

FUNDAMENTOS IUSPUBLICISTAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

(UNA VISIÓN DESDE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y CONMUTATIVA)

Estela B. Sacristán

SUMARIO: I. Introducción. II. Aclaraciones previas. El derecho comparado y algunos presupuestos metodológicos. III. Fundamentos diversos en la doctrina y la jurisprudencia. a) Responsabilidad extracontractual. b) Responsabilidad contractual. IV. Debilitamiento del fundamento en el Estado de Derecho. V. Propuesta alternativa. La visión desde la justicia. a) Identificación. b) Caracterización. c) ¿Solo justicia distributiva? d) Bien común y responsabilidad estatal. VI. Reflexiones finales.

I. Introducción¹.

El tema del presente es el de los fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado, y, como tal, conlleva una diversidad de presupuestos. Tales presupuestos comprenden el del reconocimiento de una tesis iusprivatista de la responsabilidad del Estado, así como el de una tesis iuspublicista de la misma; la divisoria entre derecho público y derecho privado, tributaria de aquella otra primigenia divisoria del derecho romano, que distinguía entre *ius publicum* y *ius privatum*; la caracterización de relaciones jurídicas como de derecho público o de derecho privado; los distintos sujetos involucrados en unas y otras; las diversas clases de justicia propia de uno y otro ámbito; las diferentes clases de reglas que podrían resultar aplicables en uno y otro ámbito; el carácter potencialmente excluyente de esas reglas.

Dada la inmensidad de cada uno de los renglones enumerados a los fines de su estudio, y en atención a la existencia de sólida literatura jurídica de todas las épocas que lo ha desbrozado, dedicaré los párrafos que siguen a un objetivo por demás restringido.

¹ El presente se basa en la exposición efectuada en las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo, “Responsabilidad del Estado y de los agentes estatales”, en homenaje al Prof. Jorge E. Cermesoni, Colegio Público de Abogados de Capital Federal, Universidad de Belgrano y Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 9-4-2014 al 11-4-2014.

Suele afirmarse que el fundamento de la responsabilidad del Estado radica en un instituto en particular: el denominado “Estado de Derecho”. Ahora, hoy se advertiría que el Estado de Derecho, como fundamento iuspublicista de la responsabilidad del Estado, se halla debilitado. Por ende, se tornaría menester indagar en otros fundamentos de la responsabilidad del Estado, y tratar de identificar alguno de contornos más firmes o sólidos, más compatible con la realidad efectiva de las instituciones en Argentina y que, sin desplazarlo, lo integre.

Es por ello que, luego de algunas necesarias precisiones de tipo metodológico (sección II), repasaré los diversos fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado, individualizando al que parecería ser el de mayor predicamento (sección III) para evaluarlo confrontándolo con la efectiva vigencia de sus postulados (sección IV). Luego, elaboraré una propuesta alternativa a –mas no excluyente de– el fundamento de la responsabilidad del Estado en el Estado de Derecho, centrada en la idea de justicia (sección V).

II. Aclaraciones previas. El derecho comparado y algunos presupuestos metodológicos.

Encarar el tema de este trabajo me induce a efectuar dos reflexiones del renglón del abordaje epistemológico, especialmente a la luz del derecho comparado.

Este trabajo versa sobre fundamentos “iuspublicistas” de la responsabilidad del Estado. Así las cosas, y en primer lugar, podría imaginarse que la distinción entre derecho público y derecho privado es propia de aquellos ordenamientos jurídicos que abrevan en la tradición del derecho romano, con lo que sería patrimonio de los sistemas jurídicos continental-europeos. Empero, puedo señalar, liminarmente, que la divisoria entre derecho público y derecho privado presenta interés incluso desde el derecho comparado angloamericano. El punto es esencial, especialmente si se considera que el Constituyente argentino de 1853/60 abrevó en fuentes constitucionales estadounidenses. Un administrativista de renombre, Louis Jaffe², en su *Judicial control of administrative action*, clásica obra de 1965, acoge la distinción entre un ordenamiento para los particulares, y otro para el gobierno: “Pero las complejas y variadas actividades del gobierno y las actividades de la empresa privada son tan diferentes como parecidas [...]” (“*But the complex and various activities of government and the activities of private enterprise are as different as they are alike...*”). Jaffe también distingue dos clases de derecho aplicable: “Por supuesto, el resultado fue que el órgano estaba sujeto al derecho, pero era un derecho que se aplicaba a los funcionarios y que no era necesariamente el mismo que el aplicable a personas privadas” (“*Of course, the result was that the office was subject to law, but it was a law which applied to officers, and which was not necessarily the same as*

² Jaffe, Louis L., *Judicial control of administrative action*, Boston y Toronto, Little, Brown and Company, 1965, p. 232 y sigs., esp. p. 233.

that applied to private individuals”³). Por ende, en el derecho angloamericano, donde incluso se ha superado la tesis de la inmunidad soberana (v. gr., la que exigiría que el Estado solo sea demandado con previo consentimiento), las dos mentadas clases de derecho abren la puerta a la posibilidad de que se inserte la responsabilidad del Estado –y, eventualmente, su fundamento– en un derecho distinto al derecho de aplicación a los sujetos del mundo privado.

En segundo lugar, y considerando, ahora, que el instituto de la responsabilidad del Estado y de la divisoria entre derecho público y privado mora tanto en los sistemas europeo-continenciales como angloamericanos, una reflexión que habría que efectuar es la relativa a los efectos expansivos y casi misteriosos de la tesis de la inmunidad soberana y de la afirmación de que el soberano nunca causará daño⁴, v. gr., la tesis de que el soberano siempre actuará bien, conforme a derecho. Otra vez, ello es relevante por el hecho de que el Constituyente argentino de 1853/60 se inspirara en la Constitución estadounidense. En un primer vistazo, podría suponerse que, así como en Estados Unidos la tesis de la inmunidad soberana va siendo limitada por ley formal en el marco del juego simultáneo de la doctrina y la jurisprudencia que perfilan a aquélla⁵, similar proceso cabría presumir en ordenamientos como el argentino. Proceso, por cierto, que implica dar forma al recaudo de consentimiento previo para demandar, y que nunca implicaría una suerte de indemabilidad del Estado. Por ende, resultaría infundado hallar, en el plano angloamericano e inspirador del ordenamiento constitucional argentino, la exclusión del Estado del deber de responder por los daños.

Sentadas estas dos breves aclaraciones, podemos iniciar el desarrollo de los puntos propuestos, comenzando por el paneo de los diferentes fundamentos que se han brindado, para fundar la responsabilidad del Estado, en la doctrina y en la jurisprudencia.

III. Fundamentos diversos en la doctrina y la jurisprudencia.

Los fundamentos que la doctrina brinda, acerca de la responsabilidad del Estado, pueden enumerarse así:

³ Ídem, pp. 237/238.

⁴ Ampliar en Jaffe, *Judicial control of administrative action*, op. cit., p. 232 y sigs.

⁵ Así, según Sisk, Gregory C., *Litigation with the Federal Government*, New York, Foundation Press, 2000, p. 104 y sigs.: “Aún cuando el Estado ha renunciado a la inmunidad soberana por medio de la legislación, la doctrina influye en la forma en que los tribunales interpretan y aplican tales leyes” (“Even when the government has waived sovereign immunity through legislation, the doctrine influences the manner in which the courts interpret and apply such statutes”).

Acerca de la tesis de la inmunidad soberana, ver, asimismo, Mairal, Héctor A., “Responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, en AA VV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pp. 367/371; Bianchi, Alberto B., “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, en *LL*, 1996-A, pp. 922/953; Tawil, Guido S., “La responsabilidad extracontractual del Estado y de sus funcionarios y la doctrina de la inmunidad soberana en el derecho norteamericano”, en *LL*, 1988-C, pp. 651/686; entre otros.

a) Responsabilidad extracontractual.

Un primer argumento que se ha esgrimido es el de la “ley previa”, y corresponde al cuño de Bielsa⁶. Según esta postura, cabría inferir que hay un principio de irresponsabilidad estatal en virtud de la permanente licitud en el obrar estatal, y ese principio sería, de tanto en tanto, excepcionado mediante leyes especiales que fijan la responsabilidad. Pero en rigor, de la lectura de Bielsa surgen dos escenarios: un escenario es el de las diversas garantías constitucionales (como podría ser la del Art. 17, CN)⁷. El segundo escenario es el de la regla de irresponsabilidad estatal, donde Bielsa entiende que, para que se responsabilice al Estado, hará falta una ley formal que sustraiga al supuesto de la regla general de la irresponsabilidad. En palabras del citado doctrinario: “En suma: puede el legislador introducir, en el principio de irresponsabilidad, ciertas excepciones, aunque siempre por ley; pero a falta de ésta, impera el principio [de la irresponsabilidad]”⁸.

En este temperamento, y siguiendo a Bielsa, la regla sería la irresponsabilidad (sin perjuicio de las garantías constitucionales), y la responsabilidad del Estado carecería de fundamento propio pues siempre necesitaría de una ley formal para existir jurídicamente.

Marienhoff⁹ rebate la postura del profesor rosarino afirmando que la responsabilidad del Estado sí cuenta con fundamento propio y apunta que la tesis de Bielsa excluiría otras fuentes del derecho, que podrían arrimar otros fundamentos. La idea, aquí, del “fundamento propio” es importante, especialmente si se considera un vacío legislativo en el cual una legislatura omitiera sancionar una ley de responsabilidad del Estado: aún en tal supuesto, es decir, sin “ley responsabilizante”, el Estado, verificados los recaudos propios generadores del deber de resarcir, debería resarcir.

Para fundar la responsabilidad del Estado también se ha esgrimido el argumento de la “regla implícita de lógica jurídica”. Sostiene García de Enterría¹⁰ que el Estado responde al igual que responden las personas de derecho privado; caso contrario, habría que fundar una solución contraria. Este fundamento, como se advertirá, equipara personas de derecho público con personas de derecho privado, y se apoyaría en tal distinción, con lo que no tendría rasgos autónomos sino dependencia respecto de la mentada distinción.

Otro argumento para fundar la responsabilidad del Estado es el relativo a los “riesgos sociales”: la responsabilidad del Estado operaría como “seguro contra el riesgo social”¹¹.

⁶ Bielsa, Rafael, *Estudios de derecho público*, T. I, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 177 y sigs.

⁷ Ídem, p. 177.

⁸ Ídem, p. 178.

⁹ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. IV, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1992, p. 663.

¹⁰ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., T. IV, p. 663, con cita de García de Enterría. Ver: García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Gráfica González, 1956.

¹¹ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., T. IV, p. 661, con cita de Entrena Cuesta. Cfr. la obra posterior: Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, 13ª. ed., Madrid, Tecnos, 1998, vol. I/1, p. 370 (fundamento en el principio de igualdad) y p. 366 (importancia dada la “casi permanente situación de riesgo en que los particulares se encuentran situados”).

En este escenario, habría imputabilidad pero no en razón de culpa: el deber de resarcir nacería del riesgo social. Según Entrena Cuesta, el riesgo se generaría casi permanentemente por la situación de riesgo en que se hallan los particulares frente al intervencionismo estatal; ello, considerando que ese intervencionismo vino a aparecer como etapa posterior a la del Estado liberal, no intervencionista e irresponsable¹². Marienhoff¹³ apunta, con precisión quirúrgica, que el riesgo opera como “causa” de la responsabilidad extracontractual, pero no como “fundamento” de la misma.

Un cuarto fundamento de marcada relevancia –sobre todo por su recepción constitucional en nuestro país y, en general, por su amplia recepción¹⁴– es el del principio de igualdad. El Estado tendría que responder para mantener inalterada la igualdad. Explica Entrena Cuesta: “[...] el único principio jurídico que puede invocarse unitariamente para fundar las diversas hipótesis en que a tenor del derecho vigente la Administración es responsable es el principio de igualdad ante la ley: cuando la Administración, actuando como tal, es decir, sirviendo intereses generales, produce a los particulares una lesión que éstos no tienen el deber de soportar, el citado principio exige que se compense el sacrificio especial infligido mediante la correspondiente indemnización. Pues sería jurídicamente inadmisibles que unos particulares se sacrificasen involuntariamente y sin el deber de hacerlo en beneficio de la comunidad, sin que ésta restableciera la igualdad alterada”¹⁵. En similares términos se expresa el jurista uruguayo Delpiazzo¹⁶ para fundar la responsabilidad estatal.

El quinto argumento –que, además, parecería tener mayor predicamento por su perfil de universalidad– es el que funda la responsabilidad del Estado en el Estado de Derecho¹⁷. Suele enseñarse que el Estado de Derecho tiene por fin proteger la seguridad jurídica y el respeto por los derechos de los particulares. La expresión data de 1833 y habría sido popularizada por von Mohl¹⁸, quien define el *Rechtsstaat* como “el Estado sometido a la ley”¹⁹, en oposición al *Polizeistaat* o estado de policía y en oposición, más modernamente, al estado de policía electrónica. También se lo ha opuesto a “estado arbitrario” u *Obrigkeitsstaat*. El fundamento del Estado de Derecho, en nuestro país, encontraría anclaje en la Constitución Nacional, especialmente en su preámbulo, así como en los principios

¹² Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., vol. I/1, p. 366.

¹³ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., T. IV, p. 662.

¹⁴ Así, según Mertehikian, Eduardo, “La responsabilidad del Estado-Administración en el derecho argentino actual”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública–Rap*: 340:67, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007.

¹⁵ Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., vol. I/1, p. 370.

¹⁶ Delpiazzo, Carlos E., “La responsabilidad estatal ante la huida del derecho administrativo”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública–Rap*: 370:157, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010.

¹⁷ Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., T. IV, pp. 664/667.

¹⁸ Von Mohl, Robert, *Die polizei wissenschaft nach den grundsätzen des rechtsstaates*, Tübingen, Verlag der Laupp’schen Buchhandlung, 1844.

¹⁹ Así, en Irrazábal, Gustavo, *Doctrina social de la iglesia y ética política*, Buenos Aires, Ágape Libros, 2009, p. 117.

generales del derecho y en el principio republicano de gobierno. Identificado como fundamento de la responsabilidad estatal por Marienhoff²⁰, es seguido parcialmente por Cassagne: para éste, el fundamento se halla en el “Estado Social de Derecho” o “Estado de Justicia”²¹.

b) Responsabilidad contractual.

En el campo de la responsabilidad contractual, Finnis nos enseña: “Las normas legales básicas de un ciudadano que cumple la ley son [...] ‘ejecuta los contratos’, ‘paga las deudas’, [...] ‘cumple las obligaciones’”²². Tal aserto es aplicable, según el citado profesor, al ámbito de las obligaciones entre particulares y a las relaciones entre éstos y el Estado pues, al referirse a la justicia conmutativa, afirma que lo convencional (*dealings*) discurre tanto entre particulares como entre funcionarios públicos y particulares²³.

En este marco, y siguiendo a Marienhoff²⁴, el fundamento de la responsabilidad contractual del Estado parece hallar un claro apoyo en la moral y el derecho: los contratos se concluyen para ser cumplidos; los contratos no se formalizan para ser desconocidos o transgredidos. Caso contrario, se agravaría a la verdad como valor: como afirma Polo, “[n]ótese que de poco sirve el diálogo con gente que no cumple su palabra. La veracidad es propia de los hombres libres”²⁵. En ese diálogo se debe hablar claro, por razones de buena fe²⁶.

Adoptando la visión económica de que la sociedad es acción concertada, o cooperación²⁷, o la visión jurídica de que el derecho es un coordinador de conductas, con justicia, o como coordinador de conductas orientadas al bien común²⁸, se sigue que el cumplimiento

²⁰ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, T. IV.

²¹ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 8ª ed. act., T. I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2006, p. 462. La justicia social es “una exigencia vinculada con la cuestión social, que hoy se manifiesta con una dimensión mundial; concierne a los aspectos sociales, políticos y económicos y, sobre todo, a la dimensión estructural de los problemas y las soluciones correspondientes”, cfr. Pontificio Consejo Justicia y Paz, *Compendio de la doctrina social de la iglesia*, Buenos Aires, Conferencia Episcopal Argentina, 2010, p. 139, con cita del *Catecismo de la Iglesia Católica*, 2411.

²² Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 286.

²³ Ídem, p. 177.

²⁴ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, T. IV, p. 657.

²⁵ Polo, Leonardo, *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, 2ª ed., Madrid, Unión Editorial, 1997, p. 197.

²⁶ Sobre la buena fe y el deber de hablar claro que de ella se infiere, en el marco de los contratos administrativos, Ivanega, Miriam M., “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 360:25, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009.

²⁷ Se sigue von Mises, Ludwig, *Human action. A treatise on economics*, Auburn, Alabama, Ludwig von Mises Institute, 1998, pp. 143 y 196.

²⁸ Sobre el derecho como –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones– conjunto de reglas e instituciones dirigidas a razonablemente resolver cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, ver Finnis, John, *Natural law and natural rights, op. cit.*, p. 153; Zambrano, Pilar, “El derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N° 4, Año 2010, pp. 323-366, esp. p. 346.

to de los contratos apunta a que se obtenga o concrete esa cooperación o coordinación. En tal contexto, la responsabilidad estatal, en el campo contractual hallará, como fundamento, la regla moral de respetar la palabra empeñada para facilitar la vida en común de la comunidad.

A su vez –como se vio en a)–, el Estado de Derecho apunta a la seguridad jurídica y a asegurar que se respeten los derechos fundamentales, con lo cual honrar los contratos tributaría al Estado de Derecho, y, consecuentemente, éste se erigiría en fundamento, también, de que el Estado deba responder en el renglón contractual. Tal postura, que halla el fundamento de la responsabilidad contractual en el Estado de Derecho o sujeción del Estado al derecho, se perfila en un completo tratamiento del tema de autoría de Perrino²⁹, así como en el sólido análisis que efectúa Sáenz³⁰.

Ello no obstante, podemos preguntarnos acerca de la posibilidad de real vigencia, en los hechos, de este fundamento, que presupone, como objetivo del Estado, llegar a ser y mantenerse en el estándar o cualidad de “Estado de Derecho”.

IV. Debilitamiento del fundamento en el Estado de Derecho.

Según se ha visto, el fundamento de mayor predicamento y aplicabilidad, de la responsabilidad extracontractual y contractual del Estado, sería el denominado Estado de Derecho. Ello, en especial, dado su consagración constitucional.

Ahora, una evaluación del estado actual de la real vigencia del Estado de Derecho en Argentina nos colocaría ante la realidad de que el mismo se hallaría empañado, asfixiado o, al menos, desdibujado, ora por medidas legislativas, ora por interpretaciones jurisprudenciales contrarias a su conformación esencial. En la esfera de los derechos fundamentales, hoy, el respeto del derecho a la vida se ha transformado en la relativización del mismo, derecho a la vida que dependerá de que la madre no alegue haber sido violada³¹ y, en general, derrotable por el derecho a la intimidad y la libre disposición del propio cuerpo, de bordes infinitos³²; el ensanchamiento de la base de derechos ha coincidido con

²⁹ Perrino, Pablo E., “La responsabilidad contractual del Estado”, en *LL* 2012-F, pp. 1286/1303, esp. p. 1289, con cita de los Artículos 14 y 17, 19, 16, 28 y 116, CN.

³⁰ Sáenz, Jorge A., “La responsabilidad contractual en el derecho público argentino”, en AA VV, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la profesora titular consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2008, pp. 67/118, esp. p. 84: “El incumplimiento contractual es un acto antijurídico, pues se opone al orden jurídico del que el Estado no resulta exento [...]”.

³¹ “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, *Fallos*: 335:197 (2012). Ampliar en Bianchi, Alberto B., “Un avance preocupante en la legalización del aborto”, en *LL*, 2012-B, pp. 241/249. Asimismo, me permito remitir a Zambrano, Pilar y Sacristán, Estela B., “¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso ‘F., A. L.’ y la relativización de los derechos fundamentales”, en *JA*, 2012-II, pp. 385-402.

³² Así, en “Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080”, *Fallos*: 332:1963 (2009). Ampliar en Bianchi, Alberto B., “La despenalización... Otra vez”, en *JA*, 2009-IV, pp. 501-506.

la concepción de los derechos como “costos idóneos”³³; el aseguramiento judicial de condiciones dignas en los establecimientos carcelarios bonaerenses³⁴ ha resultado una mera declamación³⁵; históricamente, las indemnizaciones por liberación de esclavos en el Artículo 15, CN, nunca fueron cristalizadas en una ley.

En la esfera de la seguridad jurídica, el respeto de los derechos adquiridos y la protección de los derechos de propiedad se enfrentan al nuevo paradigma de los derechos adquiridos obliterados en tanto indemnizables, con lo que parecería que habrá derecho allí donde haya indemnizabilidad³⁶; la expropiación por causa de utilidad pública ha permitido la declaración de utilidad pública de un determinado porcentaje de acciones de una empresa privada³⁷; la garantía de la igualdad no ha impedido que solo algunos jueces provinciales perciban remuneraciones atadas a las de los jueces federales³⁸; el afianzamiento de la

³³ Ver “Quispe”, Q.64.XLVI. RHE, autos “Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo”, fallo del 24-4-2012, esp. consid. 15: “No se trata en esta situación de evaluar el precio del servicio que paga el Estado y dado su costo dar por cumplido el deber que le incumbe, conforme a un estándar de realización de los derechos, sino de valorar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Es decir, la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible”.

³⁴ Puede verse V.856.XXXVIII. RHE, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, autos ‘Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus’”, fallo del 3-5-2005.

³⁵ Ampliar en Nota Corte Suprema de Justicia de la Nación en Expte. N° 2407/2005, “Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires s/ comunicación jornadas s/ ejecución penal en la Prov. de Buenos Aires en autos: ‘recurso de hecho -Verbitsky, Horacio’”, publicada en www.diariojudicial.com.

³⁶ “[E]l titular de una licencia no tiene un ‘derecho adquirido’ al mantenimiento de dicha titularidad frente a normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, modifiquen el régimen existente al tiempo de su otorgamiento [...] nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de la titularidad de la licencia hasta el plazo de su finalización, circunstancia que no impediría que quien considerase afectado su derecho de propiedad pudiera reclamar daños y perjuicios”, cfr. “Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”, G. 439. XLIX, G. 445. XLIX y G. 451. XLIX; 29-10-2013, esp. consid. 58 y 59 del voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco. Ampliar en Bianchi, Alberto B. y Sacristán, Estela B., “El caso ‘Grupo Clarín’. Una versión debilitada del control de constitucionalidad y de los derechos adquiridos”, en *El Derecho Constitucional*, N° 13.431, 20-2-2014, Año LII, pp. 1-9.

³⁷ Por medio del Artículo 7° de la Ley N° 26.741, se declaró “[...] de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51 % del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A., sus controlantes o controladas en forma directa o indirecta. Asimismo, declárase de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51 % del patrimonio de Repsol YPF Gas S.A. representado por el 60 % de las acciones Clase A de dicha empresa, pertenecientes a Repsol Butano S.A., sus controlantes o controladas”. Me permito remitir a Sacristán, Estela B., “Una (no tan nueva) ley de hidrocarburos para tomar el control de YPF”, en *ED*, t. 248, Buenos Aires, 2012, pp. 769-773.

³⁸ Puede verse Superior Tribunal de Justicia del Chaco, acuerdo N° 251, 10-7-2014, Expte. N° 59.854/05, “Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/ acción de amparo” y sus acumulados “Jajam, Raquel Elisa y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 59.860/05; “Pisarello, Elia Nilfa y otro s/ acción de amparo”, Expte. N° 59.895/05; “Quiroga de Martínez, Zulema M. del H. y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 59.927/05; “Igich, Sara Matilde y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 59.943/05; “Grand, Andrés Ventura s/ acción de amparo”,

justicia ha sido puesto en jaque mediante el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de afectación del interés público en las solicitudes de medidas cautelares³⁹; la independencia del Poder Judicial ha sido acorralada con el intento de creación de cámaras de casación⁴⁰ y de politización de la integración del Consejo de la Magistratura de la Nación mediante convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico⁴¹.

La específica enumeración de Gordillo⁴², en punto a cómo se ha debilitado la responsabilidad estatal en un Estado formalmente “de Derecho”, incluye leyes de consolidación de pasivos estatales⁴³ del ámbito nacional y provincial; ley de ahorro forzoso u obligatorio⁴⁴; modificaciones monetarias profundas como la pesificación general de obligaciones⁴⁵; menor garantía estatal de depósitos bancarios⁴⁶; responsabilidad estatal limitada por actos y hechos de entes estatales descentralizados⁴⁷; leyes de caducidad de antiguos reclamos pecuniarios contra el Estado⁴⁸. A ello se pueden sumar leyes que excluyen la

Expte. N° 59.972/06; “Díaz Colodrero, Juan Ramón Carlos, Fiscal de Cámara en lo Criminal N° 1 de S. Peña s/ acción de amparo”, Expte. N° 59.975/06; “Oliva, Horacio Simín – Juez de Cámara Primera en lo Criminal S. Peña s/ acción de amparo”, Expte. N° 59.998/06; “Sosa de Michlig, Ligia c/ Provincia del Chaco s/ acción de amparo”, Expte. N° 59.999/06; “Del Río, Víctor Emilio y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 60.009/06; “Cáceres, Amelia Zunilda y otros s/ acción de amparo”, N° 60.010/06; “Martínez, Wilma Sara y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 60.011/06; “Pedrini, Fresia Daicy y Elda Cristina Torresagasti s/ acción de amparo”, Expte. N° 60.045/06; “Corchuelo, Amanda Matilde s/ acción de amparo”, Expte. N° 60.126/06; “De la Vega, Marta Alicia s/ acción de amparo”, Expte. N° 60.127/06; “Argarate, Mario Hipólito y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 60.157/06; “Alvarenga, Carlos Emiliano s/ acción de amparo”, Expte. N° 60.228/06; “Derewicki, Diego Gabriel y otros s/ acción de amparo y medida cautelar”, Expte. N° 71.370/11; “Álvarez, Eduardo Antonio y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 71.377/11; “González Mehal, Ricardo y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 71.378/11; “Kerbel, José Luis y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 71.379/11; “Nepote, Norma Rita y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 71.380/11 y “Acosta de Scarel, Gladys Noemí y otros s/ acción de amparo”, Expte. N° 71.381/11; sentencia publicada en www.diariojudicial.com.
³⁹ Ley N° 26.854, Artículos 13.d, 14.d. y 15.d.

⁴⁰ Medida suspendida: ver Acordada Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 23/2013, del 14-8-2013, por la que se acuerda: I. Declarar que la operatividad de los recursos procesales que contempla la Ley N° 26.853 se halla supeditada a la instalación y funcionamiento de las cámaras federales y nacionales que crea. II. Hacer saber que oportunamente el Tribunal dictará las medidas conducentes para llevar a cabo la puesta en funcionamiento, instalación y habilitación de los nuevos tribunales que trata la presente.

⁴¹ Medida declarada inconstitucional: R. 369. XLIX. REX, “Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional Ley N° 26.855 s/ medida cautelar”, del 18-6-2013.

⁴² Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 9ª. ed., T. 2, Buenos Aires, FDA, 2009, pp. XX-8 a XX-9.

⁴³ Leyes Nros. 23.982 y 25.344.

⁴⁴ Ley N° 23.549.

⁴⁵ Decreto N° 214/2002.

⁴⁶ Ley N° 25.466 de intangibilidad de los depósitos, suspendida por el Artículo 15 de la Ley N° 25.561.

⁴⁷ Artículo 133, Ley Complementaria Permanente de Presupuesto.

⁴⁸ Artículo 171, Ley Complementaria Permanente de Presupuesto.

indemnizabilidad del lucro cesante en reclamos contra el Estado por actividad normativa⁴⁹; derechos adquiridos que pierden firmeza⁵⁰; derechos de propiedad sin estabilidad, en algunos casos⁵¹; entre otros supuestos.

Por ende, hoy, en nuestro país, el fundamento de la responsabilidad estatal en el instituto llamado “Estado de Derecho” parecería hallarse en crisis. Si bien podría afirmarse, en el plano teórico, que no hay Estado de Derecho irresponsable, tal afirmación vendría carente de base a poco que se advirtiera la erosión del sujeto de tal calificación, en el contexto de nuestro país.

Se torna menester, entonces, indagar en otro fundamento, tal vez más sólido, permanente e indisponible.

V. Propuesta alternativa. La visión desde la justicia.

Encarar la responsabilidad del Estado, no desde la vereda de la protección de los derechos y la obtención de seguridad jurídica –fundamento en el Estado de Derecho–, sino desde la visión de la justicia, podría brindar un andamiaje más estable y permanente. A ello se aludiría con el fundamento no en el Estado de Derecho sino en el Estado de Justicia⁵². Pero ¿se trataría de un Estado de Justicia conmutativa o distributiva?

Un razonamiento que tuviera por objeto erigir a la justicia en fundamento de la responsabilidad del Estado –en un caso dado– implicaría los siguientes pasos: primero, identificar el tipo de relación jurídica; segundo, caracterizarla; tercero, calificarla como relación de justicia distributiva mas no excluyentemente; y, cuarto, verificar la búsqueda del bien común.

a) Identificación.

Respecto de la identificación de la relación jurídica (subjétivamente de derecho público por hallarse involucrados órganos o entes estatales o mayoritariamente estatales) ínsita en el caso de responsabilidad estatal, recordaremos que tal clase de responsabilidad presupone un acreedor, por un lado, y un deudor subjétivamente estatal, por el otro. Así, tendremos como acreedor a un ciudadano, una asociación, etc., y como deudor, a la comunidad que actúa por medio de la autoridad constituida.

⁴⁹ Ley N° 26.944, Artículo 5°.

⁵⁰ Ver n. 20, *supra*.

⁵¹ Cfr. Ley N° 25.561, Artículo 8° disponiendo el congelamiento de las tarifas de servicios públicos, y Decreto N° 1.295/2002 de redeterminación de precios en la obra pública. Ampliar con provecho en el integral estudio de Guglielminetti, Ana Patricia, “Sobre el régimen de redeterminación de precios en la Ciudad de Buenos Aires: u otro intento de mitigar los impactos de la inflación en los contratos administrativos”, *ReDA*, N° 95, Buenos Aires, AbeledoPerrot, septiembre/octubre 2014, pp. 1103/1120; asimismo, me permito remitir a Sacristán, Estela B., “Los contratos administrativos frente al régimen constitucional de la moneda”, en AAVV, *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2014, pp. 295-312.

⁵² Ver Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, *op. loc. cit.*

García Trevijano Fos⁵³ enseña que relación intersubjetiva es la que “enlaza elementos del ordenamiento jurídico, produciendo efectos jurídicos”. Por ende, si entre ambos sujetos de derecho –acreedor privado y deudor estatal– hay efectos jurídicos, habrá relación jurídica, y si uno de ellos es preponderantemente estatal, la relación jurídica será de derecho público.

b) Caracterización.

Siguiendo a Barra, la caracterización de esa relación jurídica supone que el Estado distribuye: cuando el Estado gobierna, distribuye⁵⁴. Por ende, la relación será no de justicia conmutativa sino de justicia distributiva. Y ya vimos que es una relación de derecho público por hallarse subjetivamente involucrado el Estado. El derecho público es el derecho del Estado *latu sensu* en sí mismo y sus relaciones con los particulares. Incluso en el derecho anglonorteamericano se reconoce la divisoria derecho privado y derecho público⁵⁵. Ese marco de derecho público será el que cobije a la “relación jurídica administrativa”, así caracterizada por hallarse subjetivamente involucrado el complejo orgánico que cobija a la Administración o por ser materialmente administrativa la actividad desplegada. Esa relación jurídica será de justicia distributiva.

c) ¿Solo justicia distributiva?

Como relación de justicia distributiva—es decir, de derecho público—, la relación entre el acreedor particular y el deudor estatal no excluirá que pueda haber relaciones de justicia conmutativa en su seno. En este punto, debe tenerse presente la explicación sobre las fuentes en Finnis: una cosa es la justicia distributiva según Santo Tomás de Aquino, y otra cosa es la justicia distributiva según Cayetano⁵⁶. Sintéticamente, la asociación entre justicia distributiva y Estado aparece en la obra o interpretación de este último. Ella es la que ha llegado a nuestros días. Pero una interpretación originalista del Aquinate conduce al carácter no excluyente de la justicia distributiva en la relación de derecho público. Detengámonos en esta afirmación, incluso ejemplificándola: la caracterización de la relación como de derecho público por presencia subjetiva del Estado, o como de justicia distributiva por hallarse presente éste en la interpretación de Cayetano, no excluirá conmutatividades, como bien explica Finnis⁵⁷. Por tanto, si la relación jurídica es de justicia distributiva y conmutativa a la vez, los efectos emergentes de esa relación jurídica poseerán ambas características.

⁵³ Citado en Barra, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 169.

⁵⁴ Ídem, p. 124.

⁵⁵ Ver II, *supra*.

⁵⁶ Finnis, John, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, pp. 185-186.

⁵⁷ *Ibidem*.

A igual conclusión arriba Barra⁵⁸, por sus fundamentos. Es que solo en la versión “moderna” de la justicia conmutativa se aplica la expresión a las relaciones entre particulares exclusivamente. Según el citado profesor de Oxford, interpretando al Aquinate, “el Estado y sus funcionarios tienen deberes de justicia conmutativa hacia los sujetos del Estado; la pena, por ejemplo, es, fundamental, mas no exclusivamente, una materia de justicia conmutativa”⁵⁹. Por ende, el Estado como “orden de acción en cooperación para algún propósito”⁶⁰ conlleva que, para llevar adelante esa cooperación ordenada para la vida en común, se impliquen tanto distribución como conmutatividad.

A modo de ejemplo, consideremos los intercambios patrimoniales de la responsabilidad estatal contractual, de perfil *prima facie* conmutativo: si me deben el importe de un certificado de obra por etapa de la obra bien realizada, habrá conmutatividad en esa relación y sus efectos. Pero además, como la entrega de esa porción de la obra es debida en interés de las partes –contratista y Estado comitente– y en interés de la comunidad toda –que disfrutará de la obra real o potencialmente–, la responsabilidad emergente involucrará, también, justicia distributiva. La razón de ser de la indemnización por incumplimiento estatal contractual (el certificado impago), en tal supuesto, nacerá de una base de igualdad: deberá responderse ante el contratista acreedor no satisfecho al igual que se respondería ante cualquier otro contratista en igual situación; y toda la comunidad podrá potencialmente beneficiarse con la obra. La igualdad es el elemento fundamental en la noción de justicia: así, en H. L. A. Hart, con fuerte sustento en la moral, aludiendo a “inmunidad ante el cambio deliberado”⁶¹. Por ende, incluso ante un contexto de la justicia conmutativa (entre partes contratantes), todos los miembros de la comunidad tienen derecho a ser considerados con respeto cuando surge el problema de la distribución⁶² (distribución de los beneficios de la obra, una porción de los cuales no posee fuente legítima pues media un certificado impago).

d) Bien común y responsabilidad estatal.

Por último, tenemos que tener presente que el Estado es el que facilita la vida en sociedad, permitiendo la realización del bien común⁶³. He allí su razón de rol, superador de las ineficiencias de la mera repetición de acciones acostumbradas tendientes al bien común, y superador, también, de la inseguridad acerca de la efectiva repetición, pues siempre alguien podría querer alterar lo acostumbrado para “bypasear” el bien común.

⁵⁸ Barra, Rodolfo C., *Principios...*, *op. cit.*, p. 126: “De esta manera, encontramos actos propios de la justicia conmutativa en una relación que es –y no deja de serlo nunca– de justicia distributiva”.

⁵⁹ Finnis, John, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, p. 186.

⁶⁰ Ver Finnis, John, *Aquinas. Moral, political and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 242.

⁶¹ Hart, H. L. A., *The concept of law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 175-178.

⁶² Finnis, John, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, p. 173.

⁶³ *Ibidem*, p. 153.

El Estado implica un acervo común, que se halla en el presupuesto de la Nación. Ese acervo común es fijado intuitivamente por el legislador, y contendrá una porción enderezada a enjugar daños. Que el Estado responda significa que la comunidad como un todo responda pues la persona Estado representa a la comunidad.

Cuando el Estado responde –efectivamente, cuando paga un daño en forma concreta–, lo hace como personificación de la comunidad. Pagará teniendo, como límites, ora el presupuesto de la Nación; ora la consolidación de pasivos estatales pues un Estado quebrado pagará en moneda de quiebra. Recordemos la experiencia argentina: la “quiebra de la Argentina fue declarada en la Ley de Reforma del Estado [...] esta ley suspendió absolutamente todos los pagos, todas las acciones contra el Estado, por dos años, estableciendo la oferta de bonos garantizados con fondos públicos a pagarse en 16 años para enjugar las deudas anteriores al 31 de marzo de 1991. En pocas palabras, el Estado, por ley, impuso una especie de plan de reorganización de sus deudas ante toda la Nación”⁶⁴.

La quiebra, según enseña Finnis, es el proceso de justicia distributiva por excelencia⁶⁵ pues, en él, todos cobran algo menos de lo que conmutativamente se les debía. En una quiebra, no todo daño se indemnizará, y aún los que tengan sentencia favorable deberán colocarse en la “fila” de acreedores de la quiebra. Todo ello, por cierto, sin perjuicio de que, en ocasiones, el Estado deudor pueda repetir lo pagado del funcionario involucrado, si fuere solvente.

Así las cosas, demandar al Estado por su responsabilidad contractual o extracontractual conllevaría una suerte de pretensión sobre un fondo común: ese fondo común es el presupuesto sancionado por el legislador. Finnis lo explica en estos términos: “El modelo distributivo estará normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes”⁶⁶. Y una interpretación en contrario implicaría tanto como que se “suicidara” el deudor, pagando (indemnizando) a unos, y deviniendo posteriormente incapaz de pagar (indemnizar) por falta de fondos.

De este modo, podrá hallarse un fundamento de la responsabilidad estatal en la justicia no exclusivamente distributiva: el Estado responderá según criterios de justicia distributiva (d), sin perjuicio de las conmutatividades propias de la justicia conmutativa (c)

⁶⁴ Cfr. Bianchi, Alberto B., “*Privatizations in Argentina: who are the current owners of Argentina?*”, Los Ángeles, California, Southwestern University - School of Law, 6 de febrero de 1995, *pro manuscripto*; y Bianchi, Alberto B., “Inconstitucionalidad sobreviniente del Artículo 7° de la Ley de Demandas contra la Nación”, *ED*, T. 118, p. 827, esp. p. 834, donde dice que el privilegio del citado artículo, según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en *Fallos*: 253:312), es extensible a las entidades autárquicas o descentralizadas que cumplen estrictos fines estatales. Ello nos llevaría a creer –en el caso de que se admitiera la existencia del privilegio– que con lo prescripto en el citado Artículo 7° se beneficiaría no solo el patrimonio de la Administración centralizada sino también, “comunicación” mediante, el patrimonio de las entidades descentralizadas.

⁶⁵ Finnis, John, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, pp. 188-193.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 209.

que aniden en la relación jurídica iuspublicista de que se trate. En ambos casos, como el Estado apunta a facilitar el bien común, responderá como medio de alcanzarlo o conservarlo o mantenerlo.

VI. Reflexiones finales.

En el marco del derecho público –divisoria de amplia recepción tanto en el ordenamiento europeo-continental como anglonorteamericano–, el fundamento de la responsabilidad del Estado en el instituto del Estado de Derecho obliga a verificar, no obstante su valor intrínseco, la estabilidad, inalterabilidad y permanencia del mismo, sus matizaciones y eventual desaparición o disposición en algunos sectores de la realidad que el derecho regula.

Los defensores de la justicia conmutativa exclusivamente considerada, en el derecho público, preferirán la fundamentación de la responsabilidad estatal en el Estado de Derecho. Ello, por implicar el sometimiento del Estado a la ley en pos de la protección de los derechos fundamentales y el mantenimiento de la seguridad jurídica. Incluso podría decirse que ello apuntaría a facilitar la justicia conmutativa ínsita en el pacto constituyente originario. En esta dirección, Legaz y Lacambra⁶⁷ sostiene que “[c]rear las condiciones formales del Estado de Derecho es fácil; puede ser cuestión de un día. Ya no lo es tanto el hacer que las valoraciones básicas del Estado de Derecho sean algo más que una ideología normativa: que sean, pura y simplemente, la forma de vida social efectiva, el derecho de los hombres convivientes en una comunidad política histórica”. Mas el Estado de Derecho, como se vio, se halla hoy debilitado en nuestro país, en su conmutatividad genética, y su desaparición podría incluso llegar a obliterar, de los horizontes jurídicos, la responsabilidad estatal, convirtiendo al Estado en un ente irresponsable por inexistencia de fundamento.

Una interpretación alternativa propiciaría la fundamentación de la responsabilidad estatal en el Estado de Justicia, en la especie, un Estado de Justicia distributiva, de acuerdo a lo explicado, con las características apuntadas, es decir: Estado de Justicia distributiva que, lejos de excluir las conmutatividades involucradas en la relación jurídica de derecho público de que se trate, las comprende o incluye. De tal modo, se erige en fundamento, de la responsabilidad estatal, que vela por una y otra clase de justicia, colocando en el frente del debate los límites que una y otra involucran.

⁶⁷ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 5ª. ed. rev. y aum., Barcelona, Bosch, 1979, p. 659.