil, o sea que en definitiva las disposiciones o criterios de justicia distributiva mencionadas anteriormente quedan fuera del derecho privado que consagra el principio de reparación integral. En el

25. Marienhoff, Miguel S.: "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", L.L., 1991-C-1080; Marienhoff, Miguel S.: "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", E.D., t. 114, pág. 949.

26. Ejemplo: Resolución o decisión del Estado (Secretaría de Estado de Comercio) que establezca precio máximo para un producto o mercadería, inferior al costo del mismo, precio al cual debió atenerse el productor, fabricante o industrial. Va de suyo que en la especie se habrían vulnerado derechos comunes (civiles o comerciales) asegurados en la Constitución Nacional a todos los habitantes del país (inviolabilidad de la propiedad y derecho de usar y disponer de ella; ejercer toda industria lícita; comerciar). El industrial así dañado en sus derechos por tan inconsulta medida, debe ser resarcido en la forma amplia, computándose el daño emergente y el lucro cesante.

ámbito de la justicia distributiva no rige el principio general de reparación integral de perjuicios: rige el criterio específicamente establecido por dicha justicia. Por eso, en el orden jurídico nacional argentino, tratándose de derechos de origen y naturaleza administrativo, pertenecientes al derecho público y regidos por normas de justicia distributiva, por “principio” la reparación de agravios inferidos a tales derechos no incluye la computación del lucro cesante.

Lo expuesto precedentemente —o sea la diferencia de criterios, en materia extracontractual, entre el derecho privado y el derecho público— se explica y justifica porque en el caso del derecho privado la pertinente prerrogativa le pertenece y corresponde ad-initio al ámbito natural de los administrados, en tanto que en la esfera del derecho público la pertinente prerrogativa le pertenece y corresponde ad-initio a la propia Administración Pública (Estado); de ahí que en el supuesto de reparación por la extinción o agravio a un derecho de origen y naturaleza administrativo, sólo proceda la reparación de lo indispensable y concreto para salvar la específica situación ocurrida. En ese ámbito, las prerrogativas le pertenecen, por principio, al Estado, no a los administrados. En dicho supuesto, trataríase, en suma, de una reparación no integral, limitada entonces a sólo uno de los posibles elementos de la misma: el daño emergente.

Tratándose de derechos de origen y naturaleza administrativo, la inclusión del lucro cesante en la indemnización implicaría reconocer lo desmesurado o excesivo, vulnerando de esta forma la noción de justicia y desconociendo que tal tipo de prerrogativas le pertenecen por principio al propio Estado.

Macarel²⁷ a su vez opina lo siguiente: Si el Estado respondiera por el lucro cesante ilimitado cada vez que lleva a cabo una actividad lícita que provoca daños, pronto se agotarán los recursos fiscales, y hasta podrían no llegar a resarcirse las hipótesis comunes de responsabilidad estatal (ej: por actos ilícitos), lo que a todas luces constituiría una solución disvaliosa, pues no resulta justo que el Estado se convierta en el eterno asegurador de todos los daños y menos todavía de los provocados al perseguir una finalidad de interés público.

Este autor dice que siendo esta una cuestión reservada a la prudencia del legislador, hasta que este no reconozca el lucro cesante en la materia deberá aplicarse la solución legislativa prevista en el art. 10 de la ley de expropiaciones.

Por último, expresaré el análisis de Guastavino²⁸. Según este autor son tres los razonamientos que *podrían* excluir el lucro cesante en esta materia:

- El primero de ellos está dado por la supuesta analogía existente con situaciones en las que legalmente se ha excluido el lucro cesante: expropiaciones, requisiciones en tiempo de guerra, etc. Se afirma que si en la expropiación —que es la afectación más grave de la propiedad— no procede el lucro cesante, parece difícil que pueda admitírsele en casos menos graves.
- El segundo tipo de argumentación consiste en correlacionar la responsabilidad estadual por actos lícitos e ilícitos. Se afirma que mientras en la primera los administrados reciben lesiones o sacrificios en virtud de deberes derivados de la justicia legal o general, en la segunda, los particulares no están obligados a contribución o servicio alguno con el Estado, ya que ninguna persona debe soportar el comportamiento perjudicial ilegítimo y menos sin indemnización, por lo que en estos casos, el Estado debe una indemnización integral.
- La tercera argumentación de la tesis que rechaza la indemnización del lucro cesante, consiste en quitar trabas al logro del bien común. Se afirma que aceptar siempre como principio que todo acto legítimo del Estado, dictado por razones de conveniencia, oportunidad o mérito, o que la realización de obras que conciernen al interés general y al progreso, genere responsabilidad pública por el lucro cesante significaría serios obstáculos a la consecución de dicho bien común, mediante la imposición de erogaciones que podrían detener la obra de gobierno.

2.2.1 ¿La ley de expropiaciones es constitucional?

De acuerdo con la distribución que hace la ley 21.499 entre rubros indemnizables y no indemnizables, existe una línea demarcatoria precisa que divide aquellos que son perfectamente comprobables de aquellos que no lo son. En consecuencia, sólo reciben resarcimiento económico aquellos cuya probanza puede ser arrimada al expediente, mediante constancias relativamente sencillas. Los restantes que podríamos llamar valores conjeturales —aunque existentes—, llámense lucro cesante, valores hipotéticos, valores afectivos, circunstancias personales, etc. quedan fuera de la indemnización.

Es evidente entonces, que la ley de expropiaciones 21.499 y, en general, todo el sistema legal de la expropiación, son proclives a indemnizar tan sólo aquellos daños externos y comprobables por medio de

27. Macarel: “Una vuelta de tuerca en la jurisprudencia de la corte: el alcance de la doctrina del caso Sánchez Granel”, L.L., 1989-Pág. 25.

28. Guastavino Elias P.: “Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado”, E.D., 118-Pág. 190.

sencillas constancias probatorias. Aquellos que surgen como consecuencia inmediata y directa de la expropiación. La indemnización sólo cubre los alcances más primarios y fundamentales del acto expropiatorio.

A los efectos de la expropiación, sólo integran el valor del bien aquellas circunstancias “objetivas” que permiten estimar su valor. No en vano se ha repetido infinitas veces el concepto jurisprudencial que debe indemnizarse el valor objetivo y real del bien.

Ello sin embargo, no puede ser óbice para admitir que el valor de un bien no sólo está integrado por las manifestaciones exteriores de ese valor, sino también por aquellas cuya comprobación es más dificultosa pero en definitiva posible. El valor de un bien no sólo está conformado por caracteres de orden extrínseco, sino también por los de orden intrínseco.

Se advierte entonces, en este instituto, regido íntegramente por el Derecho Público –según lo manifestado por el propio código civil en el art. 2611 y nota correspondiente, además de la opinión de la doctrina y jurisprudencia modernas- una importante alteración de las reglas básicas sobre daños y perjuicios que el Derecho Civil ha elaborado. Porque a nadie escapa, en definitiva, que la indemnización expropiatoria, es una indemnización de daños y perjuicios.

Cabe analizar entonces, cuál es el motivo que ha inducido a este apartamiento del derecho común en esta materia. Sobre este punto se detiene Bianchi²⁹, y hace el siguiente análisis del tema:

Una primera respuesta podría estar enderezada a que ello es tan sólo válido dentro del Derecho Privado, pero que en el Derecho Público, las reglas sobre la indemnización, alcanzan sólo a los daños que sean consecuencia inmediata y directa del hecho generador de los mismos.

Ello sin embargo, no es así, el Derecho Público y el Derecho Privado, son tan solo una división metodológica de las ciencias jurídicas, que si bien observan especificaciones propias de cada disciplina, las cuales les aumentan día a día a medida que el Derecho Público y en especial el Administrativo se va nutriendo cada vez más con particularidades propias, las mismas no son de tal sustancia como para que puedan provocar una fractura en conceptos tan esenciales como el valor que un bien posee, o los distintos ingrediente que componen ese bien.

Una segunda respuesta, podría ensayar la doctrina de la función social de la propiedad. De suerte tal que los rubros que no se indemnizan pasan a formar parte de la comunidad toda a expensas del sacrificio particular.

Bianchi rechaza esta segunda opción, por cuanto el único sacrificio que el particular debe estar obligado a soportar es la privación forzosa de la propiedad, pero no los perjuicios económicos que de ella de devenguen, de lo contrario caeríamos en una confiscación, cuya inconstitucionalidad está tipificada en el art. 17 de la Constitución Nacional.

La respuesta para Bianchi es mucho más sencilla. El Estado al expropiar está ejerciendo una actividad lícita y autorizada por la Constitución, en miras al bienestar general, cuya promoción ordena el propio *Preámbulo*, como bien recuerda Miguel S. Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo, Bs. As., 1975, t. IV, pág. 137). Ello exime al Estado de tener que efectuar una indemnización integral que contemple tanto el daño emergente como el lucro cesante, como sería el caso de una indemnización proveniente de un acto ilícito.

El Estado, al expropiar, debe abonar, entonces, lo que en una compraventa sería el “justo precio”, el valor objetivo y real del bien, de acuerdo a las evoluciones del mercado mobiliario o inmobiliario –según se trate en el momento de la desposesión (art. 20, ley 21.499), precio este en el cual no caben las especulaciones financieras e hipotéticas del particular expropiado (si el comprador en una compraventa las quiere abonar, ello es un asunto de orden privado que sólo atañe a ambas partes, en la medida que no haya vicios de la voluntad que invaliden el acto).

En síntesis, el Estado al expropiar, lo hace en homenaje a la utilidad pública, al bienestar general y exige de cada particular un sacrificio legal y constitucional. Por tal motivo, en lugar de indemnizar todos los rubros que integrarían una indemnización de daños y perjuicios común, sólo indemniza aquellos que constituyen la consecuencia directa e inmediata del acto expropiatorio.

Además de los argumentos desarrollados anteriormente –sobre la constitucionalidad de las normas sobre indemnización de la ley de expropiaciones 21.499-, existe otro de mucho peso. La Constitución Nacional declara cuales son los derechos a proteger, pero esto no implica que por una ley posterior, dictada por el Congreso Nacional, estos sean reglamentados; esto es así, siempre y cuando la reglamentación articulada no los suprima o desnaturalice.

29. Bianchi, Alberto: “Algunas reflexiones sobre la indemnización expropiatoria”, E.D., t. 110-pág. 899.

2.3 Tesis del Dr. Barra, Rodolfo C.

El Dr. Barra³⁰ hace un profundo análisis que difiere en mucho a lo ya desarrollado en los puntos anteriores sobre este tema. De ello me ocuparé a continuación.

Al tratar las diferencias entre Derecho Público y Derecho Privado dice lo siguiente: sin perjuicio de que la unidad del ordenamiento jurídico, por un lado, como también la prudencia del legislador –que puede trasladar instituciones de un campo al otro del derecho, en la medida que tal traslado no resulte antisistémico– permitan encontrar en el derecho público y en el derecho privado puntos en común y hasta soluciones iguales o equivalentes, además de la utilidad interpretativa que tal “comunidad” reporta, lo cierto es que entre las dos ramas del derecho existe una diferencia sustancial basada en la especial relación de justicia que las normas garantizan. El derecho público se funda en la justicia distributiva, mientras que el privado lo hace en la conmutativa. Este punto de partida nos permite comprender el derecho público y el privado como dos sistemas en principio completos y autosuficientes, aunque conectados en el gran sistema del ordenamiento jurídico general.

Esta diferencia es la que produce la distinción en todas las instituciones de cada una de estas ramas del derecho. Sin embargo, corresponde que nos preguntemos *si tal diferencia también se encuentra presente en el campo de la responsabilidad extracontractual* (?). Para ello debemos analizar necesariamente si la responsabilidad extracontractual se vincula con la justicia particular, en sus especies conmutativa y distributiva, o bien con la justicia *legal o general*, que es la especie de la virtud de la justicia que orienta todas las acciones hacia el bien común, incidiendo en las relaciones jurídicas para, sin desnaturalizarlas, hacerlas conforme con las exigencias del bien común. Desde esta perspectiva la justicia legal es “general”, porque afecta a todas las relaciones jurídicas, sin importar que éstas se encuentren regidas por las especies conmutativa o distributiva, es “del bien común”, por el hecho de no considerar, como por el contrario ocurre en otras especies, “al derecho del otro” como su objeto propio. En la justicia legal el objeto propio del acto justo es su conformidad con el bien común, por ello la justicia legal actúa sobre todas las relaciones jurídicas sin transformarlas, sino simplemente haciéndolas adecuadas al bien común. Finalmente es “legal” porque al legislador le corresponde establecer la regla y medida del acto justo, es decir la conformidad del contenido de la relación jurídica con el bien común, conformidad que es *independiente de cualquier conmutación o distribución* estando sólo sujeta a las exigencias del bien común –exigencias globales y no las concretas de distribución de cargas– en cada circunstancia histórica, prudente y razonablemente apreciadas por el legislador.

Luego de un análisis pormenorizado de tema, Barra llega a la conclusión de que si bien el Derecho Civil se funda en la justicia conmutativa y el Derecho Público en la justicia distributiva, ello no implica que la responsabilidad extracontractual (amplitud de la indemnización) en ambos supuestos no se encuentre regida por la justicia legal; de hecho es así, ya que el legislador en definitiva es el que da la medida del resarcimiento.

Fundamento en la justicia legal significa que el legislador, dentro de un marco de razonabilidad –dado por la justicia distributiva y conmutativa– puede resolver la cuestión según su prudencia, incidiendo sobre la relación jurídica generada por el hecho dañoso para modificar algún aspecto de su estructura –la obligación de resarcir, la medida del resarcimiento– orientando así a las partes a la realización del bien común. Si fuese justicia conmutativa, habría una estricta vinculación con el derecho de propiedad; también si fuese justicia distributiva, aunque en este caso corregido por el principio de la igualdad en las cargas y beneficios públicos. En tales supuestos se encuentra en juego el derecho de propiedad que limita enormemente las facultades del legislador en orden a no contrariar expresas garantías constitucionales.

En la responsabilidad por daños esta en juego –además del derecho de propiedad– una justa armonización de las consecuencias de la vida en sociedad y una justa armonización de los intereses en juego, todo ello en aras del bien común; es por ello que el legislador puede dar la medida del acto justo (en la justicia legal la regla y la medida del acto justo es *la ley*) graduando el reproche subjetivo, objetivizando el reproche a determinadas situaciones, articulando la medida de la indemnización conforme aquellos reproches, etc., sin perjuicio de la actuación de la equidad judicial en el caso concreto. Esto no implica que el legislador, al definir así el alcance de la relación jurídica, no atienda a la diferencia que sobre ella impone la presencia del Estado, causante del perjuicio (justicia distributiva).

De esta manera, Barra llega a la conclusión de que no hay una diferencia absoluta entre el derecho privado y el derecho público en el campo de la responsabilidad extracontractual (por la justicia legal).

Finalmente, me adentraré en el análisis que hace el autor citado sobre la *responsabilidad del Estado por su actuar lícito*. Dice que en este caso particular el fundamento de la reparación se encuentra también en la justicia general o legal. No hay aquí conmutación alguna, si en cambio distribución de cargas, pero más

30. Barra, Rodolfo Carlos: “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”, E.D., t. 142-pág. 930.

basada en un ordenamiento hacia el bien común que en la necesidad del reparto proporcional de las cargas y beneficios. No sería inconstitucional que el legislador regulara estas situaciones con criterios disímiles en cuanto a la existencia y alcances de cualquier indemnización. Así lo ha hecho en materia expropiatoria y de ocupación temporánea, y así la podría hacer en otros casos.

¿Pero que ocurre en los casos de ausencia legal?; ¿Cuál sería la medida de la indemnización?. Según Barra, sólo estarían comprendidas las consecuencias inmediatas atento a la ausencia de cualquier reproche subjetivo. El lucro cesante, en determinados casos puede ser una consecuencia inmediata (así con relación a una actividad comercial), lo que hace que no pueda descartarse como regla general su reparabilidad. Aún así, debe tenerse en cuenta el origen del daño, en definitiva surgido de una actividad que también, siquiera indirectamente, es en beneficio de la misma víctima. Por ello, los jueces deberán moderar prudentemente y equitativamente la indemnización –“compensar lucro con daño”-, teniendo en cuenta esta especial circunstancia, sin perjuicio de lo que establezca expresamente el legislador.

Le corresponde al legislador -en lo que esta en mora- regular un régimen general de responsabilidad del Estado por actividad lícita. Allí deberá determinar que categoría de supuestos merecen la imputación de responsabilidad, que requisitos deben ocurrir para que esta imputación de responsabilidad tenga lugar, en que supuestos y con que alcances se indemniza el lucro cesante, que casos pueden merecer un regulación previamente tasada, etc.

2.4 Proyecto de reforma del Código Civil.

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, Unificado con el Código de Comercio, establece sobre la responsabilidad del Estado por actos lícitos lo siguiente: **Art. 1676.- Actos lícitos.** El Estado responde por sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares en beneficio del interés general. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si se afecta la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. Título IV, Capítulo I, Sección Decimosegunda (Supuestos especiales de responsabilidad), Parágrafo 2do. (Del Estado).

Este proyecto es el que, desde mi punto de vista, soluciona de manera acertada la problemática planteada. Es una solución ajustada a derecho; es “justicia legal”.

2.5 ¿Qué ocurre ante el actuar ilícito del Estado?

No toda responsabilidad extracontractual tiene idéntica naturaleza en el régimen jurídico, debiendo distinguirse los supuestos en que la actuación del Estado sea ilegítima, de aquellos otros casos en que se trate de actuaciones legítimas.

Desde luego que este concepto de ilegitimidad –que comprende tanto la ilegalidad objetiva como la irrazonabilidad o injusticia- no lleva como presupuesto la noción de culpa, sino la de incumplimiento irregular de la función administrativa juzgada de acuerdo a las leyes y reglamentos administrativos. Con respecto al tema, Cassagne³¹ opina que 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* (ej: ley inconstitucional) o *Judicial* (ej: condena dictada por error). La razón para ello es muy simple: no es justo obligar a los administrados a que soporten todas las consecuencias perjudiciales de la actividad ilegítima del Estado (ej: no indemnización del lucro cesante). No hay ningún principio de justicia que sustente la improcedencia de indemnizar los perjuicios resultantes, directos o indirectos. La reparación integral es el modo de compensar el 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 (interés público o bien común), sino en el ejercicio irregular de la función administrativa.

Marienhoff³² opina en igual sentido y lo expresa de la siguiente manera: si la extinción o lesión del derecho del administrado (ya se trate de un derecho de origen común –civil o comercial- o de origen administrativo) fuere ilícita, la indemnización a cargo del Estado debe ser amplia, comprensiva tanto del daño emergente como del lucro cesante, pues en tal supuesto recobra su imperio, y se impone, el principio de la indemnización integral.

Cuando la actividad estadual es ilícita cabe concebir planteos sobre responsabilidad propia de los funcionarios de la Administración Pública.

3. Algunos ejemplos de responsabilidad del Estado por actos lícitos de la administración pública

La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público puede surgir de infinidad de situaciones, cuya nómina sería difícil agotar. A continuación daré una serie de ejemplos en los cuales la actividad estatal tiene carácter *lícito*:

31. Cassagne, Juan Carlos: “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”, E.D., T. 99-Pág. 937.

32. Marienhoff, Miguel S.: “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”, E.D., T. 127-Pág. 711.

- Constituye un caso de responsabilidad extracontractual del Estado la obligación de éste de indemnizar cuando el valor del bien de un administrado se ve disminuido a causa de una operación o trabajo administrativo. Es el caso frecuente de perjuicios causados a la propiedad privada por la construcción de obras públicas (ej: construcción de calles o puentes que alteran los niveles existentes).
- Igualmente constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado la obligación de éste de indemnizar a los colindantes con dependencias del dominio público (por ej: calles, ríos, etc.), si tales dependencias dominicales fueren desafectadas de su destino al uso público, con lo que dichos colindantes se ven privados de ventajas que antes gozaban.
- También implica un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado la obligación de éste de indemnizar en los supuestos de hechos del príncipe o hechos del soberano.
- Además cabe enumerar los casos contemplados por la legislación, entre los que puedo enumerar los siguientes: La expropiación de bienes privados por causa de utilidad pública (ley 21.499); La requisición de bienes en tiempo de guerra (ley 15.970); La ocupación temporánea de un bien perteneciente a particulares (ley 21.499).

3.1 Revocación de actos y contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Desde mi punto de vista, este punto en particular *excede* el análisis que sobre el tema estoy realizando. En estos casos se trata de supuestos especiales de actividad lícita generadora de daños. Se diferencian de “los otros” supuestos de responsabilidad por actividad lícita por cuanto estos últimos no son consecuencia de una relación jurídica anterior establecida con el administrado que sufrirá el daño. La responsabilidad por revocación es determinada por la invasión en la esfera patrimonial del administrado, esfera patrimonial que el propio Estado-administración colaboró en generar. La administración quita, total o parcialmente, lo mismo que contribuyó a generar y esto lo hace usando el mismo criterio (inverso en su contenido) de valoración del interés público que lo llevó a constituir originalmente la relación jurídica. Es una de sus prerrogativas exorbitantes, que tiene como correlato la indemnización del daño causado.

Por esta razón, solo remitiré al lector a citas que tratan este particular tema con profundidad (E.D., 142-930; E.D., 114-949).

Capítulo IV

Responsabilidad del Estado por el actuar del Poder Legislativo

1. Introducción

Cuando hablamos de la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos solo nos estamos refiriendo a los “*actos legislativos en forma estricta*”, ya que el órgano Legislativo también puede emitir actos que no son de carácter legislativo, y son entonces actos “administrativos” emitidos por dicho órgano, actos éstos que quedan incluidos en la responsabilidad atinente a los “*actos administrativos*”.

En orden cronológico, la teoría de la responsabilidad del Estado por actos legislativos es una de las últimas en ser reconocidas. Existe consenso, tanto a nivel de derecho comparado como de derecho nacional, de que la admisión de este tipo de responsabilidad del Estado data del siglo XX. El primer antecedente que se conoce ocurrió en Francia en el año 1938. Me refiero al caso relacionado con la Sociedad La Fleurette, que fabricaba un producto llamado *la Gradine*. Este consistía en una crema compuesta por leche, aceite de maní y yema de huevo. En junio de 1934 se dictó una ley protectora de los productos lácteos. Esta ley prohibía vender y fabricar, exportar, importar o introducir en tránsito, bajo la denominación de crema, seguido o no de un calificativo, producto alguno que no proviniera exclusivamente de la leche. Tal prohibición afectó, entre otras, a la mencionada Sociedad La Fleurette, quien, para el ejercicio de su industria, había realizado una apreciable inversión de capital. A raíz de la paralización forzosa de su actividad, dicha sociedad solicitó administrativamente una indemnización, requerimiento que no tuvo éxito. Acudió entonces al Consejo de Estado, quien, al hacer lugar a la demanda, condenó al Estado por las consecuencias del expresado acto legislativo. El Tribunal consideró que la prohibición establecida por la ley de 1934 respondió a una exigencia del interés general, por lo que sus consecuencias debían ser soportadas por la colectividad toda; además el Tribunal hizo presente que la actividad prohibida no era en modo alguna nociva, habiendo sido hasta entonces perfectamente lícita.

El Estado, en ejercicio de sus poderes de “legislación”, puede lesionar el derecho de los habitantes. Ante esta situación, la generalidad de la doctrina actual admite o acepta la posible responsabilidad del Estado por sus actos legislativos; esto es así, máxime cuando hoy está definitivamente abandonada la tesis de que el Estado era irresponsable –extracontractualmente- en el ámbito del derecho público (se escudaban en el ejercicio de la soberanía estatal).

Existen normas lícitas y legítimas que en sí mismas no son inconstitucionales, pero cuyos efectos pueden, en algún caso, causar daño a los derechos. En estos supuestos el Estado debe responder por su actividad lícita, reparando el daño mediante una adecuada indemnización a favor de quien lo sufre. Por ejemplo, si el acto legislativo constituye ejercicio legítimo de una facultad constitucional (verbigracia, ley que establezca un monopolio), dicho acto estatal será legítimo y válido. Pero toda vez que lesione derechos adquiridos de los administrados y no meras expectativas, deberá indemnizarlos. De la misma manera, cuando el Estado expropia, ejerce una facultad constitucional, pero debe indemnizar al propietario a quien se le expropia.

Pese a todo lo dicho anteriormente, hay quienes aún no aceptan este tipo de responsabilidad. A ellos les responde Marienhoff³³ de la siguiente manera: Es muy posible que quienes rechacen la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus actos legislativos estén influidos por el rango de la ley formal en los países de *Constitución flexible*, donde indiscutiblemente la ley formal –frente a la ley suprema– tiene una jerarquía muy distinta a la ley formal en los países de *Constitución rígida*. En estos últimos –como el nuestro–, si la ley agravia algún derecho o garantía reconocidos por la Constitución, la ley de referencia deberá ser declarada inconstitucional, y, si fuere conforme a la Constitución –pero causando un daño–, se condenará al Estado al pago de daños y perjuicios causados como consecuencia del acto de legislación.

2. Constitucionalidad e inconstitucionalidad de las normas

Dentro del análisis propio de la responsabilidad por los actos legislativos, doctrinaria y jurisprudencialmente se han incluido no sólo aquellos supuestos en los cuales el accionar del Estado deviene descalificable por tratarse de normas declaradas inconstitucionales, sino incluso también los casos en los que aún tratándose de actos legislativos válidos se impone a alguien en particular el sacrificio excepcional de un derecho en beneficio de la comunidad. Ello conlleva a la conclusión de que la responsabilidad por acto legislativo puede constituir tanto un supuesto de actividad lícita como ilícita del Estado³⁴.

Para tener un parámetro más o menos cierto de lo que es lícito e ilícito dentro del actuar legislativo, utilizaré las palabras de Gozaini³⁵. Según este autor, las leyes irrazonables lo son porque afectan, más de lo debido (hasta llegar a ser injustas e ilícitas), los derechos individuales, de modo que dicho perjuicio no redunde en beneficio –o si redunde, no se justifica– de los intereses sociales.

Las normas constitucionales son de una generalidad suma: establecen un marco dentro del cual el legislador debe elegir las opciones que, a su juicio, son convenientes para cumplir con el programa que le marca la Constitución. El legislador realiza, en consecuencia, una tarea de interpretación que no es mecánica sino libre; es un acto de voluntad estructurado en el sistema constitucional. Sólo cuando el legislador rompe la estructura constitucional comete irrazonabilidad, y usa de su voluntad en exceso: establecer cuándo ello ocurre es una cuestión práctica por determinar en cada caso. Cuando la ley afecta libertades individuales, pero beneficia a los intereses sociales, ella es en principio razonable (lícita), salvo que la afectación tenga el carácter que, en virtud de ello, los mismos intereses sociales se encuentren afectados (en tal caso la ley no es razonable).

El daño que el Estado ocasione en ejercicio de su función legislativa puede resultar de una ley “válida” o de una ley “inválida”, pues también en este ámbito –retomando lo dicho en párrafos anteriores– rige el principio de que el comportamiento dañoso o lesivo del Estado genera responsabilidad por la derivación del ejercicio *inválido* (vgr., ley inconstitucional) o del ejercicio *normal* de sus potestades legales (vgr., ley que monopoliza una actividad –lícita desde luego– que hasta entonces era de libre ejercicio por los administrados).

Lo que antecede repercute en los medios de fiscalizar jurisdiccionalmente la actividad legislativa, control que puede realizarse a través de dos distintas vías:

- Simple declaración de *inconstitucionalidad* de la norma si esta aún no hubiere causado perjuicio material por no haber sido puesta efectivamente en ejercicio.
- Condena al pago de daños y perjuicios causados por leyes que, siendo *constitucionales* (lícitas), causan un daño patrimonial, o por leyes *inconstitucionales* (ilícitas) que al ser aplicadas causan daño.

En el supuesto de las leyes inconstitucionales, como causa estatal generadora de responsabilidad, se distingue –en doctrina–, entre inconstitucionalidad *formal* u *orgánica* e inconstitucionalidad *material* o *sustancial*.

La violación de normas de competencia o en proceso de formación de leyes (constitucionalidad *formal*) no puede, *per se*, fundar un sacrificio grave que justifique autónomamente una pretensión indemnizatoria. Al paso que la inconstitucionalidad *material* suscita agravios que merecen la reparación indemnizatoria, porque en esos hechos las leyes de alcances o efectos generales pueden producir perjuicios individuales.

33. Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. IV, pág. 737.

34. Ver a Edgardo Ignacio Saux en Revista de Derecho de Daños 9 “Responsabilidad del Estado”, págs. 324 y 325.

35. Gozaini, Osvaldo A.: “Derecho Procesal Constitucional”, Ed. de Belgrano, tomo 1, págs. 186 y 187.

Si bien un sector doctrinal estima que la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos excluye la culpa, es evidente que en los casos de leyes “*inconstitucionales*” tal culpa existe, ya que la ley inconstitucional puede implicar un comportamiento “*culposo*”. Claro está que esto ocurrirá así en los países de Constitución rígida, donde es fácil concebir la existencia de leyes inconstitucionales, que son declaradas por la autoridad judicial. De modo que la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos también puede derivar de una conducta “*culposa*” de aquél.

2.1 ¿Debe ser especial el daño para ser reparable?

En doctrina es casi unánime la opinión de que, para que el Estado sea extracontractualmente responsabilizado por el daño que le fuere imputable, tal daño debe ser individualizado con relación a una persona o grupo de personas, es decir que el daño debe ser *especial*, particular o singular y no universal o *general*.

Marienhoff³⁶ no comparte tal punto de vista –estoy de acuerdo con este criterio-, y según el mismo, ello es inaceptable en el sistema jurídico argentino. Quizá la posición que exige que el daño sea particular o especial provenga, originariamente, de tratadistas o autores que, ante el sistema constitucional vigente en sus respectivos países, no consideran *suprema*, en el sentido norteamericano y argentino, exclusivamente a la Constitución, sino también a la ley formal. En aquellos países el poder *constituyente* prácticamente se confunde con el poder *legislativo*. De ahí el error que implicaría aplicar en nuestro país semejante tesis. Entre nosotros la *ley* jamás puede alterar o modificar la Constitución vigente, cuya reforma requiere un procedimiento especial, distinto al de la emanación de la ley formal. La Constitución *rígida* se reforma de modo distinto al de la Constitución *flexible*. La Constitución argentina es rígida: la ley ordinaria no puede alterarla ni reformarla.

Desde luego, resulta inaceptable la afirmación de que el perjuicio o daño “general” no es indemnizable porque constituye una carga pública. Cuando tal perjuicio general se concreta en la pérdida de la propiedad sobre una cosa, verbigracia disposición legislativa que declara del dominio público –pero guardando silencio en lo que respecta a la indemnización-, ciertas cosas que hasta entonces eran de dominio privado de los administrados (ver el ejemplo del punto 2.4, a) del presente capítulo), tal disposición no trasunta, técnicamente, una carga pública, sino un despojo o una confiscación, lo que en manera alguna armoniza con disposiciones de la Constitución Nacional. Pretender que ello constituye una carga pública significa tergiversar el concepto jurídico de la misma.

Por lo tanto, si una ley causa un perjuicio *general*, es decir a un gran número de personas –y no meramente particular-, y tal ley resulta en oposición o en violación de una declaración, garantía o derecho constitucional, dicha ley debe declararse inconstitucional (ley ilícita) y debe admitirse la responsabilidad del Estado por el perjuicio o daño que a raíz de ella se ocasiona en el patrimonio de los administrados.

Adviértase, además, que es muy difícil –casi imposible- que el perjuicio patrimonial ocasionado por una ley sea efectivamente general (universal), pues nunca los efectos incidirán sobre todos los habitantes del país: a lo sumo sólo gravitarán sobre un sector de personas, que podrá o no ser más o menos extenso; por ejemplo, sobre las personas que fueren titulares de dominio de una cosa que ahora se declara del dominio público. En este caso, no todos los habitantes del país sufrirán quebranto por la aplicación de tal ley; únicamente lo sufrirán los que sean propietarios de cosas como las ahora declaradas del dominio público.

Es inconcebible que, para aceptar la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, la lesión patrimonial deba ser *especial*, individual o particular y no *general*.

2.2 Responsabilidad de los miembros del poder legislativo ante normas ilícitas.

Si bien esta cuestión carece de trascendencia en el presente trabajo, donde se trata la responsabilidad del Estado, y no de la responsabilidad personal del legislador, resulta interesante aclarar si los legisladores son o no civilmente responsables por las opiniones que se emitieren en el Congreso y sirvieran de base a la respectiva ley (ilícita). Es por ello, que considero pertinente la siguiente pregunta: ¿pueden ser personalmente responsables los miembros del Poder Legislativo, es decir los legisladores?

La Constitución Nacional, contempla el caso en el artículo 68 en cuyo mérito “ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de Legislador”. Interpretando dicho texto, nuestra doctrina –entre ellos Marienhoff- afirma la irresponsabilidad civil de los legisladores por las opiniones que emitieren en el Congreso en ejercicio y con motivo de sus funciones, irresponsabilidad que perdura aún después de terminados sus respectivos mandatos.

La eventual responsabilidad de los legisladores queda, entonces, absorbida por la eventual responsabilidad del Estado-Legislador. No hay responsabilidad personal del legislador, pero sí podría haberla del Estado que sancionó la respectiva ley.

36. Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. IV, págs 714 a 715 y 751 a 758.

2.3 ¿Qué ocurriría ante un cambio de Constitución?

La responsabilidad del Estado por sus actos legislativos no sólo puede derivar de una ley formal ordinaria, sino también de una reforma constitucional que, si implicare un agravio a principios esenciales contenidos en la Constitución originaria, resultaría viciada de inconstitucionalidad³⁷. Bien entendido que me refiero a la eventual reforma de la Constitución vigente, y en modo alguno a la sanción o establecimiento de la Constitución originaria.

En el caso de la Constitución Argentina, que tiene ciertos contenidos “pétreos” o normas de tipo rígido e historicista, la reforma a la Ley Suprema, para ser válida, no sólo debe observar el procedimiento respectivo, sino que debe detenerse ante ciertas materias (contenidos pétreos), que, si bien pueden regularse, no pueden alterarse, suprimirse o destruirse.

En un país constitucionalmente organizado, la ulterior reforma de la Constitución no puede despojar —es decir, privar sin indemnización— a parte de los habitantes de derechos esenciales que la Constitución originaria les atribuyó. La comunidad tiene el deber jurídico de seguir respetando las consecuencias de lo originalmente concebido y establecido como regla básica de convivencia. Por lo demás, es de suponer que toda reforma constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde deriva la obvia necesidad de resarcir los daños que los administrados reciban en semejantes condiciones.

2.4 Algunos ejemplos de normas lícitas e ilícitas.

a) Ejemplo de ley lícita. Ley que disponga el monopolio estatal de una industria —lícita—, y que de este modo se le prohíba su ejercicio para el futuro a los administrados que hasta entonces la ejercían. Es lo que suele ocurrir con actividades que son servicios públicos (ej: provisión de electricidad para alumbrado y fuerza motriz; suministro de gas; servicio telefónico; etc.), o como sucedió en países extranjeros con ciertas actividades industriales y comerciales (ej: fabricación de fósforos; seguros de vida; tabaco; etc.). La actitud que así asume el Estado es perfectamente *lícita*, y corresponde a sus prerrogativas constitucionales. Pero los daños que tal prohibición legal les ocasione a los administrados que hasta la sanción de la ley ejercían esas actividades, son indemnizables y constituyen supuestos evidentes de responsabilidad del Estado por actos de legislación. Esta obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional a la inviolabilidad de la propiedad, al derecho de ejercer toda industria lícita y de comerciar.

Otro ejemplo sería el de leyes que consagran la prohibición de fabricar o comercializar determinados productos en beneficio de otros intereses particulares o de un interés general (ej: el caso de la Sociedad La fleurette comentado en la introducción al presente capítulo).

b) Ejemplo de ley ilícita. El cambio de derecho objetivo, en cuanto produzca un perjuicio en el patrimonio de los administrados. Tal sería el supuesto de una ley que declare del *dominio público* bienes o cosas hasta entonces del *dominio privado* de los particulares. Ello ocurrió en nuestro país con motivo de la reforma del Código Civil —efectuada en 1968— en materia de aguas, pues tal reforma declaró del dominio público las aguas subterráneas y ciertas aguas de vertientes o manantiales, las cuales hasta entonces eran del dominio privado de los dueños de los respectivos inmuebles.

Si bien el Estado puede llevar a cabo esos cambios en el derecho objetivo, no es menos cierto que ello sólo será eficaz mientras cumpla con las exigencias que surjan de la Constitución Nacional. En este aspecto, la reforma del Código Civil fue *inconstitucional* por implicar un claro agravio a los arts. 14 y 17 de la Constitución, en cuanto ésta declara inviolable el derecho de propiedad. En el ejemplo dado, el particular o administrado, con motivo del cambio del derecho objetivo dispuesto por ley, pierde la titularidad de un bien o cosa que hasta entonces fue de su propiedad. El Estado no puede sustraer la propiedad privada hasta que se cumpla con el inexcusable requisito de la adecuada indemnización que surge como principio general en el art. 17 de la Ley Suprema. El dominio es perpetuo, y, no contando con el asentimiento del interesado, o no existiendo hechos imputables al mismo que le hagan perder su derecho, éste sólo puede desaparecer mediante *expropiación*.

c) Otros casos particulares. Ley que prohíbe o restringe, para el futuro, el ejercicio de una actividad o industria considerada peligrosa o lesiva para la salud o moral públicas. Ejemplos: prohibición de ejercer

37. Linares Quintana es terminante en el sentido de “que ninguna convención reformadora podría en nuestro país, ejercitando el poder constituyente constituido, sancionar válidamente una reforma total o parcial de la Constitución que afectara los principios fundamentales que hacen a la esencia de la ley suprema de la Nación”. “El poder judicial, en cuanto guardián de la Constitución, tendría competencia para declarar la inconstitucionalidad de una enmienda semejante, que importaría la destrucción de la Constitución —según la terminología de Schmitt— o un fraude a la Constitución, conforme a la calificación de Liet Meaux”. Y agrega: “no se comprendería cómo, por vía del ejercicio del poder constituyente constituido —que es decir, limitado por el acto constituyente originario—, pudiera la Constitución ser destruida o transformada en su substancia”. (“Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, tomo 2, Nro. 903, páginas 162 y 163).

la industria de saladería de cueros y carnes en forma que atente, manifiesta e indubitadamente, contra la salud de los vecinos de los respectivos establecimientos saladeros; prohibición de fabricar *ajenjo*, bebida alcohólica considerada como un verdadero veneno para las personas; prohibición de ejercer la prostitución; etc.

Las personas afectadas por esas prohibiciones carecen de derecho a ser indemnizadas, por cuanto se ha considerado que el quebranto económico que sufren se debe a su propia culpa, por lo que tales consecuencias deben imputárselas a sí mismas. Por lo demás, no resultando semejantes actividades *legalmente honestas* quienes las ejerciten no pueden pretender el amparo del derecho. No hay, en estos casos, responsabilidad alguna del Estado hacia los administrados o particulares comprendidos en la norma prohibitiva.

3. Tipos de normas que puede dictar el Poder Legislativo

Con relación a la norma legal determinante del daño o lesión jurídica al administrado, y al resarcimiento de tal daño o lesión, pueden presentarse tres supuestos o situaciones:

- a) La propia ley reconoce el derecho a la indemnización. En este supuesto no existirá problema alguno. Todo consistirá en adecuar luego el resarcimiento al daño efectivamente producido. En este caso el juez no tendrá dificultades, pues su labor se limitará a cumplir o ejecutar la ley en lo que respecta a la indemnización.
- b) La ley guarda silencio al respecto. En esta hipótesis, lo atinente a la procedencia de la indemnización dependerá de que el caso concreto admita la aplicación de alguno de los principios jurídicos inherentes al Estado de Derecho, en cuyo mérito resulte obvio el otorgamiento de una indemnización.
- c) La ley niega derecho al resarcimiento. Aquí las cosas adquieren un tono más grave, pues el damnificado no sólo deberá gestionar el otorgamiento de la indemnización, sino también la declaración de que su negativa dispuesta por ley agravia algún principio esencial de rango constitucional³⁸. Sayagués Laso hace resaltar que una disposición legal semejante afectaría la competencia propia del Poder Judicial, decidiendo por vía legislativa un conflicto de derechos entre partes³⁹. En países como el nuestro, de Constitución rígida, la ley debe supeditarse a la Constitución por hallarse debajo de ella.

4. Amplitud de la responsabilidad del Estado ante la actuación del Poder Legislativo

4.1 Ante actos legislativos lícitos.

4.1.1 Tesis amplia –admisión del lucro cesante–.

Esta es la tesis adoptada por la mayoría de los civilistas sobre el tema que estamos tratando. Si indemnizar es eliminar el daño, sólo habría indemnización cuando sea plena o integral, comprendiendo los diversos aspectos del perjuicio sufrido –entre ellos el lucro cesante–, salvo los casos en que leyes específicas previeran otro criterio en un caso singular (ej: ley de expropiaciones). Frente al silencio legal respecto a la indemnizabilidad o no del lucro cesante, ha de cobrar todo su imperio y necesidad el principio de reparación integral por su razonabilidad y por la exorbitancia de la exclusión de aquel rubro. Remito al análisis realizado en el punto 2.1 del Capítulo III.

4.1.2 Tesis restringida –exclusión del lucro cesante–.

En el derecho público argentino -orden nacional-, en los supuestos de agravios o lesiones a derechos de origen y naturaleza administrativa o regidos fundamentalmente por derecho público, las normas positivas o los principios de la “justicia distributiva” aceptados y vigentes en nuestro país establecen para su reparación o resarcimiento la norma o criterio de la exclusión del lucro cesante.

Así ocurrió en materia expropiatoria, que en el derecho argentino fue donde primeramente el Estado puso en práctica los principios de justicia distributiva que utilizaría como norma o criterio regulador de una parte de su actividad.

La aplicación de los principios legales sobre la expropiación en los supuestos no contemplados de responsabilidad del Estado por actos lícitos, se explica y justifica por lo que Marienhoff ha dado en llamar *fuerza expansiva de la noción jurídica de expropiación*.

La inclusión del lucro cesante en la indemnización implicaría reconocer lo desmesurado o excesivo, vulnerando de esta forma la noción de justicia y desconociendo que tal tipo de prerrogativas le pertenecen por principio al propio Estado.

38. Sayagués Laso: “Responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en Jurisprudencia Argentina, 1949-I, página 58, sección doctrina.

39. Ídem a nota 38.

Si el Estado respondiera por el lucro cesante ilimitado cada vez que lleva a cabo una actividad lícita que provoca daños, pronto se agotarán los recursos fiscales, y hasta podrían no llegar a resarcirse las hipótesis comunes de responsabilidad estatal (ej: por actos ilícitos). Remito al análisis realizado en el punto **2.2** del Capítulo III.

4.1.3 Tesis del Dr. Barra, Rodolfo C.

Al tratar las diferencias entre Derecho Público y Derecho Privado Barra dice lo siguiente: sin perjuicio de que la unidad del ordenamiento jurídico, por un lado, como también la prudencia del legislador –que puede trasladar instituciones de un campo al otro del derecho, en la medida que tal traslado no resulte antisistémico- permitan encontrar en el derecho público y en el derecho privado puntos en común y hasta soluciones iguales o equivalentes, además de la utilidad interpretativa que tal “comunidad” reporta, lo cierto es que entre las dos ramas del derecho existe una diferencia sustancial basada en la especial relación de justicia que las normas garantizan. El derecho público se funda en la justicia distributiva, mientras que el privado lo hace en la conmutativa.

Esta diferencia es la que produce la distinción en todas las instituciones de cada una de estas ramas del derecho. Sin embargo, corresponde que nos preguntemos *si tal diferencia también se encuentra presente en el campo de la responsabilidad extracontractual (?)*.

Luego de un análisis pormenorizado de tema, Barra llega a la conclusión de que si bien el Derecho Civil se funda en la justicia conmutativa y el Derecho Público en la justicia distributiva, ello no implica que la responsabilidad extracontractual (amplitud de la indemnización) en ambos supuestos no se encuentre regida por la justicia legal; de hecho es así, ya que el legislador en definitiva es el que da la medida del resarcimiento.

Esto significa que el legislador, dentro de un marco de razonabilidad –dado por la justicia distributiva y conmutativa- puede resolver la cuestión según su prudencia, incidiendo sobre la relación jurídica generada por el hecho dañoso para modificar algún aspecto de su estructura –la obligación de resarcir, la medida del resarcimiento- orientando así a las partes a la realización del bien común. Remito al análisis realizado en el punto **2.3** del Capítulo III.

4.1.4 Proyecto de reforma del Código Civil.

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, Unificado con el Código de Comercio, establece sobre la responsabilidad del Estado por actos lícitos lo siguiente: **Art. 1676.- Actos lícitos.** El Estado responde por sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares en beneficio del interés general. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si se afecta la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. Remito al análisis realizado en el punto **2.4** del Capítulo III.

4.2 Ante actos legislativos ilícitos.

4.2.1 ¿Qué ocurre ante el actuar ilícito del Estado?

No toda responsabilidad extracontractual tiene idéntica naturaleza en el régimen jurídico, debiendo distinguirse los supuestos en que la actuación del Estado sea legítima, de aquellos otros casos en que se trate de actuaciones ilegítimas.

Si la extinción o lesión del derecho del administrado fuere ilícita, la indemnización a cargo del Estado debe ser amplia, comprensiva tanto del daño emergente como del lucro cesante, pues en tal supuesto recobra su imperio, y se impone, el principio de la indemnización integral. Remito al análisis realizado en el punto **2.5** del Capítulo III.

5. Consideraciones personales sobre las posibles acciones que el o los damnificados pueden entablar

A continuación realizaré un análisis de las posibles acciones que, desde mi punto de vista, son cursables para reclamar los daños y perjuicios que son causados por el actual del Poder Legislativo. Para ello, dividiré el análisis en leyes lícitas e ilícitas.

a) Ante leyes lícitas.

- Reclamo administrativo de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la norma.
- Reclamo por medio de acción judicial de la correspondiente indemnización.

b) Ante leyes ilícitas.

- Reclamo judicial por el cual se solicite la declaración de inconstitucionalidad de la norma que se piensa ilícita y de los pertinentes daños y perjuicios.

- Desde mi punto de vista, también en este caso se podrá solicitar la correspondiente indemnización en forma administrativa o por medio de acción judicial (sin solicitar la declaración de inconstitucionalidad). La diferencia estará dada aquí, en que, como expliqué al tratar la amplitud de la responsabilidad en el anterior capítulo –punto 2.5-, si se declarara la inconstitucionalidad (*ilicitud*) no hay dudas que la reparación debe ser integral, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante. En cambio, en el caso de no solicitar la inconstitucionalidad, el caso se resolverá como si el Estado hubiese actuado lícitamente. Es decir, que nos estaríamos enfrentando al problema no resuelto tanto en doctrina como en jurisprudencia de si corresponde o no en estos casos –acto lícito estatal- una reparación integral.

Capítulo V

Responsabilidad del Estado por el actuar del Poder Judicial

1. Introducción

Cuando hablamos de la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales solo nos estamos refiriendo a los “*actos judiciales de tipo jurisdiccional*”, ya que el órgano Judicial también puede emitir actos no jurisdiccionales, que son entonces actos “administrativos” emitidos por dicho órgano, actos éstos que quedan incluidos en la responsabilidad atinente a los “*actos administrativos*”.

Cuadra advertir que, desde el punto de vista teórico, a la responsabilidad del “Estado-Juez” no se la circunscribe o limita a su actividad en el ámbito “*penal*”, sino que también, se la pretende extender al ámbito “*civil*” o “*comercial*”.

Lo relacionado con la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales ofrece un matiz y una perspectiva totalmente distintos si se considera el proceso *penal* o el proceso *civil*. La eventual responsabilidad del Estado en el fuero *civil* o *comercial* aparece muy atenuada, pues en él, el Estado actúa como “*tercero*” que dirime una contienda patrimonial *entre partes*, siendo éstas quienes llevan el control del proceso a través del ejercicio de sus respectivas acciones y excepciones; en cambio, en el fuero *penal* el control del proceso está a cargo del “*Estado*” y no del imputado: de ahí que la responsabilidad del Estado tenga mayor cuantía respecto a la actuación del mismo en el ámbito penal⁴⁰.

2. Error judicial

El daño en este ámbito puede producirse tanto por una conducta judicial *legítima*, como *ilegítima* (error judicial).

El “*error judicial*” es entendido como todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar.

Es así que el “*error judicial*” es un verdadero acto ilícito o contrario a la ley, cometido por el juez, sea por acción u omisión (tanto una como otra por culpa o dolo), en el curso del proceso sometido a su jurisdicción⁴¹.

2.1 Análisis en el caso de condena y ante el dictado de prisión preventiva. Doctrina.

Según **Marienhoff**⁴², en el ámbito penal, la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales, y su correlativo deber de indemnizar al agraviado, nace en el supuesto específico y clásico de error judicial, o sea cuando alguien fue definitivamente condenado, sufrió prisión y más adelante, al revisarse la sentencia condenatoria, se advirtió la tragedia de haber condenado a un inocente, quien recién entonces es liberado o a quien recién entonces se le reconoce la corrección de su conducta, rehabilitándolo moralmente. Es en estos casos donde puede y debe hablarse de responsabilidad por acto judicial erróneo en el ámbito penal. Las más elementales nociones de justicia, equidad, derecho, requieren inexcusablemente que el Estado

40. En esta nota entregaré un claro ejemplo de responsabilidad del Estado por el actuar del Poder Judicial dentro del ámbito civil o comercial, y con él daré por terminadas mis apreciaciones sobre este caso en particular. Ej: Si como consecuencia de la pérdida de los títulos ejecutivos originales, el eventual derecho del actor –representado por aquellos documentos- sufrió una seria debilitación porque ya no dispuso de los títulos que otorgaban fuerza a su reclamo, con el rechazo de la ejecución por ausencia de dichos documentos, y fue privado de la chance de obtener un eficaz reconocimiento y satisfacción de su derecho, como consecuencia de una irregular prestación del servicio de justicia, constituye un daño que debe ser indemnizado por el Estado por un hecho que le es imputable (la custodia de los documentos por el tribunal). CNFed.CC, sala I, 27-5-99, “Bini, Oscar Guillermo c/ Estado nacional s/ Responsabilidad extracontractual del Estado”.

41. Ver a Jorge Bustamante Alsina en “Responsabilidad del Estado por error judicial”, L.L., 1996-B-pág. 314.

42. Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. IV, págs. 763 a 766.

resarza a la víctima. Pero en modo alguno debe admitirse responsabilidad de Estado, con la correlativa obligación de indemnizar, cuando alguien haya estado privado de su libertad durante la substanciación del proceso y sea finalmente puesto en libertad –sobreseído o absuelto– por el órgano jurisdiccional de primera, de segunda o eventualmente de tercera instancia, dentro del curso normal u ordinario del proceso.

El lapso que una persona permanezca privada de su libertad a raíz de la substanciación de un proceso penal, en el que dicha persona es finalmente sobreseída o absuelta, no debe dar lugar a responsabilidad alguna del Estado, o sea no puede generar derecho a resarcimiento a favor de quien sea sobreseído o absuelto. Tal perjuicio o daño debe ser absorbido por el imputado en ese proceso, tanto más si el trámite de que éste fue objeto no presenta anomalías que lo tornen irrazonable y, especialmente, si el sometimiento de esa persona o proceso obedeció a circunstancias atendibles, debidas a la aparente actuación o comportamiento de ella. En tal situación, el menoscabo sufrido, aparte de responder a la propia conducta de tal persona, no es más que el tributo debido por todos los integrantes de la comunidad a la institucionalización de la justicia, al afianzamiento de ésta. En las circunstancias mencionadas, el daño sufrido por la privación de la libertad no es jurídicamente resarcible: **1)** En primer lugar, porque el Estado habríase limitado al estricto cumplimiento de su deber constitucional de administrar justicia y de velar por el mantenimiento de la plenitud del orden jurídico, valores estos últimos, que habían sido debidamente respetados al absolver o sobreseer a quien en definitiva se comprobó que no había violado regla alguna de derecho. Ese es, precisamente, uno de los aspectos característicos y propios de la función de administrar justicia, la que, para llevarse a cabo, frecuentemente requiere que el imputado penalmente permanezca privado de su libertad personal. **2)** En segundo lugar, la conducta del Estado recién aparece expresada o concertada con la sentencia definitiva, y firme, dictada en el curso normal u ordinario de un proceso; antes de ello la sentencia de primera instancia no constituye manifestación de la conducta estatal, la que recién aparecerá cuando, a mérito de los recursos deducidos, se haya expedido el respectivo organismo judicial de última instancia; mientras este último organismo no se haya expedido, nada hay que pueda imputársele al Estado, pues hasta ese momento su voluntad o conducta no aparece técnicamente expresada, por cuanto el proceso de formación de tal voluntad o conducta no está concluido o terminado.

Otra cosa muy distinta –dice el autor citado– ocurre cuando se condena a un inocente y éste, después de haber sufrido por ello prisión injusta, es puesto en libertad por haberse comprobado su inocencia en un proceso o recurso de revisión. Aquí si existiría una manifiesta conducta indebida del Estado-Juez, que indudablemente obliga su responsabilidad. Finalmente, cabe aclarar que en el caso de una sentencia firme y no revisable –conforme con la ley pertinente– es impensable algún supuesto de responsabilidad.

Bidart Campos⁴³ hace un planteo muy diferente del tema en cuanto a lo que refiere a la prisión preventiva. Para desarrollar esta temática se plantea los siguientes interrogantes: ¿hay un derecho a la reparación por prisión preventiva?; ¿la eventual procedencia del derecho a la reparación exige que al término del proceso el inculpado haya sido sobreseído o absuelto?.

De todas maneras, dice el autor, en el centro del problema queda latente saber si el supuesto indemnizatorio siempre significa admitir que hubo *error judicial* en la privación preventiva de la libertad. Y queda latente porque, al menos como hipótesis de principio, se puede considerar que el acto judicial que dispuso tal privación se enmarcó en lo que denominamos *actividad lícita* o legítima del Estado.

Seguramente, dice Bidart Campos, hay situaciones en las que la prisión preventiva fue bien dispuesta en el momento de dictarse el respectivo pronunciamiento judicial, lo que ayuda a decir que *no hubo error judicial* y que la actividad judicial del Estado fue *lícita y legítima*. Aún así: ¿queda sitio para dar andamio al derecho a la reparación?. La respuesta del autor es afirmativa –siempre como principio–. La razón –según él– estriba en que, aún cuando es verdad que la administración de justicia precisa, para su buena implementación, que en muchas causas penales una persona sea a veces privada transitoriamente de su libertad, no queda duda que su privación es una limitación fortísima a su derecho a la libertad ambulatoria y a la presunción de su inocencia, por más base constitucional con que cuente la detención.

Soportar tan grave limitación –nada menos que la libertad corporal– puede ser necesaria en ciertas situaciones para contribuir a la buena administración de justicia penal, lo que conduce a admitir que las limitaciones razonables a los derechos son una premisa elemental de todo Derecho Constitucional democrático, porque ningún derecho es absoluto ni dispone de espacio para ejercerse antifuncionalmente. Todo esto es verdad, pero también lo es que la circunstancia de que al momento de disponerse y cumplirse prisión preventiva haya habido suficiente razonabilidad para imponerle al inculpado tal sacrificio, no configura obstáculo para el reconocimiento posterior de que, una vez beneficiado al término del proceso con el sobreseimiento o con la absolución, concurre mérito bastante para hacerle efectivo su derecho a la reparación. Ello por el perjuicio irrogado a su libertad, consistente en haber estado temporariamente privado de ella.

43. Ver a Bidart Campos en Revista de Derecho de Daños 9 “Responsabilidad del Estado”, págs. 232 a 235.

Si atendemos a una primera etapa procesal, no vacilamos en decir que hay que coadyuvar al *ius persecuendi* y al *ius puniendi*, en conjunción con razones de seguridad y solidaridad social. Pero cuando en la etapa final del proceso penal sobreviene como “verdad material” u objetiva el sobreseimiento o la absolución de quien sufrió privación preventiva de la libertad y cooperó así con la administración de justicia, reaparece la idea madre: el derecho a la libertad no es absoluto y tolera, por ello, limitaciones razonables (en el caso, la proveniente de la prisión preventiva), pero una vez cumplido el deber de aceptar esa limitación en una primera etapa del proceso es menester acoplar después el derecho a reparación por el perjuicio que significó sobrellavar aquella limitación.

La mirada global tiene que coordinar dos enfoques: en la etapa del proceso durante la cual un fuerte interés social lo hace prevalecer sobre el derecho a la libertad, puede darse por justificado el aporte social y solidario de quien se ve privado de esa libertad preventivamente; pero una vez que el detenido hizo ese aporte y queda sobreseído o absuelto, alcanza título jurídico suficiente para exigir la compensación reparatoria, porque ya no tiene asidero conferir prelación al *ius persecuendi* y al *ius puniendi* cuando sus fines han quedado oportunamente satisfechos.

No es menester suponer que cuando el derecho a la reparación se torna viable haya que negar la licitud originaria del acto judicial de prisión preventiva. Basta con admitir que después del sobreseimiento o la absolución aquella licitud, sin convertirse en ilicitud sobreviviente, ha de ceder frente a la prioridad axiológica del derecho a la libertad.

Todo lo dicho anteriormente es diferente al supuesto en que la privación preventiva de la libertad se establezca por un acto *mal fundado* o cuando la *duración* supere un tiempo razonable. Acá se puede atribuir error judicial –ilicitud- a la prisión preventiva, con lo que la procedencia de la reparación adquirirá otros perfiles de fuerte solidez.

Finalmente, cualquiera sea el supuesto o el casillero en el que ubicaremos cada caso, y tanto si lo equiparamos al error judicial como si lo situamos fuera de ese esquema (acto legítimo), no caemos en el rigorismo de sostener –como si lo hace la Corte Suprema- que para la procedencia de la indemnización resulte indispensable una decisión judicial que formal y expresamente deje sin efecto la resolución que cautelarmente había dispuesto la prisión (como si se tratara de una seudoremoción de la cosa juzgada o de la preclusión), como tampoco hace falta una ley que prevea la reparación. Nos basta que el tribunal ante el cual se pretende tal reparación decida, con razonamiento argumental convincente conforme a las circunstancias del caso, alguna de estas alternativas: o que la privación de libertad careció desde su inicio de causa, o que excedió el tiempo razonable, o que fue bien dispuesta en su momento pero, posteriormente, ha extraviado el fundamento que tuvo a raíz del sobreseimiento o la absolución.

2.2 Tratados Internacionales.

Para desarrollar este punto acudiré a dos *tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional*: el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 10 del Pacto San José de Costa Rica dispone que “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

Acá el *error judicial* se repara solamente cuando en sede penal una persona ha sido *mal condenada*.

La norma es, para Bidart Campos⁴⁴, de naturaleza operativa, ya que al aludir al derecho a indemnización “conforme a la ley” no está supeditando ese derecho a la existencia de una norma interna del Estado, sino dando a entender que el monto y las condiciones de la reparación se sujetan a la ley. Pero, ¿si acaso no hay ley?. Entonces, en virtud de la obligación que a los Estados que son parte en el tratado les impone el artículo 2do., ese Estado debe tomar *medidas “de otro carácter”* (por ej., las sentencias) para hacer efectivo ese derecho reconocido en el citado artículo 10.

El artículo 9.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

Acá se apunta a una *privación ilegal de la libertad*, sin referencia alguna a la sentencia que, acaso, pueda haberla dispuesta erróneamente.

Entonces, es el artículo 9.5 el que más conexión guarda con la privación de la libertad durante el proceso.

Gozaíni⁴⁵ opina que, al incorporar el artículo 75.22 de la Constitución Nacional ambos tratados no podemos limitar el derecho a la reparación, sino ampliarlo en los límites por ellos establecidos.

Los dos tratados de jerarquía constitucional que venimos citando señalan cuáles son las condiciones para que en nuestro ordenamiento interno podamos afirmar que es razonable constitucionalmente la medida cautelar que dispone judicialmente la privación de libertad durante el proceso penal.

44. Ver a Bidart Campos en Revista de Derecho de Daños 9 “Responsabilidad del Estado”, págs. 228 a 231.

45. Gozaíni, Osvaldo A.: “Derecho Procesal Constitucional”, Ed. de Belgrano, tomo 1, págs. 243 y 244.

Así, el Pacto de San José de Costa Rica impone como derecho de todo detenido o retenido el de ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad mientras el proceso continúa, y añade que esa libertad podrá estar *condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*.

Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos contiene también la pauta del plazo razonable del juicio como derecho de toda persona detenida o presa, y específicamente dice que *la prisión preventiva no debe ser la regla general*, para enseguida consignar que la libertad durante el proceso podrá estar *subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio*, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

2.3 Jurisprudencia.

a) **Condena.** La Corte Suprema ha sostenido en forma reiterada que: cabe sentar como principio 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 (ej: un condenado que es declarado inocente ante un recurso de revisión), 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 ley⁴⁶. Es por ello que, según esta tesitura, si existe una sentencia firme *no revisable* conforme a la ley pertinente es impensable algún supuesto de responsabilidad.

b) **Prisión preventiva.** En el fallo recaído el 11 de Junio de 1998, “López, Juan de la cruz y otros c/ Provincia de Corriente s/ Daños y perjuicios”, ocurrió lo siguiente: los actores estuvieron en prisión preventiva desde el 5 de Julio de 1983 hasta el 15 de Diciembre de 1988, en que se dictó sentencia absolutoria por insuficiencia de pruebas en cuanto a quiénes fueron los autores del hecho acreditado. La causa civil en la que después se demandó indemnización tramitó en instancia originaria de la Corte, cuyo decisorio suscripto por ocho de sus jueces fue unánime, aunque hubo seis votos por separado. La Corte sostuvo que:

- La doctrina y la jurisprudencia de la responsabilidad del Estado por su *actividad lícita* no es aplicable cuando se trata de *actos judiciales*, ajenos por su naturaleza a esa clase de resarcimiento;
- Uno de los votos individuales sostuvo que no hay error judicial sin ilegitimidad, ni acción de resarcimiento posible sin sentencia previa que declare el error y deje sin efecto el fallo impugnado, asimismo afirmó que por vía de acción de daños y perjuicios no cabe discutir el acierto o el error de los procedimientos judiciales o la conducta de un juez en un litigio.

En el fallo dictado por la CNFed. CC, sala III, 23-3-99 “Geraci, Sergio Alejandro c/ Estado Nacional. Ministerio de Justicia de la Nación s/ Daños y perjuicios”, se dijo lo siguiente: En el presente caso, ninguno de los actos procesales fue declarado ilegítimo o nulo y no hubo una demora imputable al Estado. Es cierto que el actor, luego de sufrir una prolongada prisión preventiva, fue absuelto en segunda instancia, pero ni el auto de prisión preventiva, ni las reiteradas denegatorias de excarcelación pueden ser consideradas injustificadas o arbitrarias. La mera discrepancia entre el criterio del juez de primera instancia y la cámara revisora respecto a la interpretación y calificación de los hechos no constituye en ilegítimo lo actuado con anterioridad.

Fallo dictado por la Corte Federal el 19 de Octubre de 1995, “Balda, Miguel Ángel c/ Prov. De Buenos Aires”. La hipótesis fáctica consistió en lo siguiente: el accionante fue detenido en la Capital Federa mediante una acción ilegal de funcionarios de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, que les motivó luego su procesamiento y condena a dos de ellos. En la causa que motivaba su detención, se dictó prisión preventiva como supuesto autor del delito de daño intencional (incendio), resolutorio que llevado en apelación a la alzada, fue confirmado por ésta. Con posterioridad, el accionante fue declarado absuelto por sentencia firme, cumpliendo prisión preventiva más de seis meses.

La totalidad de la Corte Federal declaró la improcedencia de la demanda indemnizatoria intentada. Para ello utilizó los siguientes fundamentos:

- El considerando 6 sustentó, como principio general, que “el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto”; se aduce como razón el carácter de “verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”, que impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error.
- El considerando 7 postula que la sentencia firme absolutoria no ha implicado “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’”. Asimismo, se dijo que la medida provisoria

46. Fallos: 311-1007, (La Ley, 1988-E-pág. 225).

“sólo traducía la existencia de un serio estado de sospecha”, de modo que no cabe admitir que por vía resarcitoria “se pretenda revisar el acierto o el error de un pronunciamiento cautelar firme”.

Otro de los principios que nos deja este fallo es que “*los actos judiciales no generan responsabilidad del Estado por su actividad lícita*”. 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 son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia”.

En este precedente de “Balda” la demanda es rechazada no sólo porque se estima infundada la atribuida “ilegitimidad” de la prisión preventiva, sino también porque no se juzga disvalioso el resultado de la actividad lícita del Estado, aspecto que motiva mi preocupación.

Fallo dictado por la Corte Suprema el 1 de Noviembre de 1999, “Rosa, Carlos A. c/ Estado Nacional y otro”. En este caso la Corte suprema –por mayoría- dio un giro parcial al sostener que hay deficiencia en el servicio de justicia cuando la coacción personal insita en la prisión preventiva se ha prolongado durante un año, seis meses y dieciséis días a partir del segundo año de privación de libertad (art. 701 del Código Procesal Penal de la Nación –ley 2372-), sin que los magistrados intervinientes demostraran la necesidad imperiosa de mantener la medida cautelar.

En este caso la Corte señaló y distinguió un doble título o *causa petendi* en la *pretensión indemnizatoria del actor*: por un lado, éste imputó *error judicial* por su procesamiento y prisión cautelar; por otro lado, atacó la *duración* de aproximadamente cuatro años de privación de libertad.

En cuanto a lo primero, la Alzada había sostenido que para responsabilizar al Estado por error judicial era necesario que el acto jurisdiccional que provocó el daño hubiese sido declarado ilegítimo y dejado sin efecto. La Corte, por su lado, entendió que el memorial de agravios no rebatió argumentalmente aquella afirmación del pronunciamiento recurrido, pero además añadió que los actos procesales supuestamente irregulares se habían basado en una apreciación razonada de los elementos reunidos hasta ese momento y en las normas procesales vigentes. En suma, no prosperó ante la Corte el alegato de error judicial en la prisión preventiva.

En cuanto al otro aspecto, referido al tiempo de privación de libertad, que según expliqué fue de aproximadamente cuatro años, la Corte introdujo también una distinción: los *dos primeros años* de detención fueron producto del ejercicio *regular* del servicio de justicia, pero el *lapso posterior* ya se tuvo por *excesivo* e irrazonable según las circunstancias del proceso. O sea, que la reparación prosperó a causa del año y medio en que el actor siguió privado de su libertad a continuación de los años anteriores. Y acá el considerando 16 del fallo reitera –con citas de otros anteriores del tribunal- que debe conciliarse el derecho personal a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente, agregando que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito se conjugue con el de la persona sometida a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Dijo, además, que cuando ese límite es transgredido, la medida preventiva –al importar un sacrificio excesivo del interés individual- se transforma en una pena, y el fin de seguridad es un innecesario rigor.

Alcanza este breve resumen de la sentencia para advertir que si bien la Corte no aceptó la existencia de error judicial en la medida cautelar, valoró la duración de la prisión preventiva en la forma subdividida que ya he explicado: tuvo por razonable el lapso de los dos primeros años, y por excesivo el tiempo que lo superó hasta la recuperación de la libertad. Todo ello encadenado a que el proceso culminó con la absolución del imputado.

Lo que me parece más novedoso en el caso “Rosa” son dos cosas: la primera, es que se ha considerado *justiciable* el tiempo de *duración* de la privación de libertad, y la segunda, que aun cuando se la reputó razonable en su origen, no se ha exigido que el lapso posterior por el cual se otorga indemnización requiera un previo acto jurisdiccional explícito que declare incurso en error judicial el mantenimiento de la cautelar.

3. Responsabilidad de los jueces frente al error judicial⁴⁷

Este tema en particular excede el marco de mi trabajo, ya que este trata en particular la responsabilidad del Estado por actos lícitos; sin embargo, me pareció muy interesante incluirlo para poder lograr una idea basta de toda esta temática.

3.1 Introducción

El Estado de Derecho, protector de los derechos humanos básicos, que surge de nuestra Constitución es un producto de la modernidad que tiene su base en la teoría de la separación de poderes, originada en Inglaterra. El Derecho fundamental clásico es la protección contra la detención arbitraria, que fue formulada por Coke de la siguiente forma: “*No man can be taken, arrested, attached, or imprisoned but by due process*

47. Ver a Edgardo A. Donna y Gustavo E. Aboso en Revista de Derecho de Daños 9 “Responsabilidad del Estado” (Aspectos penales y civiles de la Responsabilidad de los Magistrados por el error judicial), págs. 129 a 147.

*of law and according to the law of the land*⁴⁸. Esto quería significar, en el lenguaje de la Carta Magna inglesa de 1215, un acto constitucional, por el cual los barones rechazaron las pretensiones de soberanía del rey, encuadrándolas en los límites de los viejos derechos constitucionales. De esa Carta Magna surge el artículo 39: “ningún hombre libre puede ser detenido, mantenido preso, expropiado, desterrado, proscrito o de alguna manera destruido, salvo decisión judicial basada en la ley”. Por ende, la base del Estado constitucional y de los derechos humanos se encuentra en esta idea contenida en el Derecho Constitucional inglés, por el cual “la protección contra la detención y la persecución penal arbitraria, es el derecho fundar de la libertad”.

El Derecho Penal se caracteriza sustancialmente, a diferencia de otras ramas del Derecho, por el modo predominantemente represivo mediante el cual castiga la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos. Frente a la comisión de un delito o su tentativa, es misión de los jueces, con competencia penal, juzgar a su autor o autores, así como a los partícipes, valiéndose para ello de la necesaria sustanciación de un juicio, conforme a las normas jurídicas que regulan el desarrollo de un proceso.

Así, cuando el artículo 18 de la Constitución Nacional dispone que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...] Nadie puede ser arrestado sino en virtud de una orden escrita de autoridad competente...”, proclama la garantía del debido proceso de la que goza el ciudadano frente a la pretensión punitiva del Estado o de cualquier otro ciudadano y la de la legítima privación de la libertad.

El fiel cumplimiento de este mandato constitucional impone la necesidad de diseñar un proceso a través del cual el acusado de un delito tenga la oportunidad cierta y real de conocer el hecho que se le imputa, el de ofrecer prueba a su favor, el de contradecir la prueba de la contraria y el de recurrir.

Todas estas garantías constitucionales enumeradas y las no enumeradas del artículo 33 exigen por parte de un Estado democrático de Derecho la puesta en funcionamiento de un aparato judicial, en el cual confluyen la actividad de diversas magistraturas en aras de lograr la observancia de estas exigencias constitucionales que protegen a una persona acusada de un delito.

Sin embargo, la práctica judicial nos demuestra una realidad que contrasta con la recta observancia de estas garantías fundamentales durante el proceso penal.

Precisamente, el punto de tensión se refleja en forma más asidua en la actualidad entre la libertad ambulatoria del acusado durante la prosecución del proceso penal, presupuesto que se desprende en forma inmediata de la garantía (o estado) de presunción de inocencia de que goza todo acusado, hasta tanto ella no sea desvirtuada, mediante una sentencia condenatoria firme, por un lado, y la necesidad de evitar que aquél eluda la aplicación de la pena o entorpezca la administración de justicia (art.319, CPPN).

Se evidencia en los códigos procesales modernos una tendencia cada vez más pronunciada a restringir las causales de privación de la libertad de las personas sometidas a proceso, acudiéndose para ello a otro tipo de medidas cautelares.

El presente comentario se abocará a tratar la responsabilidad penal de los jueces, en razón de la prolongación indebida de la prisión preventiva de una persona imputada de un delito, previsto y reprimido por el artículo 270 del Código Penal de la Nación, situación que obviamente acarrea, en forma directa, también la responsabilidad civil del magistrado y del propio Estado por el daño ilegítimamente irrogado a la víctima.

3.2 El tipo legal del artículo 270 del Código Penal

- a) Antecedentes. El proyecto de 1891 había previsto este delito como delito contra la libertad. Posteriormente, en el proyecto de 1906 se desplazó hacia los delitos contra la administración pública. En el primer proyecto citado, se decía con palabras que tienen actualidad: “tiene por objeto esta disposición reprimir injusticias harto frecuentes en los tribunales argentinos. La simple detención acordada durante las primeras investigaciones de un delito, se convierte con demasiada facilidad en prisión preventiva y, una vez el procesado en la cárcel, su vuelta a la libertad queda definitivamente aplazada. Con la enmienda que introducimos cesará ese estado de cosas y no ocurrirá ya, como ha ocurrido, que procesados por delitos que merezcan un mes de arresto, permanezcan en forma preventiva detenidos durante tres o cuatro años, sin más motivo que el de no haberse dictado sentencia firme”.
- b) Bien jurídico. Acá están en juego dos bienes jurídicos. El primero de ellos es la administración de justicia, y el segundo la libertad de la persona, de manera tal que no hay duda de que en este caso la víctima pueda constituirse como parte querellante.
- c) Tipo objetivo. Consiste en decretar prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o en prolongar la prisión preventiva ya decretada más allá del tiempo que correspondería a la pena máxima del delito imputado. Ambos supuestos se refieren a la prisión preventiva, que es la medida cautelar por la cual el juez puede restringir la libertad de una persona, antes de la sentencia definitiva, mediante el dictado

48. Citado por Kriele, Martín, “Introducción a la teoría del Estado”, Depalma, Bs. As., 1980, p. 208.

previo del auto de procesamiento siendo ésta la única forma de restringir la libertad a fin de asegurar la sujeción del imputado al proceso. Sin embargo, hay que insistir en que la medida debe ser de excepción debido al estado de inocencia de la persona reconocida constitucionalmente. En este sentido, el actual Código de Procedimientos se ajusta más a lo que quería el codificador, ya que se requiere, para poder dictar la prisión preventiva, el auto de procesamiento. Y éste a su vez exige algunos extremos. En efecto, el artículo 316 afirma que el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubieren elementos de convicción suficiente para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste. El Código exige, como se sabe, una indagatoria previa. La norma se completa con el artículo 312 cuando regula los extremos de la prisión preventiva, que son dos: Primero, cuando al delito o concurso de delitos le corresponda pena privativa de libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional. Segundo, en caso de que se permita la condena condicional si no procede la libertad provisoria de acuerdo al artículo 319. Este artículo dispone que se denegará la excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones, hiciere presumir, en forma fundada, que éste intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Pues bien, está claro que no se puede dictar prisión preventiva en los casos de delitos que sólo tengan pena de multa o inhabilitación. Pero, además, se cometería el delito cuando no se respetan los artículos antes citados y los análogos de los códigos procesales.

En otro caso se trata de la prolongación de la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24 del Código Penal, hubiera agotado la pena máxima que podía corresponder al procesado por el delito imputado.

Presupuesto del delito es que la persona esté cumpliendo la prisión preventiva y el juez omita la decisión de libertad cuando se han cumplido los plazos antes indicados.

Se trata de la pena máxima del delito imputado a la persona en el auto de procesamiento.

- d) Autor. Autor sólo puede ser un juez con competencia penal para investigar delitos, con lo cual quedan excluidos los jueces contravencionales.

Se trata de un delito de mano propia especial que no admite coautoría pero sí puede haber complicidad. Sujeto activo de este delito sólo puede ser el juez con competencia para investigar o juzgar delitos.

- e) Tipo subjetivo. La doctrina se encuentra dividida. Algunos autores, como Soler, afirman que no se trata de un delito doloso sino que el artículo 270 se refiere a la actuación negligente o imprudente del juez que por ligereza, por dejadez, por retardo, determina que alguien sufra prisión preventiva indebidamente o más allá de los límites resultantes del juego de la ley penal y la procesal. En igual sentido se pronuncia Núñez al decir que se trata de la inobservancia inintencional de la norma reguladora de la prisión preventiva. Tales posturas encuentran su fundamento en la atenuación de la escala penal que tiene esta figura, con respecto a otras normas en las que podría encuadrar tal accionar, como los delitos de privación de la libertad (art. 141) o abuso de autoridad (art. 248), que prevén una pena privativa de libertad; mientras que la norma en comentario determina multa e inhabilitación.

Según estos autores, carecería de sentido que un hecho que revistiese una gravedad evidentemente superior –en el caso de que fuere doloso– a la de cualquier prevaricato fuera perseguido con una pena menor. Justamente dicha atenuación deviene del carácter culposo que reviste tal conducta.

Por el contrario, otro sector de la doctrina sostiene que el sistema *numerus clausus* seguido por nuestra ley penal en materia de delitos imprudentes determina que las restantes figuras delictivas sean dolosas. En idéntico sentido Donna establece que la calidad de doloso o culposo de un delito no depende de la pena ni de la armonía de las escalas penales, sino de la estructura típica; en consecuencia, para esta rama doctrinaria, el delito previsto en el artículo 270 del Código Penal debe ser doloso, lo cual implica que el autor debe conocer y querer disponer la prisión preventiva del acusado o prolongar su detención bajo las condiciones analizadas en los puntos anteriores, es decir, conocer las circunstancias que tornan improcedente la aplicación de la prisión preventiva o la que obliga hacerla cesar, además de la voluntad de disponerla o prolongarla a pesar de ese conocimiento.

- f) Consumación. La consumación se dará cuando el juez ordene, mediante resolución, la prisión preventiva, y ésta se haga efectiva –según la postura que se adopte–, o cuando omita hacer cesar la detención en tiempo debido, prolongándola injustificadamente.

La tentativa no es posible.

3.3 El marco constitucional de la responsabilidad de los magistrados por el error judicial

En el texto de la Constitución Nacional nada se dice sobre la responsabilidad de los magistrados por el error judicial, mas el artículo 75, inciso 22, incorpora una serie de tratados internacionales que fijan normas

específicas sobre la responsabilidad del Estado por el error judicial (art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 9, inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

A su vez, numerosas Constituciones provinciales establecen cláusulas específicas de responsabilidad civil por errores cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Estas disposiciones resultan también aplicables a los magistrados judiciales.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prescribe en su artículo 13, inciso 10, el derecho de indemnización de la persona condenada por sentencia firme en virtud de error judicial.

En este sentido, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone en su artículo 44 lo siguiente: “Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces”. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tiene acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado”.

3.4 La responsabilidad civil del magistrado por el error judicial.

La actuación de los jueces en el ejercicio de sus funciones puede generar responsabilidades de diversa naturaleza por los actos lícitos o ilícitos cometidos a instancias del error incurrido durante la sustanciación del proceso.

En este sentido, el Código Civil contempla en el artículo 515, inciso 4, como fuente de obligación natural, el supuesto de la pérdida del pleito a causa del error o malicia del magistrado.

A su vez, el artículo 1112 de ese ordenamiento legal prevé, según la doctrina mayoritaria, la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, concepto en el cual se incluye al magistrado, por las irregularidades dañosas cometidas en el ejercicio de su función.

El proyecto de Código Civil (1998) prevé, en su artículo 1677, la equiparación de los funcionarios y empleados mediante la denominación “agentes públicos”, frente a los cuales no es menester determinar en forma previa su responsabilidad administrativa ni tampoco su desafuero.

Pese a ello, se advierten dos corrientes doctrinales en torno de la aceptación o no de la responsabilidad civil de los magistrados por error judicial.

Para algunos los jueces están exentos de dicha responsabilidad, por daños y perjuicios, en función de la eventual injerencia que la misma acarrea para el magistrado en el desempeño independiente que caracteriza su función, sumado al carácter controvertido de los litigios de los particulares, materia por demás opinable en cuanto a su correcta y justa solución.

A su vez, se agregan otros fundamentos para admitir la irresponsabilidad de los jueces: la juridicidad de su actuación, el carácter no evitable del error, la asunción del riesgo por parte del litigioso, la influencia de las alegaciones de las partes, etcétera.

Por el contrario, otro sector de la doctrina sostiene que si bien los jueces tienen una posición especial (art. 273 del Cód. Pen. en cuanto le impone la obligación de fallar, y art. 15 del Cód. Civ.), esta circunstancia no los excluye de la responsabilidad genérica que tiene todo funcionario público por el mal desempeño o error en el ejercicio de sus funciones.

Explica Gordillo⁴⁹ que el funcionario público se halla ligado al Estado a través de una relación contractual, cuyo elemento principal es la regular prestación del servicio. El incumplimiento de esta prestación asumirá las características fijadas en el artículo 1112.

Si la irregularidad señalada en el ejercicio de las funciones del funcionario provoca una afectación a los derechos individuales de los particulares, en forma independiente de su contenido económico, ello genera, en primer lugar, la responsabilidad directa del agente y, coetáneamente, en forma indirecta, la del Estado (art. 1109), ya que el artículo 1112 establece un régimen de responsabilidad directa de quien causa el daño.

Algunos pronunciamientos se inclinaron, en cambio, por aceptar la responsabilidad directa del Estado por entender que la actividad desarrollada por los órganos y funcionarios estatales debe ser considerada como propia del Estado (CFed.CAdm., sala 3, 28-5-92, “Varela, Jorge Raúl”).

Ello así ya que la responsabilidad derivada por la comisión u omisión del funcionario público en el ejercicio de sus funciones, escribe Gordillo⁵⁰, transforma la relación jurídica prevista entre el Estado y el órgano en una relación jurídica entre el órgano y el particular.

La responsabilidad de los magistrados por los daños y perjuicios ocasionados a terceros en el ejercicio irregular de su función es de carácter extracontractual.

49. Gordillo, Agustín: “Estudios de Derecho Administrativo, Perrot, Bs. As., 1963, págs. 60 y sig.

50. Ídem. a nota 49, Págs. 81 y 82

El irregular cumplimiento de las obligaciones legales impuestas al funcionario público debe tener su El proyecto de Código Civil de 1998 establece en este sentido, en su artículo 1686, la exigencia del dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de los jueces para generar el derecho de indemnización. La culpa grave se asimila al dolo (art. 1604, inc. c, del cit. proyecto) donde el juez que yerra sólo responde del incumplimiento deliberado y de mala fe del deber jurídico o de la obligación, según el caso (art. 1605).

Se debate, en cambio, quién es el legitimado para accionar por los daños y perjuicios cometidos por el error judicial. Así, se sostuvo que tienen legitimación activa:

- El Estado (Linares);
- los administrados y otros funcionarios (Llambías);
- los administrados únicamente.

Asimismo, algunos autores sostienen que el vocablo “tercero” utilizado en la redacción del artículo 1112 permite incluir a cualquiera de los supuestos enumerados.

Esta responsabilidad de indemnizar el daño causado es simplemente mancomunada entre el autor y el Estado.

En cambio, una moderna tendencia en el campo del Derecho Administrativo propone sustituir la responsabilidad directa del funcionario por la responsabilidad meramente regresiva. Así, la víctima sólo tiene acción en contra del Estado, y éste a su vez tiene el derecho de repetición en contra del funcionario.

3.5 La responsabilidad civil del magistrado y el Estado. *Jurisprudencia*

La detención que sufre la víctima como consecuencia del dictado de la prisión preventiva cuando ella no corresponde o la prolongación de la privación de la libertad en contraposición al modo de computar el plazo de prisión preventiva (art. 24, Cód. Pen.), acarrea la responsabilidad civil del magistrado que la dictó o la prolongó, así como la del Estado (art. 1112, Cód. Civ.).

El dictado de la prisión preventiva debe obedecer al error del magistrado sobre la subsunción típica del hecho juzgado, adecuación legal que provoca excluir –de acuerdo a las normas procesales vigentes en materia de excarcelación- la posibilidad cierta que tiene el procesado de obtener la libertad ambulatoria durante la tramitación del proceso seguido en su contra.

También el error judicial puede provenir del mantenimiento de la prisión preventiva más allá de los cánones establecidos por el artículo 24 del Código Penal, situación que impide –en idéntica medida a la hipótesis anterior- lograr la libertad anticipada del procesado al dictado de la sentencia.

El error judicial se define como el que surge como consecuencia de la declaración de voluntad de un magistrado, y que puede derivar de un error de hecho como de derecho.

El yerro judicial puede atentar contra los derechos individuales del procesado, fundamentalmente su libertad, pero también puede darse el supuesto de su patrimonio como consecuencia de la adopción de una medida de carácter cautelar accesoria a la prisión preventiva como lo es el embargo (art. 518, CPPN) o la inhibición general de bienes (art. 228, CPCC).

La afectación ilegítima de los derechos personales del procesado genera en su favor el derecho de indemnización en contra del Estado y el órgano jurisdiccional.

Para ello nuestra jurisprudencia exige dos requisitos básicos:

- 1) Que la resolución tachada de injusta haya sido privada de sus efectos por la autoridad judicial competente para revisarla, es decir, por un superior jerárquico;
- 2) que este órgano revisor haya señalado el error o el reproche por su actuación.

La doctrina penal, como ya dije, discute si las conductas previstas por el artículo 270 deben ser cometidas a título de dolo o simplemente basta la imprudencia.

En materia de responsabilidad por daños ocasionados por el yerro judicial en el dictado de la prisión preventiva se exige que éste sea producto de un error de hecho o de derecho, incluso de un error excusable.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó en la causa “Rosa, Carlos A. c/Estado Nacional y otro”, del 10 de noviembre de 1999, los parámetros válidos de interpretación de la responsabilidad civil del magistrado por el error judicial en perjuicio del procesado.

Según se desprende de los hechos probados en la sentencia reseñada, el actor, en su carácter de funcionario policial, participó con otras dos personas, también policías, en un operativo que arrojó el resultado de la muerte de dos personas acusadas de haber cometido un delito. A raíz de la denuncia formulada por dos letrados en contra del actor, éste fue detenido y el 2 de enero de 1987 se le dictó el procesamiento con prisión preventiva en calidad de coautor por el delito de doble homicidio. Su defensa solicitó en repetidas oportunidades la excarcelación, la cual le fue denegada en otras tantas ocasiones por el juez de primera instancia, decisión que fue confirmada por la Cámara. Luego, el 25 de enero de 1991 se le concedió la excarcelación y ese mismo año fue absuelto del delito por el cual se lo había acusado por aplicación del beneficio de la duda (art. 13, CPMP).

Una vez que el fallo absolutorio adquirió el estado de cosa juzgada, el actor inició una demanda por reparación de daños y perjuicios ocasionados por el tiempo de detención sufrido durante el desarrollo del proceso penal, la cual fue calificada por éste como de arbitraria e ilegítima.

En primera instancia se dio acogida favorable a la pretensión del accionante por entenderse que la prisión preventiva impuesta a éste resultó ser ilegítima recién a partir del segundo año, en razón de haber excedido el plazo prudencial. Esta decisión judicial fue revocada a continuación por la Alzada, quien entendió que el plazo de detención sufrido por el actor y su posterior liberación no engarzaba la responsabilidad del Estado por el error judicial deducido por aquél en la medida en que el acto jurisdiccional que originó el daño reclamado no fue declarado ilegítimo ni se dejó sin efecto.

A su vez, la Cámara puso de resalto que no se produjo una inadecuada prestación del servicio judicial ya que la demora en la tramitación de la causa se debió a su complejidad, además de las medidas probatorias ordenadas durante su sustanciación, y no a demoras irrazonables imputables a la inactividad judicial.

Llamado nuestro Alto Tribunal a zanjar la presente cuestión, la mayoría de sus integrantes se inclinó por confirmar la resolución del tribunal a quo. Para resolver de este modo se tuvo en cuenta que el plazo de los dos primeros años que el demandante permaneció detenido a raíz del auto de procesamiento con prisión preventiva dictado en su contra se ajustaba a la ley adjetiva otrora vigente (art. 379, inc. I), razón por la cual la denegatoria de la excarcelación tuvo su correlato en la calificación legal atribuida por el juez de instrucción, decisión que fue, como ya se dijo, confirmada luego por el Superior.

Con relación al tiempo de detención posterior a los dos primeros años sufrido por el actor, la Corte fijó dos criterios distintos: el primero determinó que las razones expuestas por los magistrados penales para mantenerlo detenido hasta el 13 de julio de 1989 fueron justificadas en las concretas circunstancias de la causa y en las normas procesales vigentes, por lo que no genera derecho indemnizatorio.

Por el contrario, después de esa fecha y hasta la recuperación de su libertad provisoria (29-1-91), la prolongación de la detención devino ilegítima, ya que dicha medida “se fundó en meras afirmaciones genéricas y dogmáticas, la pena pedida por el fiscal y la proximidad del dictado del fallo final, que se contradecían, en la etapa en que se encontraba el proceso, con las concretas circunstancias de la causa”.

En consecuencia, la mayoría entendió que en el caso se había configurado un supuesto de deficiente prestación del servicio de justicia, el cual se prolongó durante un año, seis meses y dieciséis días sin que los magistrados penales intervinientes hubiesen demostrado la necesidad imperiosa de su mantenimiento de conformidad con las normas legales aplicables al caso (art. 379, inc. 6 y 380, CPPN, y art. 7 inc. 5, Pacto de San José de Costa Rica) y revocó el fallo de la instancia anterior, reconociéndole al actor derecho indemnizatorio en contra del demandado (el Estado).

En cambio, la minoría (conformada por los votos de los Dres. Moliné O'Connor, Boggiano y López) sostuvo la tesis según la cual para poder responsabilizar al Estado es necesario que el acto jurisdiccional cuestionado 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 (*Fallos*: 311:1007)”.

Asimismo, se afirmó que la sentencia absolutoria pronunciada por aplicación del beneficio de la duda (art. 13, CPPN) no importa descalificar la medida cautelar adoptada en su momento, ya que ella se basó sobre la “semiplena prueba” e indicios suficientes para tenerlo como responsable del hecho endilgado.

En esta inteligencia, la minoría exigió también en el caso de las sentencias y demás actos judiciales la presencia de dolo o error inexcusable en la prestación del servicio de justicia, extremos que le otorgarían a la víctima el derecho resarcitorio.

4. Amplitud de la responsabilidad

En los casos de actuar legítimo del poder judicial —que causa daño- y de error judicial, se está causando un *daño extrapatrimonial* que se genera con motivo de la privación de la libertad. Es por ello que, al menos en el ámbito penal, las consideraciones hechas sobre la *amplitud de la responsabilidad* en el capítulo III —según mi particular punto de vista- no son aplicables en estos casos. Según considero, el juez deberá regirse según su prudencia y por el principio de equidad. Además, *para determinar la cuantía* del resarcimiento, deberá apreciar en cada caso la legitimidad o ilegitimidad (error judicial) del actuar del órgano judicial.

Capítulo VI

Conclusiones

1. Conclusiones finales

1.1 Responsabilidad por el actuar de la Administración y del poder Legislativo.

La aceptación de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, en nuestro país, tuvo evidentes vicisitudes tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial. En nuestro derecho, lo relacionado con la responsabilidad del Estado no surge precisamente de una regulación positiva orgánica, sino de la jurisprudencia, de las enseñanzas de la doctrina científica, y de normas positivas dispersas y parciales. Lo cierto es que un sistema de derecho no es completo sino cuando el ciudadano tiene el medio de obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado.

La Administración Pública es el órgano de gobierno que, por la índole de sus funciones y actividades, está más en contacto con los administrados, derivando de ello la posibilidad de que el roce de intereses, al causar daño, genere responsabilidad extracontractual del Estado hacia los administrados o particulares. De todos los tipos de responsabilidad en que puede incurrir el Estado con motivo del comportamiento de sus órganos esenciales, desde el punto de vista “*cuantitativo*” éste constituye el más importante

Así mismo, el Estado, en ejercicio de sus poderes de “legislación”, puede lesionar el derecho de los habitantes. Ante esta situación, es posible que se admita o acepte la posible responsabilidad del Estado por sus actos legislativos.

Dejar sin reparación este tipo de situaciones contraria los principios fundamentales de Estado de derecho.

1.2 Responsabilidad por el actuar del poder Judicial.

Las consideraciones hechas en el punto anterior son pertinentes igualmente para este, pero además quisiera agregar lo siguiente: en el análisis efectuado de la responsabilidad penal y civil de los jueces por el error cometido en el ejercicio de sus funciones, con especial incidencia respecto del magistrado con competencia penal, hemos visto que esta cuestión ha sido tratada con singular esmero por la doctrina científica en sus respectivas disciplinas.

El error judicial cometido por un juez durante la aplicación de la ley penal que coarta la libertad de una persona o le impide recuperarla a quien se encuentra legítimamente privada de ella, provoca en forma irremediable, más allá de no satisfacer un correcto servicio de justicia, un perjuicio en uno de los bienes más caros para el ser humano: su libertad.

Esta irregularidad genera responsabilidades de diversa naturaleza: la penal, la civil, la disciplinaria, etcétera.

Empero, resulta significativo que esta forma irregular de cumplir con las obligaciones asignadas por la Constitución Nacional y el ordenamiento jurídico común no haya recibido una respuesta más significativa por parte de la propia justicia. A los casos no tan comunes del reconocimiento judicial de la responsabilidad de los magistrados por los daños y perjuicios irrogados a particulares se le suma una más acentuada inacción en el ámbito de las responsabilidades penales de aquéllos.

En síntesis, el error judicial reflejado en la aplicación de la ley que provoca la afectación de bienes jurídicos de los justiciables debe concatenar en forma directa, sin dilaciones, mediante el dictado de una sentencia, la asignación de responsabilidades de diversa índole de quienes han sido designados para cumplir en una correcta y digna administración de justicia.

Bibliografía general

- Barra, Rodolfo Carlos: "Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos", E.D., T. 142-Pág. 930.
- Bianchi, Alberto: "Algunas reflexiones sobre la indemnización expropiatoria", E.D., T. 110-Pág. 899.
- Bidart Campos, en Revista de Derecho de Daños 9: "Responsabilidad del Estado".
- Bueres, Alberto: "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en Derecho de daños, Homenaje a Mosset Iturraspe, ED. La Rocca.
- Bullrich: "Curso de Derecho Administrativo", T. 2, Buenos Aires 1932.
- Bullrich: "Principios generales de derecho administrativo", Buenos Aires 1942.
- Bustamante Alsina: "Responsabilidad del Estado por error judicial", L.L., 1996-B-Pág. 314.
- Bustamante Alsina: "Teoría general de la responsabilidad civil", ED. Abeledo Perrot.
- Carranza Latrubesse G.: "Responsabilidad del Estado por su actividad lícita", ED. Abeledo-perrot, Bs. As., 1998.
- Cassagne, Juan C.: "Derecho Administrativo", T. 1, Buenos Aires, 1991.
- Cassagne, Juan C.: "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo", E.D., 100-Pág. 990.
- Cassagne, Juan C.: "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", E.D., T. 99-Pág. 937.

Corte Suprema

- Fallo del 16 de junio de 1993. "Cachau, Oscar José c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios".
- Fallos, tomo 137, página 254.
- Fallos: 311-1007, (La Ley, 1988-E-Pág. 225).
- Donna, Edgardo A. y Aboso, Gustavo E., en Revista de Derecho de Daños 9: "Responsabilidad del Estado" (Aspectos penales y civiles de la Responsabilidad de los Magistrados por el error judicial).
- Gordillo, Agustín: "Estudios de Derecho Administrativo, Perrot, Bs. As., 1963
- Gozáini, Osvaldo A.: "Derecho Procesal Constitucional", T. 1, ED. de Belgrano.
- Guastavino, Elias P.: "Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado", E.D., 118-Pág. 190.
- Huberman, Carlos: "Lo ilícito y la conducta antijurídica en la responsabilidad civil", L.L.-138, Págs. 85/87.
- Macarel: "Una vuelta de tuerca en la jurisprudencia de la corte: el alcance de la doctrina del caso Sánchez Granel", L.L., 1989-Pág. 25.
- Marienhoff, Miguel S.: "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita", L.L., 1993-E-912.
- Marienhoff, Miguel S.: "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", L.L., 1991-C-1080.
- Marienhoff, Miguel S.: "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", E.D., T. 114, Pág. 949.
- Marienhoff, Miguel S.: "Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos", E.D., T. 127-Pág. 711.
- Marienhoff, Miguel S.: "Tratado de Derecho Administrativo", T. IV.
- Mosset Iturraspe, Jorge: "Indemnización de daños por el Estado. Sacrificio de derechos patrimoniales como consecuencia de actos lícitos", L.L., 1979-C-Pág. 220.
- Saux, Edgardo Ignacio, en Revista de Derecho de Daños 9: "Responsabilidad del Estado".
- Sayagués Laso: "Responsabilidad del Estado por acto legislativo", en Jurisprudencia Argentina, 1949-I-Pág. 58, sección doctrina.
- Tale, Camilo: "El concepto de antijuridicidad", en E.D., 111-899 y sig..
- Vázquez Ferreyra, Roberto: "Responsabilidad por daños", ED. Depalma.
- Zavala de González: "Reflexiones sobre la ilicitud", J.A., 1981-IV-740 a 742.
- Zavala de González, Matilde: "Responsabilidad por el daño necesario", ED. Astrea, Págs. 138/140.