

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS ACTOS LICITOS

por el *Dr. Miguel S. Marienhoff*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La aceptación de la responsabilidad del Estado a través del tiempo, Derecho privado y derecho público. Personalidad y competencia; la capacidad. Responsabilidad “contractual” y “extracontractual”.
- III. Responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público. La actividad “*lícita*”. Etapas conceptuales que fueron sucediéndose y superándose.
- IV. Continuación. La “doctrina del Fisco”.
- V. “Irresponsabilidad” y “soberanía”. El “Estado de Derecho”.
- VI. Fundamento racional de la responsabilidad del Estado. Criterios. Los principios esenciales propios del “Estado de Derecho”.
- VII. Supuestos de responsabilidad del Estado con motivo de su actividad “lícita”.
- VIII. Responsabilidad por comportamientos “lícitos” e “ilícitos”.
- IX. El daño.
- X. El daño “especial” y el daño “general”. Los cambios en el derecho objetivo.
- XI. La responsabilidad del Estado por su actividad “lícita”.
- XII. La aceptación de la responsabilidad extracontractual del Estado y las vicisitudes superadas. La doctrina; la jurisprudencia.
- XIII. La responsabilidad del Estado y los rubros que integran el resarcimiento. Distinciones según la índole del derecho lesionado.

I. *Introducción.*

Comenzaré recordando que la aceptación de la responsabilidad del Estado por sus actos “*lícitos*” constituye, en este orden de ideas, la más reciente conquista del “*Estado de Derecho*”. Anteriormente no sólo 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. Fue lento el camino recorrido para superar esa impropia 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*”.

De todo lo atinente a la responsabilidad del Estado me ocupé no sólo en mi “*Tratado de Derecho Administrativo*”, sino también a través de conferencias y de artículos publicados en revistas especializadas. Hoy trataré de reiterar y de hacer una síntesis de algunas de las ideas que ya expuse en mis referidos estudios y trabajos, haciendo especial referencia a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por cuanto las decisiones de este Tribunal —dada la índole de las mismas—, son rectoras en la formación de nuestro orden jurídico.

II. *La aceptación de la responsabilidad del Estado a través del tiempo. Derecho privado y derecho público. Personalidad y competencia; la capacidad. Responsabilidad “contractual” y “extracontractual”.*

Como ya lo expresé en otra oportunidad, 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 la evolución operada al respecto, desde entonces hasta hoy, fue total, al extremo de que, así como originariamente la “*irresponsabilidad*” estatal constituía el “*principio*”, la regla, en la actualidad ocurre todo lo contrario: dicha “*irresponsabilidad*” ahora constituye la “*excepción*”, en tanto que la “*responsabilidad*” constituye el “*principio*”. Se invirtieron los conceptos. El fundamental cambio operado se debió a la labor constante de los juristas y a la alabable acción de los tribunales de justicia, tanto nacionales como extranjeros.

Sin embargo, cuadra dejar aclarado que todas esas dificultades conceptuales a que hago alusión, se refirieron principalmente a la actividad “*publicística*” y “*extra contractual*” del Estado, es decir a su actuación en el campo del derecho público y fuera del terreno convencional, contractual.

Antaño, utilizando la equivocada terminología que entonces se usaba, no se hacía cuestión acerca de la responsabilidad del Estado cuando éste había actuado en el campo del *derecho privado*, como *persona jurídica* se decía, con lo cual se pretendía diferenciarla de la actividad del Estado cuando éste había actuado como *“poder público”*, según también se decía. Semejante terminología —“persona jurídica” y “poder público”, referida al Estado— era errónea y la moderna doctrina, tanto constitucional como administrativa, la ha abandonado. Ya no se admite esa clasificación de la actividad del Estado, que significa aceptar en el mismo una doble personalidad: de derecho público y de derecho privado, o sea Estado “Poder Público” y Estado “persona jurídica”, respectivamente. Esto no es aceptable, pues el llamado Estado *“Poder Público”* es también una *persona jurídica*, aunque de derecho público. No es admisible, entonces, oponer, como cosas distintas, la noción de “Estado-poder público” a la noción de “Estado-persona jurídica”. No debe confundirse *“personalidad!”* con *“capacidad”*. 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 del derecho privado. Repudiando la tesis de la doble personalidad jurídica del Estado, dada la falta de lógica que ella entraña, un destacado jurisconsulto y profesor español de derecho administrativo, Fernando Garrido Falla, la calificó de *“monstruosidad jurídica”* (“Tratado de Derecho Administrativo”, tomo 1º, páginas 72-73, Madrid 1960).

Con el Estado ocurre lo mismo que con las personas individuales o físicas, que si bien poseen una “personalidad” única —que es de derecho privado—, poseen una doble “capacidad” que les permite actuar tanto en el ámbito del derecho privado como del derecho público. No debe, pues, confundirse capacidad o competencia con personalidad. La doctrina predominante rechaza la existencia de esa supuesta doble personalidad del Estado. En nuestro país, si bien hubo distinguidos juristas que estuvieron equivocados, un esclarecido y talentoso jurista, hace de ello más de medio siglo, profesor titular de derecho administrativo en las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales de La Plata y de Buenos Aires, me refiero al Dr. Rodolfo Bullrich, reiterando conceptos que ya había expuesto en publicaciones anteriores, dijo lo siguiente sobre esta cuestión: “El Estado, como sujeto de derecho, como persona jurídica es siempre uno. Así el Estado A. que está en guerra con el país B., es el mismo Estado A. que otorga una concesión de un servicio público dentro de su territorio o el mismo Estado A. que celebra un contrato de locación con un particular al alquilar una casa para oficinas. En el primer caso la relación es de derecho internacional pú-

blico, en el segundo de derecho público interno y en el tercero de derecho privado, pero en los tres casos el sujeto de la relación es siempre el mismo Estado A. *La naturaleza de la relación no modifica la naturaleza del sujeto*". Así se expresó el Dr. Bullrich en su libro "Principios generales de derecho administrativo", aparecido en Buenos Aires en 1942, donde el destacado jurista y profesor repetía conceptos ya adelantados en sus libros "La responsabilidad del Estado", aparecido en Buenos Aires en 1920 y "Curso de Derecho Administrativo", aparecido también en Buenos Aires, en los años 1925-1927". Lo que ocurre con el Estado sucede también con las personas individuales, pues la persona C. que actúa en el campo del derecho público como concesionario de un derecho de uso de agua dominial o pública para irrigación, es la misma persona C. que actúa en el ámbito del derecho privado celebrando una compraventa de un inmueble. Como bien se dijo, la naturaleza de la relación no modifica la naturaleza del sujeto.

Tampoco hubo cuestión para responsabilizar al Estado en el ámbito "contractual". Pero este aspecto de la materia, la hacían regir por disposiciones del derecho privado (especialmente "civil"). No concebían otra fuente positiva como base de esa responsabilidad. Pero lo atinente a la responsabilidad "contractual" del Estado —que se rige por otros principios— no corresponde estudiarla al hablar de la "responsabilidad del Estado", pues por ésta específicamente se entiende referir a la responsabilidad "extracontractual" del mismo. La responsabilidad "contractual" corresponde analizarla al estudiar la teoría general de los contratos del Estado y sus contratos en particular. Por lo demás, adviértase que la responsabilidad "contractual" del Estado, ya se trate de un contrato regido por el derecho público o por el derecho privado, se impone inexcusablemente por elementales razones de moral y de derecho, pues los contratos —cualquiera sea su índole y que siempre constituyen una "ley" para las partes— se formalizan para ser cumplidos y respetados, no para ser desconocidos o violados. Diríase que esta regla de ética jurídica, inherente por principio a toda persona honrada, fue observada desde los albores de las técnicas legales.

III. *Responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público. La actividad "lícita". Etapas conceptuales que fueron sucediéndose y superándose.*

Como lo anticipé, hoy me ocuparé de la responsabilidad estatal dentro del derecho público y en el ámbito *extracontractual*, y en particular de esa responsabilidad cuando la actividad del Estado fue "lícita". Pero dentro del ámbito jurídico del derecho público, la responsabilidad extracontractual del Estado tardó en ser aceptada y pasó por diversas etapas.

En un principio sólo se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho privado, pues al Estado soberano —cuya actividad corresponde al derecho público—, considerábaselo irresponsable, salvo casos especialmente previstos por la ley. El Estado soberano, se decía, no puede dañar. Sin embargo, puede afirmarse que tal “*irresponsabilidad*” ya es un concepto arcaico, anacrónico. Del viejo precepto “the king cant do no wrong” —el Rey no puede equivocarse— no queda nada en el derecho moderno. Posteriormente, poco a poco, comenzó a admitirse esa responsabilidad en todos los órdenes.

En un comienzo regía el principio de la irresponsabilidad del Estado y de sus agentes públicos (funcionarios y empleados). Más tarde se aceptó la responsabilidad del agente público, no así la del Estado. Luego la de ambos (agente y Estado), y finalmente la del Estado en forma directa.

A muy grandes rasgos, tal es la evolución que tuvo lo atinente a la *responsabilidad del Estado* en el campo del derecho público, cuya procedencia es hoy aceptada por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, todo ello sin perjuicio de cómo se fue aceptando y fundamentando dicha responsabilidad según que la actividad estatal fuere lícita o ilícita.

IV. *Continuación. La “doctrina del Fisco”.*

Hace de ello muchos años —año 1914, aproximadamente—, el ex Decano de la Facultad de Derecho de Bordeaux, León Duguit, dijo que lo atinente a la responsabilidad del Estado recién *últimamente* penetró en la conciencia jurídica del hombre civilizado; y agregó que en muchas legislaciones positivas, aun avanzadas, sus aplicaciones eran todavía extremadamente limitadas. Tal afirmación de Duguit aún hoy tiene vigencia, pues la situación aludida por él se mantiene en general actualmente.

Así ocurre también en nuestro derecho, donde lo relacionado con la responsabilidad del Estado no surge precisamente de una regulación positiva orgánica —expresa, integral y concreta—, sino de la jurisprudencia, de las enseñanzas de la doctrina científica y de normas positivas dispersas y parciales. Puede afirmarse que tal es, asimismo, la situación existente en la mayoría de los países.

Como bien se ha dicho, lo cierto es que un sistema de derecho administrativo no es completo sino cuando el ciudadano tiene el medio de obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado. De ahí lo imperioso y conveniente de que el sistema de responsabilidad

del Estado, en sus tres direcciones —actividad de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial—, y en todos sus aspectos, sea expresamente considerado desde el punto de vista positivo. Sólo así, dije en cierta oportunidad, la certeza del derecho y la seguridad jurídica aparecerán debidamente resguardadas.

Antiguamente, en la época de auge del “Estado de Policía”, con la llamada “*doctrina del Fisco*” se intentó atemperar la situación de incertidumbre y desamparo de los habitantes frente al Estado en materia de responsabilidad estatal. 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 del 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.

Desde luego, 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.

V. “Irresponsabilidad” y “soberanía”. El “Estado de Derecho”.

La “*irresponsabilidad!*” del Estado cuando actuaba en el campo del *derecho público*, concepción característica del siglo pasado, aparece como un corolario de la “*soberanía*”, criterio, éste, que retardó la aceptación de la responsabilidad estatal.

Tratábase de ideas confusas y equivocadas: pretender que la soberanía implica *infallibilidad* es un absurdo porque carece de sentido. Se ha dicho con acierto que 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 o irrito, no pudiendo en ninguna forma invocarse para su validez la soberanía del Estado. Así se expresó el profesor Rodolfo Bullrich en varios de sus trabajos. Lo cierto es que si soberanía no implica “*infallibilidad*”, menos aún trasunta “*impunidad*”: de ahí la posible responsabilidad estatal por sus diversos comportamientos. La idea o

concepto de “soberanía” nunca podrá invocarse eficazmente para excluir la responsabilidad del Estado.

El “*Estado de Derecho*” presupone una autolimitación de sus propios poderes por parte del Estado que permite, frente a él, una ampliación de la esfera jurídica del administrado, ampliación que incluye la *responsabilidad* estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables. “*Estado de Derecho*” y “*Estado irresponsable*” son conceptos contrapuestos e irreductibles. No es concebible un “Estado de Derecho” “*irresponsable*”. Lo contrario implicaría un contrasentido. En cambio, “Estado de Derecho” y “*responsabilidad*” son, en este orden de ideas, conceptos correlativos. Tal responsabilidad existe en cualquiera sea el órgano estatal —Legislativo, Ejecutivo o Judicial— causante del agravio o menoscabo, pues cualquiera de esos órganos, al actuar, lo hace en nombre del “*Estado*”, a cuya estructura pertenece y en cuya personalidad se subsumen.

VI. *Fundamento racional de la responsabilidad del Estado. Criterios. Los principios esenciales propios del “Estado de Derecho”.*

Aceptada, como principio, la procedencia teórica de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, cuadra establecer cuál es el *fundamento racional* de tal solución. Son varias las posiciones expuestas; entre éstas mencionaré las siguientes:

Un primer criterio considera que 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 esfera de acción de los administrados, circunstancia que entonces explicaba la tolerancia de la idea de “*irresponsabilidad*” del Estado, pues la idea de “*riesgos*” era mínima.

Pero 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. La específica “*teoría del nesgó*” hoy está absorbida por las consecuencias del “*Estado de Derecho*”, cuyos principios son los que, en definitiva, fundamentan la

responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público.

Otro criterio, como fundamento de dicha responsabilidad del Estado, exige la existencia de una ley formal que expresamente la reconozca. Es la posición que en nuestro país adoptó el Dr. Bielsa y siguieron algunos expositores.

Si bien Bielsa nunca sostuvo que al Estado debía tenerse por “*irresponsable*”, sostuvo, en cambio, que para reconocer tal responsabilidad era menester que ello surgiera de una *ley formal*, porque la responsabilidad del Estado carece de un *fundamento jurídico propio*. Así lo sostuvo Bielsa; pero su tesis, y la de quienes la compartieron, fue certeramente objetada, entre otros, por Rodolfo Bullrich, Bartolomé A. Fiorini y Leonardo A. Colombo; tampoco la siguió la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En modo alguno comparto la expresada posición del Dr. Bielsa, porque la teoría de la responsabilidad del Estado —contrariamente a lo afirmado por él— *tiene su fundamento* y no es otro que el complejo de principios propios del Estado de Derecho, posición que es aceptada actualmente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. No era necesario, entonces, para fundar positivamente la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público, la existencia de una ley formal que específicamente la aceptara.

Es de advertir que el mismo criterio siguió el Dr. Bielsa cuando se trató de darle fundamento a la “*teoría de la improvisación*” en el campo del derecho público. Sostuvo que en este ámbito tal teoría era inaplicable porque no había ley que así lo dispusiere, y que los jueces debían fallar “*jure condito*” y no “*jure condendo*”. Discrepé con tal temperamento, sosteniendo, también aquí, que la teoría de la improvisación en el campo del derecho público hallaba fundamento o base en los artículos 16 y 17 de la Ley Suprema, o, lo que es lo mismo, en los principios del Estado de Derecho.

Un tercer criterio, que es el seguido en la actualidad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es el que fundamenta la responsabilidad extracontractual del Estado en el complejo de principios propios del Estado de Derecho, los cuales —todos ellos— tienden 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 de muy rancia prosapia, como que proceden del antiguo derecho romano (“no dañar a otro”, “dar a ca-

da uno lo suyo”, “vivir honestamente”), que, por cierto, también integran nuestro ordenamiento jurídico, como el de todo país civilizado.

Entre tales principios pueden mencionarse los siguientes:

El primero de ellos, por su importancia esencial, es el derecho a la “*vida*” y, en general, el derecho a la integridad física y psíquica del hombre, pues éstos son obvios reflejos del derecho a la vida, en el cual quedan incluidos. Todas esas prerrogativas esenciales del hombre van comprendidas en lo que alguna vez denominé “derecho a la libertad integral del ciudadano”. Otros juristas hablan de “derechos humanos”, entendiendo referirse a derechos naturales del individuo.

El respeto del derecho a la “*vida*”, 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 lógica garantía constitucional innominada: sin él no es posible el ejercicio de ninguno de los otros derechos reconocidos expresamente. Recuérdese que, como gráficamente lo dijo el penalista español Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, “la vida es para el derecho y la libertad lo que para los cuerpos el espacio, lo que para los hechos el tiempo”. El respeto debido al derecho a la “*vida*” y a sus corolarios, es, en síntesis, el fundamento de la responsabilidad del Estado por la muerte o lesión física o psíquica causada a una persona al ser ésta, por ejemplo, embestida con un automotor de propiedad de aquél —máxime si en la especie no hubo precisamente “*culpa*” del Estado—, o al recibir una herida de bala por la actuación de un guardián público, etc. En este orden de ideas, con referencia a un caso donde una persona —aunque ahí en forma culposa— fue herida de bala por la acción de un agente del orden público, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo: “ningún deber es más primario y substancial para el Estado que el de cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados” (Fallos, tomo 190, página 457 y siguientes, sentencia del 3 de septiembre de 1941, dictada en el conocido caso “María C. Echegaray e hijos c/Nación Argentina”). Esto vale como expresión de “*principio*”.

Hay muchos otros “*principios*” esenciales propios del “Estado de Derecho” que constituyen otros tantos posibles fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público. Salvo en una que otra excepción, me limitaré simplemente a mencionar esos “*principios*” pero sin comentarios, por cuanto me excedería del razonable tiempo de esta disertación.

Así, en ese orden de ideas, cuadra mencionar a los “*derechos adqui-*

ridos” o, en otras palabras, el respeto a la “*propiedad*”, todo lo cual surge del artículo 17 de la Constitución.

Lo mismo corresponde decir de las específicas normas sobre “*expropiación*” por utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada. Estas normas constituyen un *principio general*, de aplicación no sólo en los supuestos concretos de “*expropiación*”, sino en todos los supuestos en que un derecho individual cede o sufre menoscabo por utilidad o interés público. Todo esto traduce lo que he llamado “fuerza expansiva de la noción jurídica de expropiación”, de importantes aplicaciones prácticas.

Igualmente pueden mencionarse los siguientes “*principios*”:

El de *igualdad ante las cargas públicas*; el de “*afianzamiento de la justicia*”; el de reconocimiento de derechos esenciales (mencionados en el artículo 14 de la Constitución); los de garantías a la libertad (artículo 18).

También cuadra recordar el principio 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”. Esa “*ley*” nunca se ha dictado, lo cual, como con mucho humorismo dice Bullrich, recordando a un parlamentario brasileño, posiblemente obedece a que no se sabía si la indemnización se otorgaría a los amos o a los esclavos...; pero lo cierto es que ese texto de la Constitución evidencia que los constituyentes sancionaron ahí un aspecto de la responsabilidad del Estado.

Asimismo debe recordarse el principio que surge del artículo 100 de la Ley Suprema, del cual dedúcese la posibilidad de someter a *juicio* al Estado.

La responsabilidad estatal en el ámbito del 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, como ya dije, implicaría un contrasentido, pues, como también lo expresé, “Estado de Derechos. Tal *responsabilidad* existe cualquiera sea el órgano estatal —Legislativo, Ejecutivo o Judicial— causante del agravio, pues cualquiera cho” y “responsabilidad” son, en este orden de ideas, conceptos correlativo de esos órganos, al actuar, lo hace en nombre del “*Estado*”, a cuya estructura pertenece. No hay, pues, un fundamento “*específico*” para la responsabilidad del Estado-Administrador, del “Estado-Legislator” o del “Estado-Juez”: el fundamento esencial es siempre el mismo, en tan-

to que el “*principio concreto*” a aplicar depende de cada caso en particular.

La doctrina científica, tanto argentina como extranjera, hoy fundamenta la “*responsabilidad*” extracontractual del Estado en el expresado complejo de principios propio del Estado de Derecho.

VII. *Supuestos de responsabilidad del Estado con motivo de su actividad “lícita”.*

La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público, cualquiera sea el órgano del mismo (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) causante del daño o lesión, puede surgir de infinidad de situaciones, cuya nómina sería difícil agotar. A título de ejemplos, pueden mencionarse las siguientes, en las cuales la actividad estatal tiene carácter “*lícito*”:

- a) Ley formal que cause lesión en el patrimonio de los administrados; verbigracia, ley que, sin establecer indemnización alguna, declara del *dominio público* bienes hasta entonces del *dominio privado*. El cambio del derecho objetivo puede, pues, ser causa de responsabilidad extracontractual del Estado. Pero quiero aclarar que si la nueva ley fuere *inconstitucional*, la consiguiente responsabilidad del Estado podría no encuadrarse precisamente en su actividad “*lícita*”, pues, como lo afirmó Maurice Hauriou, la ley *manifiestamente* inconstitucional trasunta actividad “*ilícita*”, con todas sus consecuencias correlativas en materia resarcitoria. Vale la pena tener presente esta aguda observación del gran jurista publicista francés.
- b) Constituye también 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 (vgr., construcción de calles o puentes que alteran los *niveles* existentes).
- c) Igualmente constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado la obligación de éste de indemnizar a los colindantes con dependencias del dominio público (por ejemplo, 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 de que antes gozaban.

- d) También implica un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado la obligación de éste de indemnizar en los casos de “*hechos del príncipe*” o “*hecho del soberano*”.

VIII. *Responsabilidad por comportamientos*

“*lícitos*” e “*ilícitos*”.

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. Por eso —como lo advirtió el jurista español Rafael Entrena Cuesta—, ambos tipos de responsabilidad, o sea la que proviene de una actividad o comportamiento “*lícito*” y la que proviene de una actividad o comportamiento “*ilícito*”, conviene y deben ser estudiadas en común, conjuntamente, al tratar de la responsabilidad del Estado, pues ésta existirá o no con total prescindencia de la licitud o ilicitud de la respectiva actividad o comportamiento, todo ello no obstante el distinto fundamento jurídico de cada uno de esos tipos de responsabilidad y de las consecuencias que de ello deriven en cuanto a los posibles rubros integrantes de la indemnización.

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 se acepta que tal responsabilidad es procedente ya se trate de perjuicios o menoscabos ocasionados por el Estado en ejercicio de una actividad o comportamiento “*lícito*” o de una actividad o comportamiento “*ilícito*”. También la jurisprudencia actual hállase de acuerdo con ello; así resulta de reiterados fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cabe hacer notar que algunos tratadistas, posiblemente para soslayar la aparente oposición conceptual entre “*licitud*” y “*responsabilidad*”, en lugar de referirse a “*responsabilidad por actos lícitos*”, hablan de “*responsabilidad por daños causados en el ejercicio legal del Poder Público*”. Es que en derecho público no tiene rigurosa aplicación la norma de derecho privado contenida en el artículo 1071 de nuestro Código Civil, en cuyo mérito el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. Esa distinción entre el derecho público y el derecho privado resulta de todo lo que llevo expuesto.

IX. *El daño.*

Para que la responsabilidad extracontractual del Estado se haga efectiva, es requisito inexcusable la existencia de un daño o perjuicio que debe ser reparado, indemnizado o resarcido. Sin la existencia de ese menoscabo o deterioro la responsabilidad no se pone en movimiento. El “*perjuicio*” es un elemento esencial de la responsabilidad. Sin la existencia de “*perjuicio*” no existe responsabilidad, ya sea ésta derive del ejercicio de la actividad o comportamiento *lícito* o *ilícito* del Estado.

X. *El daño “especial” y el daño “general”.
Los cambios en el derecho objetivo.*

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*.

En modo alguno comparto tal punto de vista, que juzgo inaceptable en el sistema jurídico constitucional argentino.

De tan gravísima y trascendental cuestión me lie ocupado con todo detalle en diversos trabajos. En esta oportunidad no me es posible detenerme en el tratamiento de ese extenso tema, pues ello sería ajeno a esta disertación; sólo diré lo indispensable para que el problema quede expuesto y se conozca cuál es la solución jurisprudencial que ya está recibiendo.

El trascendente problema relacionado con la singularidad o generalidad del daño, habitualmente se produce ante cambios en el derecho objetivo. Entre nosotros se ha producido esa situación 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. La posibilidad de producir cambios en el derecho objetivo pertenece, indiscutiblemente, a las atribuciones o poderes del Estado, quien al producir tal cambio actúa “*lícitamente*”. Tal es el “*principio*”. Pero ocurre que en caso mencionado, el Estado omitió toda referencia a la indemnización correspondiente a los diversos propietarios afectados, que en lo sucesivo dejarían de ser dueños de las aguas que hasta entonces les pertenecían. En mis trabajos sostuve sistemáticamente que ese aspecto de la reforma del Código Civil era inconstitucional por implicar un claro agravio a los

artículos 14 y 17 de la Constitución, en cuanto ésta declara inviolable el derecho de propiedad.

Mis ideas han sido aceptadas y compartidas por el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, en sentencia del 11 de marzo de 1985, recaída en la acción contencioso-administrativa promovida contra dicha Provincia por Ledesma S. A. Ese fallo, que puede vérselo en “La Ley”, *número extraordinario* del 15 de noviembre de 1985, página 47 y siguientes, hizo lugar a la acción promovida declarando inaplicable la expresada reforma al Código Civil, porque siendo esas aguas del dominio privado, es inaceptable que por simple cambio del derecho objetivo se conviertan en bienes del dominio público sin previa indemnización a sus dueños. La sentencia fue apelada por la Provincia de Jujuy mediante un recurso extraordinario, que le fue rechazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por razones formales.

XI. *La responsabilidad del Estado por su actividad “lícita”.*

Después de las básicas consideraciones generales que dejo expuestas, corresponde preguntar cuál es, concretamente, el fundamento jurídico-legal en cuyo mérito el Estado debe ser responsabilizado por las consecuencias dañosas resultantes de su actividad extracontractual “lícita” desplegada en el campo del derecho público.

Como ya lo advertí, ese fundamento dependerá de las circunstancias o índole del caso determinante de los daños o quebrantos cuya reparación se le reclama al Estado.

El fundamento jurídico-positivo, o lógico-jurídico, siempre será alguno de los ya mencionados “*principios*” propios del “*Estado de Derecho*”. Según cuál sea el “*hecho*” o “*acto*” estatal determinante del daño o perjuicio, así será el “*principio*” jurídico aplicable para justificar el deber del Estado de indemnizar por esos daños o deterioros.

Por cierto que la falta de un texto legal expreso, en modo alguno obsta a la procedencia de la indemnización a cargo del Estado, por cuanto, en tal supuesto, la cuestión ha de resolverse aplicando alguno de los recordados principios generales inherentes al “*Estado de Derecho*”.

XII. *La aceptación de la responsabilidad extracontractual del Estado y las vicisitudes superadas. La doctrina; la jurisprudencia.*

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.

La *doctrina* hallábase dividida en dos grupos irreductibles.

Como ya lo recordé, uno de esos grupos, auspiciado por el Dr. Rafael Bielsa, sostenía que, si bien debía aceptarse la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público, ello sólo podía ser así en tanto una ley formal lo dispusiera.

El otro grupo —como también lo puse de manifiesto—, representado por el Dr. Rodolfo Bullrich, sostenía que el Estado podía ser responsabilizado extracontractualmente en la esfera del derecho público, sin necesidad de que una ley formal admitiere tal responsabilidad. Sosteníase que el *fundamento* de ésta hallábase en una serie de principios de derecho público, inherentes al Estado de Derecho.

Esta última orientación doctrinaria ganó terreno entre nosotros, y se impuso, siendo aceptada por juristas posteriores. Es también la que prevalece en el derecho extranjero.

En lo atinente a la evolución y desarrollo en el terreno de la *jurisprudencia*, sólo me referiré a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, dado el carácter “*final*” de ellas, son las que resolvían en *definitiva* las cuestiones pertinentes.

En el desarrollo de la jurisprudencia del alto Tribunal advierto tres períodos o etapas netamente diferenciados.

En el primero de esos períodos no admitía la responsabilidad *extracontractual* del Estado en el plano del derecho público.

Para sostener esa *irresponsabilidad*, la Corte Suprema procedió así:

- 1° Partiendo de la doctrina de la doble personalidad del Estado —hoy abandonada por la casi totalidad de los autores—, sostuvo que el Estado, como Poder Público, es irresponsable, porque obra en virtud de su “*soberanía*”.
- 2° Como *persona jurídica* (quería decirse: “*en el ámbito del derecho privado*”), sostúvose que el Estado sólo es responsable *contractualmente*, pero no *extracontractualmente* (supuesto de delitos o cuasidelitos), porque las personas jurídicas no responden por los actos ilícitos de sus representantes (arts. 36 y 43 del Código Civil).
- 3° Aceptaba la responsabilidad del Estado cuando ésta surgía de una ley.

Esa posición de la Corte Suprema, como lo dije en otra oportunidad, tenía dos deficiencias esenciales: al aplicar indebidamente la inadmisibles teoría de la doble personalidad del Estado, en un caso rechazaba categóricamente la responsabilidad (supuesto de actuación del Estado

en el ámbito del derecho público) y en el otro caso en *parte* la aceptaba (responsabilidad *contractual* en el plano del derecho privado); al aplicar normas del Código *Civil*, artículos 36 y 43, excluía la responsabilidad extracontractual del Estado en la esfera del derecho *público*, olvidando, así, que el propio doctor Vélez Sársfield, en la nota al artículo 31 dijo que en ese Código no se trata sino del derecho privado.

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*” imputable a éste. Invocó los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. Es decir, el Tribunal admitió la responsabilidad estatal como consecuencia de un comportamiento ilícito que le era imputable. No volvió a invocar el artículo 43 del Código Civil.

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*” (vgr., “*culposo*” o “*doloso*”), 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, como la propia Corte Suprema lo ha declarado expresamente, 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*”.

Aceptada, pues, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación la responsabilidad extracontractual del Estado con la amplitud que dejo mencionada, en las tres primeras ediciones de mi “Tratado de Derecho Administrativo” dije que aún faltaba que la Corte Suprema expresara cuál era el fundamento positivo de la responsabilidad extracontractual del Estado en los casos en que dicha responsabilidad derive de un comportamiento *legal*, *lícito*, imputable al Estado, es decir cuando a éste no pueda atribuírsele “*culpa*”, “*negligencia*” o “*dolo*” de sus agentes públicos. Dije, también, que todo eso constituía tarea para próximas decisiones de la Corte Suprema, por cuanto el Tribunal aún no había tenido ocasión adecuada para pronunciarse al respecto, dado que la generalidad de los litigios sometidos a su decisión basábanse en la “*culpa*” de los agentes del Estado, lo que justificaba recurrir —*directamente* en unos casos, *subsidiariamente* en otros— a los respectivos preceptos del Código Civil sobre responsabilidad por “*culpa*”.

También dije que el fundamento positivo que la Corte Suprema deberá invocar para establecer la responsabilidad extracontractual del Es-

tado, actuando éste como tal en el ámbito del derecho público, tratándose de consecuencias dañosas derivadas de actos *lícitos*, deberá ser alguno de los principios integrantes del *complejo de principios inherentes al Estado de Derecho*, principios que —como dije— surgen esencialmente de la Constitución Nacional o de su calidad de preceptos capitales del derecho.

Posteriormente, en el año 1980, en un fallo que aparece en el tomo 302 de su colección, página 159 y siguientes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quizá advertida de que aún debía expresar cuál era el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad "*lícita*" desplegada en el ámbito del derecho público, dejó claramente establecido que, en ese caso, el fundamento de tal responsabilidad del Estado eran los artículos 14 y 17 de la Ley Suprema. Estimo que con tal declaración quedó cerrado el ciclo de la plausible evolución jurisprudencial de la Corte Suprema en esta materia, pues lo dispuesto por la Constitución Nacional en sus mencionados artículos 14 y 17 constituyeron otros tantos principios propios del Estado de Derecho.

XIII. *La responsabilidad del Estado y los rubros que integran el resarcimiento. Distinciones según la índole del derecho lesionado.*

Para que el tema de esta disertación quede integralmente considerado, corresponde hacer una referencia a los rubros que ha de comprender el resarcimiento, es decir si éste comprenderá únicamente el daño emergente o también el lucro cesante. Esta compleja cuestión ha sido considerada recientemente en nuestro país tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En los tribunales de justicia el problema se planteó, sucesivamente, ante la revocación de un contrato administrativo de obra pública y ante la revocación de un permiso de edificación que había otorgado la Administración Pública. En ambos supuestos la revocación respondió a razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Por lo demás, en los dos casos se consideró que la revocación era "*lícita*", es decir ajustada a derecho.

La solución de esta delicada cuestión jurídica depende de que el derecho extinguido por el Estado sea de origen común (civil o comercial) o administrativo. Aparte de ello también debe tenerse en cuenta si el acto administrativo que dispuso la extinción del derecho del administrado es "*lícito* o "*ilícito*".

A mi criterio, y como así lo puse de manifiesto en mi artículo "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", donde comen-

té el fallo de la Corte Suprema sobre esta cuestión, artículo publicado en Buenos Aires, en "El Derecho", el 22 de julio de 1985, la indemnización a cargo del Estado cuando se trata de la revocación o extinción "lícita" de un derecho de origen "administrativo", sólo comprende el "daño emergente", no así el "lucro cesante". En cambio, si se tratare del agravio o lesión a un derecho de origen común (civil o comercial), la indemnización o resarcimiento, de acuerdo con el principio general vigente en derecho privado, debe ser amplia, comprendiendo, entonces, no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante. Los fundamentos de tal solución los expuse en mi recordado trabajo, al cual me remito, no siéndome posible insistir en los mismos en la presente oportunidad, ello por comprensibles razones de tiempo.

Pero como también lo dije en el trabajo mencionado, si la extinción del derecho del administrado, o la lesión al mismo, 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.

Como ya lo expresé, la jurisprudencia reciente se pronunció en dos casos acerca del contenido que, en estos supuestos, debe tener la indemnización a cargo del Estado. En uno de esos casos (revocación de un contrato administrativo de obra pública) se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el juicio rotulado "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería c/Dirección Nacional de Vialidad", sentencia del 20 de septiembre de 1984, publicada en "Fallos", tomo 306, pág. 1409. En el otro caso se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el juicio promovido por Mario Yabra contra la Municipalidad de Vicente López, sentencia del 22 de octubre de 1985 (extinción o revocación de un permiso para edificar).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su recordada sentencia, llegó a la siguiente conclusión: de acuerdo al voto de la *mayoría* (tres miembros), la indemnización reclamada debía ser amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante. El voto de la *minoría* (dos miembros, uno ellos el Presidente del Tribunal, Dr. Caballero), sostuvo que la admisión del lucro cesante era improcedente. En mi recordado artículo aparecido en "El Derecho" objeté lo resuelto por la Corte Suprema por mayoría, adhiriéndome al voto de la *minoría*, por cuanto la mayoría del Tribunal aplicó en su supuesto de extinción de un derecho de origen *administrativo* —regido por un criterio especial de derecho público—, la regla general existente para la extinción de de-

rechos comunes (civiles o comerciales), regidos por el derecho privado, que para tales supuestos admite la indemnización amplia, integral, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante. Es improcedente aplicar en el derecho público la regla vigente para el derecho privado, pues aquél se rige por principios especiales.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por veto de la mayoría, en el citado caso “Yabra c/Municipalidad de Vicente López”, que teóricamente es similar al mencionado caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se apartó del voto de la *mayoría* de esta última y, compartiendo la opinión mía, rechazó la admisión del *lucro cesante* como rubro indemnizable.

En concreto, tratándose de la revocación o extinción “*lícita*” de un derecho de *origen o naturaleza administrativo*, dispuesta por la Administración Pública, la indemnización a cargo del Estado excluye el lucro cesante. Así resulta de principios especiales vigentes al respecto. Si tal extinción o revocación fuere “*ilícita*”, la indemnización a cargo del Estado debe ser amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, pues en tal situación recobra su imperio el principio general sobre amplitud del resarcimiento. Pero si el derecho dañado o lesionado por el Estado fuere de origen común (civil o comercial), la indemnización debe ser amplia, comprensiva tanto del daño emergente como del lucro cesante, ya se trate de actividad lícita o ilícita del Estado, pues en tal caso rige el principio general sobre amplitud del resarcimiento.

Nada más.