

DRevista de **P** **DERECHO PÚBLICO**

2022 - 1

Responsabilidad del Estado – I

Directores

**Tomás Hutchinson
Marcela I. Bastera**

Consejo de redacción

**Carlos María Folco
Daniel A. Sabsay
Adrián Ventura**

Secretaria de redacción

Gisela Zingaretti

Secretario de jurisprudencia

Francisco Alberto Fernández

Doctrina

Jurisprudencia

Actualidad



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

Revista de Derecho Público 2022-1 : Responsabilidad del Estado -I / Francisco A. Fernández ... [et al.] ; dirigido por Tomás Hutchinson ; Marcela I. Basterra. – 1ª ed. revisada. – Santa Fe : Rubinzal - Culzoni, 2022.
760 p. ; 23 x 16 cm. - (Revista de Derecho Público / Tomás Hutchinson)

ISBN 978-987-30-4467-0

1. Derecho. I. Fernández, Francisco A. II. Hutchinson, Tomás, dir. III. Basterra, Marcela I., dir.
CDD 342.009

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

Scanned with CamScanner

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

- Responsabilidad por daños ocasionados por la prisión preventiva legítimamente ordenada, por ALEJANDRO PÉREZ HUALDE* 11
- ¿Puede haber responsabilidad estatal por omisión en punto a proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda?, por ESTELA B. SACRISTÁN* 43
- La sanción pecuniaria disuasiva (los daños punitivos) contra el Estado. La cuestión en la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944 y el caso “Bernardes”, por JORGE MARIO GALDÓS* 73
- El Código Civil y Comercial y la responsabilidad del Estado. Artículos 1764, 1765 y 1766, por FERNANDO ALFREDO SAGARNA* 117
- Los factores objetivos de atribución en la Ley de Responsabilidad del Estado. Proyecciones sobre la responsabilidad originada por la emisión de actos administrativos ilegítimos, por PATRICIO M. E. SAMMARTINO* 141
- Una aproximación a la idea de reparación integral en materia tributaria, por FABIANA H. SCHAFRIK y MARÍA FLORENCIA FONTANA* 191
- Responsabilidad estatal por daños en contexto de violencia de género. Entre el “ser” y el “deber ser”, por ANA SALVATELLI* 235
- Responsabilidad internacional del Estado federal por violación de derechos humanos. Análisis crítico y margen de apreciación, por ADELINA LOIANNO* 283

<i>Responsabilidad del Estado. Las reglas del juego precontractuales</i> , por ALBERTO BIGLIERI	315
<i>Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios por hechos de corrupción. Dilemas e interrogantes sobre su aplicación</i> , por ANA CARINA LARocca	345
<i>La ley 26.944 a la luz de los principios de la justicia distributiva</i> , por NICOLÁS FANTINI	385
<i>La responsabilidad del Estado y la protección de la salud</i> , por CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS	401
<i>La responsabilidad del Estado por daño ambiental</i> , por CARLOS ANÍBAL RODRÍGUEZ	419
<i>Responsabilidad del Estado por daños ambientales</i> , por MARÍA LAURA PELUFFO	441
<i>Responsabilidad del Estado por su actividad lícita. La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso "Alcalis de la Patagonia SAIC c/M° de Planificación y otro s/Daños y perjuicios"</i> , por NAZARETH AZUL IMPERIALE y MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG	465
<i>Responsabilidad del Estado, Derecho de Daños y factores de atribución</i> , por CLARA ASTUDILLO y SANTIAGO RUBIO	501

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia temática

<i>Responsabilidad extracontractual del Estado</i> , por FRANCISCO ALBERTO FERNÁNDEZ	549
--	-----

ACTUALIDAD

<i>Federalismo y diálogo judicial en materia de derechos fundamentales</i> , por GUILLERMO F. TREACY	697
--	-----

ÍNDICE SUMARIO	743
----------------------	-----

¿PUEDE HABER RESPONSABILIDAD ESTATAL POR OMISIÓN EN PUNTO A PROVEER LO CONDUCENTE A LA DEFENSA DEL VALOR DE LA MONEDA?

por ESTELA B. SACRISTÁN

SUMARIO: I. Planteo. Plan de exposición. a) Clases de deberes. b) Posibles interrogantes. c) Objetivo y plan de exposición. II. Una visión desde la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial en punto al “deber” omitido. a) ¿Puede haber “omisión irregular por parte del Estado” respecto de una cláusula constitucional? b) Ubicación metodológica. c) Distintas inobservancias. d) Posibilidades interpretativas. d.1) Reglas y principios. d.2) Aplicación. e) El supuesto del artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional (I). e.1) El supuesto del artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional (II). f) Síntesis. III. Una visión desde la distinción entre atribución, facultad y competencia. a) Atribución como mera facultad. b) Atribución como obligación de hacer. c) Competencia como haz de atribuciones. c.1) Competencia de ejercicio obligatorio. c.2) Competencia de ejercicio obligatorio y criterios de oportunidad. d) Síntesis. IV. ¿Emerge del artículo 75, inciso 19, un derecho subjetivo exigible cuyo no cumplimiento engendre deber de indemnizar? V. Para concluir.

I. Planteo. Plan de exposición

La responsabilidad del Estado –la mera posibilidad de que el Estado pueda ser demandado y eventualmente responda por daños y perjuicios imputables a él– es, sin lugar a dudas, uno de los más trascendentes signos de maduración del Derecho Administrativo¹.

¹ Para una valiosa reseña histórica de este proceso, ver disidencia del Dr. Fayt en “Cachau, Oscar José c/Provincia de Buenos Aires”, del 16-6-93, *Fallos*: 316:1335, esp. consid. 3º; RC J 103902/09.

Por cierto, dados diversos recaudos, podrá responder por los daños derivados de su actuación, actividad u obrar, o por su omisión respecto de una actuación, actividad u obrar; la omisión de esa actuación u obrar tendrá que corresponderse con un “deber” estatal preestablecido. Hoy, esta última situación se halla reglada en el artículo 3º, inciso d, de la Ley 26.944² de Responsabilidad Estatal cuando, a fin de que se genere responsabilidad estatal, define a la omisión –irregular– como “inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

En el contexto de dicha prescripción normativa, el núcleo de esa noción de omisión será el “deber” inobservado. Y conocemos pluralidad de deberes.

a) *Clases de deberes*

Los deberes pueden originarse en los denominados principios generales del Derecho³, y también pueden ser de fuente constitucional o infraconstitucional. Como tales, son pasibles de ser clasificados, y entre esas clasificaciones se destaca la que los hace recaer no sólo en los particulares sino también en las personas públicas⁴. La Constitu-

² Ley 26.944 (B. O. del 8-8-2014), esp. art. 3º: “Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la *omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*” (el destacado no es del original).

³ En tal sentido, CASSAGNE, Juan Carlos (2021), *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª ed. act. y ampl., Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 455; PERRINO, Pablo E. (2015), *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, p. 95.

Un ejemplo sería la seguridad de la propiedad (*property*), conf. OECD (2013), *Government at a Glance*, Nov. 12th 2013, p. 44. Disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2013-en.pdf?expires=1650181866&id=id&accname=guest&checksum=1951FA058BCA0EBB0701CB68672A421E (último acceso: 10-4-2022).

⁴ Para las clasificaciones de los deberes de rango constitucional, ampliar con

ción, en forma literal, establece “deberes”: de los partidos políticos (art. 38), del Congreso (art. 39), de los habitantes (art. 41), de los ministros (arts. 99, inc. 3º, y 104), entre otros supuestos. Asimismo, conocemos importantes instrumentos internacionales que reglan sobre “deberes” de las personas; así, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948⁵. Respecto de deberes del Estado, puede verse, ejemplificativamente, el Pacto de San José de Costa Rica, ley 23.054, con su exigua pero trascendente enumeración⁶. En el renglón infraconstitucional, pueden verse deberes emergentes de la Ley 22.431⁷ de Institución del Sistema de Protección Integral de

provecho en SAGÜÉS, Néstor P. (2017), *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, Bogotá y Porto Alegre, 3. *Estatuto de los derechos*, ps. 729-730.

⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948, esp. arts. XXIX a XXXVIII. Esta declaración tiene jerarquía constitucional a partir de 1994 con su inclusión en el art. 75, inc. 22, Const. Nac.

⁶ Ley 23.054 (B. O. del 27-3-84) de aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Este tratado tiene jerarquía constitucional a partir de 1994 con su inclusión en el art. 75, inc. 22, Const. Nac.: “Parte I – ‘Deberes’ de los Estados y derechos protegidos. Capítulo I – Enumeración de deberes. Artículo 1º. *Obligación de respetar los derechos*. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Art. 2º. ‘Deber’ de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (el destacado no es del original).

⁷ Ley 22.431 (B. O. del 16-3-81), art. 8º: “El Estado nacional –entendiéndose por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos– están obligados a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas.

”El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de cumplimiento obligatorio

Discapacitados, o de la Ley 27.275⁸ de Acceso a la Información Pública, entre otros muchos supuestos. Los ejemplos mencionados apelan, en forma textual, al empleo del vocablo “deber”.

b) Posibles interrogantes

Así las cosas, y en el marco de la responsabilidad estatal por no ya su actividad sino su inactividad, ilegítima, podemos preguntarnos: a los efectos de la omisión prevista en el precitado artículo 3º, inciso d, de la Ley 26.944⁹ de Responsabilidad Estatal, ¿qué significa “deber”? ¿se insertaría en el campo de la Filosofía del Derecho o en la denominada teoría del poder?, ¿sería sinónimo de “atribución” o “facultad”?

para el personal de planta efectiva, para los contratados cualquiera sea la modalidad de contratación y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios. Asimismo, y a los fines de un efectivo cumplimiento de dicho 4% las vacantes que se produzcan dentro de las distintas modalidades de contratación en los entes arriba indicados *deberán* prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para puesto o cargo que deba cubrirse. Dichas vacantes *deberán* obligatoriamente ser informadas junto a una descripción del perfil del puesto a cubrir al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos quien actuará, con la participación de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas, como veedor de los concursos.

”En caso de que el ente que efectúa una convocatoria para cubrir puestos de trabajo no tenga relevados y actualizados sus datos sobre la cantidad de cargos cubiertos con personas con discapacidad, se considerará que incumplen el 4% y los postulantes con discapacidad podrán hacer valer de pleno derecho su prioridad de ingreso a igualdad de mérito. Los responsables de los entes en los que se verifique dicha situación se considerará que incurren en incumplimiento de los *deberes* de funcionario público, correspondiendo idéntica sanción para los funcionarios de los organismos de regulación y contralor de las empresas privadas concesionarias de servicios públicos.

”El Estado asegurará que los sistemas de selección de personal garanticen las condiciones establecidas en el presente artículo y proveerá las ayudas técnicas y los programas de capacitación y adaptación necesarios para una efectiva integración de las personas con discapacidad a sus puestos de trabajo” (los destacados no son del original).

⁸ Ley 27.275 (B. O. del 29-9-2016), cuyo art. 1º establece pluralidad de principios, con sus deberes, y cuyo art. 19 establece: “La Agencia de Acceso a la Información Pública debe *velar* por el cumplimiento de los principios y procedimientos establecidos en la presente ley...” (el destacado no es del original).

⁹ Ver su texto en nota al pie 2, en especial el recaudo de “inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

¿sería sinónimo de “competencia”? Puedo adelantar que esta última pregunta sería neural, pues tenemos que recordar que la competencia es de ejercicio obligatorio bajo el artículo 3° de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos.

Y más allá de ello, y en el específico campo de actuación del Congreso de la Nación, ¿podría configurarse una hipotética responsabilidad estatal por omisión por mediar no ejercicio de una “atribución” establecida en el artículo 75, Constitución Nacional? Específicamente, al tiempo que vemos que diariamente se envilece el valor de la moneda de curso legal que utilizamos por mediar “emisión espuria a costa del valor de la moneda y del derecho de propiedad individual”¹⁰, ¿podría argüirse a favor de una responsabilidad del Estado por omisión, por parte de uno de sus órganos, en el cumplimiento del artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional, que coloca en cabeza del Congreso “[p]roveer lo conducente [...] a la defensa del valor de la moneda”?

Adentrarnos en cada uno de aquellos interrogantes excedería los límites del presente. Existen obras completas sobre teoría del poder, el deber y su carácter nuclear en el reducido grupo de conceptos fundantes del positivismo, la competencia del órgano¹¹; conceptos que transitan por el Derecho político, Administrativo, Constitucional, y la Filosofía del Derecho. Asimismo, en el específico marco del valor de la moneda, sabemos que, históricamente, la Corte Suprema, de tanto en tanto, ha reconocido ajustes por envilecimiento de aquélla en casos judiciales llevados ante sus estrados¹². De tal suerte, el interrogante

¹⁰ Ver DALLA VIA, Alberto (2006), *Derecho Constitucional Económico*, 2ª ed., LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 582.

¹¹ BIDART CAMPOS, Germán J. (1985), *El poder*, Ediar, Buenos Aires; LA-GORGETTE, Juan (1915), *El fundamento del Derecho y de la moral. Función y génesis de las ideas de derecho y de deber*, trad. de Eduardo Ovejero y Maury, Daniel Jorro, Madrid; CARRIÓ, Genaro R. (1966), *Sobre el concepto de deber jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires; BAYÓN, Juan Carlos (1996), *Deber jurídico*, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la justicia*, Trotta y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, vol. 11, ps. 313-331; FERRER BELTRÁN, Jordi (2000), *Las normas de competencia: Un aspecto de la dinámica jurídica*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

¹² “Vieytes de Fernández, Juana (Suc.) c/Provincia de Buenos Aires”, del 23-9-76, *Fallos*: 295:973. Se ha afirmado que en este caso se hizo justicia “sin” invocarse

sobre la responsabilidad por omisión en el cumplimiento, por parte del Estado, del mentado inciso 19 en lo que hace a la moneda, podría parecer baladí.

Sin embargo, si como enseña Cassagne, la omisión ilegítima “se perfila sólo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares”¹³, y considerando que la emisión espuria daña el derecho de propiedad de los particulares¹⁴, entiendo que la cuestión excede los específicos planteos judiciales por desvalorización de la moneda –que los particulares podrán o no incoar– para colocarse en otro terreno.

Uno podría ser el de la posición institucional del Estado a fin de no incurrir en omisión de cumplimiento de la manda constitucional de proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda, sino de prever y, en su caso, evitar que se produzcan los daños al derecho de propiedad. A tal fin, podría apelar a las herramientas que la arquitectura de la Constitución argentina le ofrece, como ser la incentivación de capitales, sobre todo extranjeros, bajo la histórica “cláusula de la prosperidad” alberdiana¹⁵. Otro terreno comprendería la posibilidad de

norma positiva alguna. Ver, con provecho, ROSSI, Abelardo F. (2000), *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, ps. 170-172, y la entrevista que se le realiza, reproducida en ROSSI, Abelardo F. (2003), *Algunos modos del saber humano*, El Derecho, Universitas, Buenos Aires, p. 58.

¹³ CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo* cit., t. I, p. 455.

¹⁴ Conf. DALLA VIA, *Derecho Constitucional Económico* cit., p. 582.

¹⁵ Si bien resulta ajeno a este trabajo, no puedo evitar reflexionar acerca de esa cláusula tan olvidada pero tan importante en relación con el valor de la moneda bajo una tesis monetarista, en especial en punto a la captación de capitales extranjeros; en ese marco, consideremos si su opacado protagonismo, en los últimos decenios, no se deberá a su origen netamente criollo, con lo que no pudo recibir, a lo largo de los años, el impulso del Derecho Comparado estadounidense que tantas veces ha nutrido la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Acerca de las dos vertientes, de Sarmiento, a favor de la adopción del modelo constitucional estadounidense, por un lado, y de Alberdi, mucho más cautelosa, por el otro, ver, con provecho, ROSENKRANTZ, Carlos F. (2005), en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, N° 1, ps. 71-96, esp. p. 74, n. 11. Disponible en https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica04.pdf (último acceso: 14-4-2022).

que los márgenes de la jurisprudencia sobre responsabilidad por omisión, o un análisis de la naturaleza de aquel inciso, permitan concluir en un deber estatal incumplido cuando, desde el Estado mismo, se verifica una actividad –emisión monetaria, por momentos desenfrenada– que socava el valor de la moneda por sobreoferta monetaria, con un resultado contrario a la aludida defensa del valor de la moneda.

Es por ello que considero que la cuestión que encaró en estos párrafos no resulta un mero ejercicio académico.

c) Objetivo y plan de exposición

En vistas de lo expresado, el objetivo de estas líneas es acotado: indagaré en la cuestión de si puede, teóricamente, en el campo de la responsabilidad por actividad ilegítima, configurarse omisión, por parte del Estado, de un deber emergente del artículo 75, Constitución Nacional, en especial su inciso 19. Como me referiré a la específica manda de dicho inciso en la estricta materia monetaria, considero menester aclarar que, al aludir al inciso 19, me estaré remitiendo a lo relativo a la atribución del Congreso de proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda.

Esa cuestión será analizada desde lo que denomino tres distintas plataformas a fin de acometer aquel objetivo: la primera reparará en la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la responsabilidad estatal por omisión, las distinciones que la misma formula y sus efectos en el plano de la viabilidad de reclamos por haberse aparentemente incumplido lo que establece el artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional (sección II). La segunda sección del presente repara en la naturaleza de aquel inciso a efectos de determinar si se podría reclamar por su no cumplimiento (sección III). La tercera indaga en la habilidad de aquel inciso para engendrar un eventual derecho subjetivo, el cual, en tanto no respetado, pudiera dar lugar a indemnización (sección IV).

II. Una visión desde la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial en punto al “deber” omitido

Desde el punto de vista de su regulación, la responsabilidad del Estado ha transitado por una etapa francamente jurisprudencial, y, desde

la sanción de la ley 26.944, en agosto de 2014, por la etapa signada por la dinámica que ofrece el juego mutuo de la legislación en tanto interpretada por los tribunales.

En punto a la responsabilidad por omisión, ya adelanté que su elemento neural sería la noción de “deber”. Esa noción, a primera vista, resultaría de relevancia a efectos de la configuración de una omisión estatal en el marco de lo prescripto en la citada ley 26.944, artículo 3º, inciso d. Pero antes tenemos que tener en cuenta algo más conducente aún: la interpretación, por parte de la Corte Suprema, respecto de la responsabilidad estatal por omisión y lo relativo al deber incumplido.

De tal modo, y en vistas de la específica cláusula constitucional que motiva estas líneas, corresponde indagar, primero, en lo relativo a si puede haber, en general, omisión de una cláusula constitucional (acápite a); la ubicación metodológica de la omisión estatal (acápite b), y las distintas inobservancias de deberes que la jurisprudencia ha detectado (acápite c). Esta jurisprudencia puede ser visualizada desde las visiones de Dworkin y Alexy (acápite d) y aplicada al específico supuesto del artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional (acápite e), lo que permitirá concluir en sus efectos (acápite f).

a) *¿Puede haber “omisión irregular por parte del Estado” respecto de una cláusula constitucional?*

Si la Constitución Nacional es la “ley suprema de la Nación”¹⁶ o el equivalente a una Norma Fundamental (o norma fundante básica, en términos kelsenianos)¹⁷, no podría negarse su carácter normativo, sin perjuicio de otras facetas, como ser su faz material, axiológica, entre otras. Se trata de un carácter normativo de máximo rango protegido o blindado, en primer lugar, por la Constitución misma mediante la consagración de un muy específico procedimiento de reforma¹⁸. Ello, sin perjuicio de la técnica que conocemos como control de constitu-

¹⁶ Const. Nac., art. 31.

¹⁷ KELSEN, Hans (1997), *Teoría pura del Derecho*, 9ª ed., trad. de la 2ª ed. de 1960 por Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, esp. p. 232.

¹⁸ Const. Nac., art. 30.

cionalidad¹⁹. De tal modo, podría considerarse al artículo 75, Constitución Nacional, y a sus incisos, incluyendo el inciso 19, como normas de máxima jerarquía. En tanto normas, su cumplimiento podría ser pasible de ser omitido.

Ahora, ¿cómo podrían visualizarse los incisos del artículo 75, Constitución Nacional, a efectos de la responsabilidad estatal (extracontractual) por omisión, posteriormente legislada como “inobservancia de un deber de actuación expreso y determinado” en el artículo 3º, inciso d, ley 26.944?, ¿fija cada uno de esos incisos un deber de actuación expreso y determinado? Y, en lo que aquí interesa, ¿establece el artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional, un deber de actuación expreso y determinado, dirigido al Congreso, en pos de la defensa del valor de la moneda?

b) *Ubicación metodológica*

Liminarmente, tenemos que tener en cuenta que nos hallamos en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado. La ubicación metodológica de la definición de omisión estatal contemplada en el artículo 3º, inciso d, la confinaría a aquél²⁰.

A diferencia de lo que ocurre en el marco contractual, en el que la relación jurídica nacida del contrato se halla nítidamente definida, en el marco extracontractual el delinear esa relación jurídica conlleva un mayor esfuerzo, ora por aplicación de la doctrina de la responsabilidad del Estado por acto lícito normativo, con sus identificables víctimas del acto normativo dañoso, ora por aplicación de la doctrina de la falta de servicio (*faut de service*) propia de la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima, vinculable al antiguo Código Civil, artículo 1112.

En este punto, tengamos en cuenta que la definición de omisión establecida en el artículo 3º, inciso d, de la ley 26.944 –verbigracia, inobservancia de un “deber de actuación expreso y determinado”– se

¹⁹ Como enseña Bianchi, la Constitución es la ley suprema de una nación, o el pacto fundacional de una República, pero su columna vertebral es el control de constitucionalidad. BIANCHI, Alberto B. (2002), *Control de constitucionalidad*, 2ª ed. act., reestruct. y aument., Ábaco, Buenos Aires, t. 1, p. 29.

²⁰ Ver ley 26.944, art. 10.

halla referida a la “falta de servicio” que encabeza el mentado inciso d; ello, en el marco de la “...inactividad ilegítima del Estado”. De allí que quepa referirnos a “la falta de servicio por omisión”, como bien la denomina Perrino²¹.

Sentado ello, veamos cuál sería la jurisprudencia relevante en pos de desentrañar la caracterización de la omisión estatal ante una aparente manda constitucional. Corresponde aclarar que esa jurisprudencia no se apoya, terminológicamente, en la noción de “deber” que vemos en la ley 26.944, sino en la expresión “mandato”.

c) *Distintas inobservancias*

En un caso al cual le resultaba aplicable el régimen anterior a la sanción y puesta en vigencia de la ley 26.944, la Corte Suprema elaboró diversos lineamientos que resultan de relevancia a efectos de perfilar la noción de omisión estatal. En efecto, en “Coihue”²², el tribunal estableció una importante diferenciación que irradia sus efectos sobre el concepto de omisión estatal, y que constituye un precedente clave a efectos de la interpretación de los alcances de la noción de “deber de actuación expreso y determinado” del artículo 3º, inciso d, ley 26.944.

Ese distingo –entiendo– resulta relevante a fin de indagar en si puede haber omisión estatal respecto de las atribuciones y aparentes mandas respectivas, corporizadas en los diversos incisos del artículo 75, Constitución Nacional, y en especial de su inciso 19.

El mentado distingo versa sobre dos distintas clases de inobservancias respecto de normas, y ha sido formulado por la Corte Suprema en estos términos:

Que la pretensión indemnizatoria, fundada en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, tiene como presupuestos para su procedencia: i) la ejecución irregular de un servicio, por acción u omisión, debiendo en este último supuesto diferenciar si se trata de la inobservancia a un mandato de una regla

²¹ PERRINO, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada* cit., p. 94.

²² “Coihue SRL c/Santa Cruz, Provincia de s/Acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios”, del 18-11-2021, *Fallos*: 344:3476, esp. consid. 15; RC J 7974/21.

expresa de derecho o de un mandato jurídico indeterminado, en cuyo caso se deben ponderar, por un juicio estricto, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con éste y el grado de previsibilidad del daño; ii) la existencia de un daño cierto, y iii) la relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión y el daño cuya reparación se persigue (arg. doct. *Fallos*: 328:2546; 330:563; 332:2328, entre muchos otros).

Respecto al primer recaudo, esta Corte ha expresado que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de la falta de servicio, por acción o por omisión, encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil –vigente al momento de los hechos–, pues no se trata de una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (arg. doct. *Fallos*: 306:2030; 316:2136; 318:1800; 324:492; 325:2949; 326:4003, “Serradilla”, *Fallos*: 330:2748).

La interpretación transcripta se corresponde con un desarrollo jurisprudencial relativo a la responsabilidad estatal por omisión que distingue entre clases de omisiones según el mandato indeterminado o determinado que medie²³.

²³ El origen del distingo se hallaría en “Zacarías, Claudio H. c/Córdoba, Provincia de y otros s/Sumario”, del 28-4-98, *Fallos*: 321:1124, esp. consid. 6º, *in fine*, en el que se admite (más allá del resultado del caso concreto fallado) que podría haber responsabilidad por omisión de un deber genérico: “La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (*Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, Faute de service, N° 178). En el *sub examine* se trata del control de la seguridad pública, encomendado a la policía provincial, y el reproche consiste en que se habría incurrido en negligencia u omisión por no haber advertido y desactivado a tiempo el artefacto explosivo que provocó el daño a Zacarías” (RC J 102335/09).

En “P. de P. E. P. y otro c/Gobierno de la Provincia de Córdoba s/Ordinario”, del 21-12-2010, *Fallos*: 333:2426, consid. 7º, RC J 19071/10, ya se perfila claramente

Cabe apuntar, asimismo, que el distingo reseñado constituyó un criterio oportunamente reflejado en un Anteproyecto de Unifica-

el distingo: “Que, en ese orden de ideas, esta Corte ha señalado que debe distinguirse entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de Derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (*Fallos*: 330:563, ‘Mosca’, considerando 6º)”.

En “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ANSES s/Daños y perjuicios”, del 8-10-2013, *Fallos*: 336:1642, esp. consid. 9º, RC J 17313/13, la Corte Suprema recuerda: “En efecto, sobre la base de distinguir los supuestos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de Derecho, en los que se puede identificar una clara falta de servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible, esta Corte ha expresado que la responsabilidad estatal por la omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (considerando 6º, del citado caso ‘Mosca’)”.

El distingo es explicado en “Albo, Modesta del Valle y otros c/Giménez Viajes SRL y otros s/Daños y perjuicios”, del 6-11-2018, *Fallos*: 341:1555, voto del Dr. Rosenkrantz, consid. 6º, RC J 9168/18: “En materia de responsabilidad del Estado por omisión, esta Corte ha distinguido los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de Derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio en los términos del antiguo artículo 1112 del Código Civil, de aquellos otros casos en los que el Estado incurre en alguna inacción cuando está obligado a cumplir una serie de objetivos que son fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, en todo caso, como propósitos a lograr en la medida de lo posible. En este último supuesto, es decir, cuando se alega el incumplimiento de mandatos jurídicos indeterminados, la jurisprudencia ha sido sumamente restrictiva en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado (ver por ejemplo: causas ‘Mosca’ –*Fallos*: 330:563–; ‘P. de P. E. P.’ –*Fallos*: 333:2426– y ‘Carballo de Pochat’ –*Fallos*: 336:1642–)”.

La mentada diferenciación se ve replicada en “Rea, Segunda Manuela y otros s/Daños y perjuicios”, del 17-3-2020, *Fallos*: 343:184, esp. consid. 10; RC J 1073/20.

De tal modo, en el desarrollo jurisprudencial, sintetizado precedentemente, se advierte que se fue consagrando, en forma paralela a la posibilidad de responsabilizar al Estado por omisión de un deber determinado, la posibilidad de plantear la responsabilidad del Estado por omisión de un mandato u objetivo genérico fijado en la ley.

ción de los Códigos Civil y Comercial, pero fue posteriormente eliminado²⁴. De tal modo, no integró el cuerpo codificado sancionado como Código Civil y Comercial de la Nación. A todo evento, y como se aclaró al inicio de este acápite, estas incidencias legislativas no nos tienen que hacer olvidar de que el Derecho aplicable a “Coihue” no comprendía el Código Civil y Comercial sino el antiguo Código Civil, por lo cual la fuente de la diferenciación y caracterización reseñadas se inserta en un campo de pleno Derecho jurisprudencial (v. gr., no legislativo)²⁵.

²⁴ Su texto puede verse sin autor y sin título, de 2012, cuyo art. 1764 dice: “*Responsabilidad del Estado*. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”. Disponible en https://koiron.app/colejus/wp-content/uploads/2012/03/colegio_dmdocuments_Anteproyecto_CODIGO_CIVIL.pdf (último acceso: 10-4-2022). Este artículo fue eliminado en el Mensaje 884/2012, que contenía el Proyecto Elaborado por la Comisión de Juristas, creada por dec. 191/2011 (B. O. del 28-2-2011). Ver sin autor, de 2012, *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012*, Infojus y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, esp. p. 343. Disponible en http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/1522/codigo_civil_comercial.pdf (último acceso: 10-4-2022).

²⁵ Ello me conduce a preguntarme si el distingo se mantendría en casos regidos por la ley 26.944. Entiendo que sí pues: (i) como sostiene Perrino, en opinión que me permito compartir, la distinción representa un avance jurisprudencial (ver PERRINO, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada* cit., p. 94); (ii) no advierto incompatibilidad alguna entre dicha distinción y el texto del art. 3°, inc. d, ley 26.944, pues, en todo caso, se trataría de un distingo ulterior, de fuente judicial, al interpretar la norma, y (iii) a todo evento, al plantear la diferenciación, la Corte Suprema amplía las opciones o vías de eventual configuración de responsabilidad estatal por omisión, lo cual tributa a la noción de mayor tutela judicial efectiva para el particular (no obstante las dificultades involucradas en el carácter estricto del juicio de ponderación en el segundo supuesto).

Acerca de la ampliación de las causales de responsabilidad del Estado por incumplimiento de un “deber genérico” (en especial, de seguridad) ver CANDIA, Fabián (2016), *Control judicial de la responsabilidad del Estado por omisión*. Pautas jurisprudenciales para una interpretación de la ley 26.944, en ALONSO RE- GUERIA, Enrique M. (dir.), *El control de la actividad estatal*, Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, t. II, ps.

Entiendo que el pasaje transcripto incide en el plano de la tutela judicial efectiva. La línea jurisprudencial que se consagra con “Cohiue” no presenta un restringido juego dual de alternativas mutuamente excluyentes, de carácter muy exigente –verbigracia, que medie o no medie inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado, tal que sólo proceda la acción en el primer caso– sino dos alternativas establecidas mediante distingo. Dichas alternativas son: (i) que se configure “inobservancia a un mandato de una regla expresa de derecho”; (ii) que se configure “inobservancia a un mandato jurídico indeterminado”, supuesto en el cual el decisor judicial efectuará el juicio de ponderación estricto en los términos señalados por la Corte Suprema, verbigracia, sopesando “los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con éste y el grado de previsibilidad del daño”.

Por ende, las herramientas que consagra la Corte Suprema son, para el litigante, dos: una de aplicación directa, si se quiere, a fin de verificar si se halló en juego un mandato consagrado en una “regla expresa de Derecho”, y otra de apariencia más compleja pues depara, a fin de determinar si efectivamente se inobservó un mandato “jurídico indeterminado”, llevar a cabo el juicio estricto de ponderación aludido. De tal modo, el magistrado podría indagar en la verificación de si medió una u otra omisión. Todo ello podría graficarse en la siguiente tabla, a modo de apretada síntesis:

<i>Pretensión indemnizatoria, fundada en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita</i>	<i>Pretensión indemnizatoria, fundada en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita</i>
<i>Ejecución irregular de un servicio, por [...] omisión, debiendo en este último supuesto diferenciar si se trata de... la inobser-</i>	<i>Ejecución irregular de un servicio, por [...] omisión, debiendo en este último supuesto diferenciar si se trata de... la inobser-</i>

393-424, esp. p. 400. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-canda.pdf> (último acceso: 10-4-2022).

<i>vancia a un mandato de una regla expresa de derecho;</i>	<i>vancia [...] de un mandato jurídico indeterminado, en cuyo caso se debe ponderar, por un juicio estricto, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con éste y el grado de previsibilidad del daño;</i>
<i>ii) la existencia de un daño cierto, y</i>	<i>ii) la existencia de un daño cierto, y</i>
<i>iii) la relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión y el daño cuya reparación se persigue...</i>	<i>iii) la relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión y el daño cuya reparación se persigue...</i>

En esta jurisprudencia, la diferencia radicaría, entonces, en que la regla expresa de Derecho –que es aquella de estructura más simple, que dirige hacia una decisión– podría ser cumplida o no; en cambio, el mandato jurídico indeterminado, con más el estricto juicio de ponderación tripartito propuesto por la Corte Suprema, acarrearía fundamentación en cierta dirección, pero no involucraría una determinada decisión, por lo que no configuraría regla de Derecho, sino que se erigiría en algo diferente.

d) Posibilidades interpretativas

El criterio dual adoptado por la Corte Suprema, al formular la diferenciación entre “inobservancia a un mandato de una regla expresa de Derecho” e “inobservancia de un mandato jurídico indeterminado” puede hacernos tener presente la doctrina que, en el marco de la ley 26.944, artículo 3º, inciso d, relacionó el deber determinado y el deber indeterminado con la clásica distinción entre potestades regladas y discrecionales²⁶.

Adicionalmente, advierto que esa diferenciación podría ser anali-

²⁶ PERRINO, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada cit.*, ps. 103-105.

zada a fin de indagar en la cuestión de si logra reflejar el distingo
trora propuesto por Dworkin entre reglas y principios.

d.1) Reglas y principios

Según Dworkin, las reglas (*rules*) establecen efectos jurídicos que se siguen automáticamente cuando se cumplen las condiciones preestablecidas, mientras que los principios (*principles*) determinan la razón para argumentar en cierta dirección, pero sin requerir una decisión en particular²⁷. En materia de omisiones, entiendo que en el caso de una regla, dadas las condiciones preestablecidas, se decidirá cumplirla u omitirla; en cambio, en el caso de los principios no se adoptaría una decisión en particular sino que se argumentaría en pos o en contra de su cumplimiento.

En palabras de Alexy, al recordar la tesis de Dworkin, todas las normas son reglas o principios; las reglas son normas que exigen algo en forma definitiva y “se las cumple o incumple”²⁸. En cambio, los principios son mandatos de optimización que exigirían que se concreticen “en la mayor medida que sea posible dadas las posibilidades jurídicas y fácticas”²⁹. Los principios ordenan optimizar³⁰, o son exigencias de optimización, punto en el cual Alexy se aparta de Dworkin.

²⁷ Ver DWORKIN, Ronald (1978), *The Model of Rules*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 35, Iss. 1, ps. 14-46, esp. ps. 25-26. Disponible en <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3/> (último acceso: 10-4-2022).

²⁸ ALEXY, Robert (2010), *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, p. 48; (1998), *Derecho y razón práctica*, 2ª ed. en castellano, trad. de Manuel Atienza, Fontamara, México, p. 9, con mención de Dworkin, y p. 25; (2014), *Constitutional Rights and Proportionality*, en *Revus*, 22, ps. 51-65, esp. p. 52. Disponible en <https://journals.openedition.org/revus/2783> (último acceso: 10-4-2022).

²⁹ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* cit., p. 47; *Derecho y razón práctica* cit., ps. 9-10; *Constitutional Rights and Proportionality* cit., ps. 51-65, esp. p. 52.

³⁰ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* cit., ps. 47-48; *Derecho y razón práctica* cit., p. 25. Ver, asimismo, CIANCIARDO, Juan (2013), *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*, en *Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México. Disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf030009-cianciardo-principios_reglas_una_aproximacion.htm?bsrc=ci (último acceso: 10-4-2022), donde explica, con toda claridad, que una norma que trasunte un principio “puede ser llevada a cabo en más o en menos, es decir, admite distintos niveles de cumplimiento (o

En el terreno de las reglas, estimo, quedaría la “regla expresa de Derecho”, que permite verificar si se concretaron las condiciones a efectos de concluir en los efectos, con lo que se verificará una decisión de cumplir u omitir cumplir esa regla. En cambio, el “mandato jurídico indeterminado” parecería pertenecer a la provincia de los principios.

La caracterización que efectúo se basa en una exclusión: Alexy enseña que los principios –sólo los principios, y no las reglas– “pueden y deben ser ponderados”³¹. Así, los principios –a diferencia de las reglas– quedan siempre sujetos a ponderación.

d.2) *Aplicación*

Por ende, mientras que en el campo de las reglas morarían los mandatos de reglas expresas de Derecho, siguiendo la terminología de la Corte Suprema en “Coihue”, en el campo de los principios quedarían los mandatos jurídicos indeterminados; ello, en razón de que la jurisprudencia reseñada establece que, en el caso de estos últimos, se debe llevar adelante una ponderación. En efecto, dijo la Corte Suprema, en “Coihue”, que, cuando media “un mandato jurídico indeterminado”, corresponde “ponderar por un juicio estricto...” Por ende, la Corte Suprema vincula la operación de ponderación, propia de los principios, según los juristas citados, al mandato jurídico indeterminado. “Ponderar”, en este contexto, significará que se está ante principios, y no ante reglas³², y lo que será pasible de ponderación es, en la especie, el mandato jurídico indeterminado.

Esa operación de ponderación, balance u operación de sopesar, que opera sobre bases aristotélicas en punto a la razonabilidad propia de

de incumplimiento). Lo que la norma ordena es que sea observado en la mayor medida posible, en otras palabras, que sea optimizada”.

³¹ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* cit., p. 50; *Derecho y razón práctica* cit., p. 25.

³² LORENZETTI, Ricardo L. (2002), *La discrecionalidad del juez en el marco de la legislación por cláusulas generales y los límites constitucionales*, en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, N° 55, ps. 155-280, esp. p. 170, con cita de ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084968.pdf> (último acceso: 10-4-2022): “En cambio, cuando se trata de principios y valores, no hay opción, sino ponderación”.

ella y a la labor de fundamentación involucrada, cobra renovados bríos en el *test* tripartito de “Coihue”. Éste, como enseña la Corte Suprema, comprenderá ponderar, sopesar o balancear, en forma estricta, los “medios de que dispone el servicio”, el “lazo que une a la víctima con éste” y el “grado de previsibilidad del daño”. Ello, al menos, en el plano hipotético; enseguida veremos cómo operaría esta matriz en el plano de un texto constitucional como el que nos ocupa.

e) *El supuesto del artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional (I)*

A partir de lo desarrollado precedentemente, podemos tender la mirada hacia el texto de la Constitución, e indagar en la cuestión de si podrían verificarse, a la luz de las atribuciones que la misma consagra a favor del Congreso de la Nación, omisiones; en especial, omisiones en torno al artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional. Dicho inciso establece: “Corresponde al Congreso [...] Proveer lo conducente [...] a la defensa del valor de la moneda...” ¿Establece este inciso una regla, o un principio? ¿Permite su texto inferir una regla de cumplimiento “a todo o nada”, o trae aparejado una orden de optimizar o exigencia de optimización?

Entiendo que una lectura del inciso en cuestión en lo relativo a la defensa del valor de la moneda impide su consideración como regla, por lo que resultaría procedente –siquiera provisionalmente– su caracterización como principio. Ello pues:

Primero, el inciso no establece que corresponde al Congreso defender el valor de la moneda tal que –a modo de ilustración– un peso valga invariablemente tanto o cuanto, o defenderlo tal que sólo se aumente la oferta monetaria cuando medie genuino ingreso de capitales para respaldar ese aumento en tal o cual *ratio*, entre muchas otras posibilidades, que tributarían textualmente a la posibilidad de que se cumpla o incumpla el respectivo mandato contenido en la norma.

Segundo, el texto establece que la rama legislativa proveerá a algo, es decir, suministrará o facilitará lo necesario o conveniente para un fin³³. Lo que sería provisto, suministrado o facilitado, tendría que ser,

³³ Real Academia Española (2022), voz “proveer”, en *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en <https://dle.rae.es/proveer> (último acceso: 10-4-2022).

asimismo, conducente a algo; ese algo sería el fin u objetivo de defender el valor de la moneda. Como puede verse, la defensa de ese valor podría ser llevada a cabo mediante decisiones que apuntarían a defenderla más o defenderla menos. Ello, en tanto un principio "admite distintos niveles de cumplimiento (o de incumplimiento)", siguiendo las palabras de Cianciardo³⁴. Se podría suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para esa defensa en distintos grados; lo facilitado o provisto podría ser menos o más conducente; la defensa en sí misma del valor podría ser menos o más aguerrida o menos o más efectiva, entre otros muchos supuestos. De tal modo, el inciso en cuestión vendría a ser pasible de ser observado por el Congreso "en la mayor medida posible" a los fines de la optimización del mismo. Pero no sería una regla de cumplimiento a todo o nada, sino un objetivo que ordena la optimización de la defensa de ese valor.

Tercero, distinto sería el supuesto de que mediara, como implementación o reglamentación del citado inciso 19, una ley que estableciera: (i) cuánto vale un peso; (ii) cuál es el tipo de cambio en relación con cierta divisa extranjera; (iii) el obligatorio respaldo de cada peso circulante mediante divisa extranjera al tipo de cambio establecido con prohibición de nuevas emisiones si no se incorpora al sistema divisa extranjera en la cantidad suficiente para mantener el respaldo de cada peso circulante. En este supuesto, la emisión que incumpliera esos recaudos no sería una omisión de un principio como el establecido en el inciso 19, sino, más específicamente, omisión de cumplimiento de un mandato determinado emergente de la regla contenida en la ley propuesta.

Lo expresado marcaría la suerte en el plano de la configuración de la omisión estatal. Ya no estaríamos ante un mandato o deber determinado cumplible o incumplible "a todo o nada", sino ante un principio o estándar pasible de distintos niveles de cumplimiento o incumplimiento.

En el plano teórico, si el principio fijado en el artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional, quedara en colisión con otro —como ser el de inviolabilidad de la propiedad, artículo 17, Constitución Nacional en

³⁴ Ver CIANCIARDO, *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción cit.*

todo lo allí no reglado³⁵—, ello exigiría, por hallarse principios —y no reglas— en juego, el estricto juicio de ponderación que establece la jurisprudencia repasada. Similar razonamiento podría aplicarse si aquel inciso colisionara con el valor “bienestar” del artículo 75, inciso 18, Constitución Nacional, entre otros supuestos.

Ahora, ¿podría mantenerse esta preliminar conclusión después de efectuado el estricto juicio de ponderación? Veamos:

e.1) *El supuesto del artículo 75, inciso 19,
Constitución Nacional (II)*

En el marco de dicho estricto juicio, e imaginando que fuera posible, por vía de hipótesis, una *faut de service* legislativa bajo la manda del inciso 19 en lo relativo a proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda, habría que considerar: (i) los medios de los que dispone el Congreso proveedor de un teórico “servicio” legislativo (quien podría sancionar leyes que en menor o mayor medida incentivarán la inmigración de capitales hábiles para sostener y revalorizar el *peso* circulante, en lugar de ahuyentarlos —art. 75, inc. 18, Const. Nac.—; quien podría sancionar leyes tendientes, en menor o mayor medida, al orden —art. 23, Const. Nac.—, entre otros supuestos); (ii) el eventual vínculo que uniría al Congreso con las víctimas de que no se provea lo conducente a la defensa del valor

³⁵ Si bien ello depararía un análisis por separado, entiendo que la inviolabilidad de la propiedad también es pasible de cumplimiento en grados o niveles diversos salvo en lo específicamente reglado en el art. 17, Const. Nac., es decir, salvo en lo relativo a la privación de la propiedad mediando declaración de utilidad pública y justa indemnización en el marco de una expropiación.

Los mecanismos de intervención estatal, bajo las muchas formas que adquiere, me permiten detectar niveles de afectación, con lo que la inviolabilidad de la propiedad (en el sentido indicado) sería pasible de ser optimizada, y ello se explicaría en los distintos niveles de presión tributaria a lo largo de la historia; las diversas apreciaciones sobre niveles de confiscatoriedad de la imposición; las variables extensiones temporales de las declaraciones de emergencia económica y sus efectos sobre los derechos de propiedad; entre otros muchos supuestos. Por cierto, la caracterización como principio, en punto a la inviolabilidad de la propiedad, implica, en la concepción de Alexy, cumplimiento o incumplimiento en niveles diversos, pero por definición implica un mandato de “optimizar,” es decir, lo opuesto de empeorar o desmejorar.

de la moneda, vínculo que hipotéticamente uniría al Congreso con casi todos los habitantes del país, y (iii) el grado de previsibilidad del daño a la propiedad que originaría el no proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda.

Al menos el segundo extremo –verbigracia, la generalización de vínculo para alcanzar a casi toda la población– debilitaría la argumentación y fulminaría el juicio de ponderación. Ello pues el objetivo de proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda, no estaría ya en el terreno de los principios o mandatos de optimización, sino parcialmente, fuera de él, y dentro de la arena de las políticas. De tal modo, el proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda no sería ni regla ni principio en la tradición de Alexy y Dworkin. Volveré sobre ello en la sección IV, *infra*.

f) *Síntesis*

En síntesis, entiendo que, desde una visión preliminar, el artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional, podría resultar pasible de ser calificado como principio en la terminología de Dworkin y Alexy. Sin embargo, el juicio de ponderación estricta aplicable a los principios sería una operación intelectual que pondría en evidencia que tal propuesta tiene que ser rechazada: ello, en virtud de la injerencia del elemento de política derivado de la generalización del efecto (menoscabo a la propiedad) y de la imposibilidad de determinar la relación jurídica individualizada entre la víctima y quien genera el daño. Por ende, la manda al legislador que motiva estas líneas no será regla ni principio, acercándose a la calificación de política, emanada del constituyente.

III. Una visión desde la distinción entre atribución, facultad y competencia

Abandonando el terreno de la argumentación, y asumiendo un punto de vista más normativista, el deber normativo, a efectos de una eventual responsabilidad estatal por omisión, bien puede ser impuesto “por la Constitución, la ley o el reglamento”³⁶.

³⁶ ROSATTI, Horario (2014), *Análisis exegético de la ley 26.944*, en ROSATTI,

Asimismo, la doctrina se ha referido al inciso 19, en el sentido de que conjuga:

...un haz de principios fundamentales [...] que irradia su fuerza normativa a todo el resto de la Constitución y del ordenamiento jurídico [...] Estos principios constitucionales son auténticas normas jurídicas, directamente aplicables, que vinculan a todos los poderes públicos del Estado a la hora de interpretar el alcance del resto de las normas constitucionales, así como de la legislación³⁷.

Empero, también podría argüirse que el artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional, consagra una mera atribución o facultad congresional, de ejercicio potestativo por parte del Congreso. Se trataría de lo que el Congreso puede o podría hacer, pero no de lo que el Congreso debe o debería hacer. A efectos de la configuración de la responsabilidad estatal por omisión, ello resultaría fatal pues no podría haber deber emergente del no deber o deber emergente del facultamiento o habilitación.

Veamos, entonces, lo relativo a la naturaleza del inciso que nos ocupa, a fin de elaborar conclusiones sobre esta aparente divergencia.

a) *Atribución como mera facultad*

Sostendría esta interpretación cierta jurisprudencia en la que hallamos a ambos términos –atribución y facultad– empleados como sinónimos³⁸.

Horario (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, con la colaboración de Gisella Zingaretti, ps. 497-635, esp. p. 545.

³⁷ QUIROGA LAVIÉ, Humberto (2012), *Constitución de la Nación Argentina*, 5ª ed. act., Zavallá, Buenos Aires, p. 435.

³⁸ Ver, por ej., "Caffarena, José c/Banco Argentino del Rosario de Santa Fe por conversión de billetes", del 21-9-1871, *Fallos*: 10:427, consid. 1º en p. 343: "Primero, atribución exclusiva del Congreso..." "Otero, Emilio c/Provincia de Córdoba por cobro ejecutivo de pesos", del 9-10-1894, *Fallos*: 57:337, esp. consid. 11, en p. 340: "Unprovincias no pueden alterarlo una vez que aquél ha ejercido esa facultad..."

En similar sentido, "Brambilla, Miguel Ángel s/Regulación de honorarios", del 19-5-2009, *Fallos*: 332:1118, del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema, esp. sección IV: "La Constitución Nacional expresamente confiere al Estado Nacional la facultad de dictar la legislación civil [...] Tal atribución comprende..."

Así las cosas, en el caso de las atribuciones del Congreso en el artículo 75, Constitución Nacional, y en especial en su inciso 19, no estaríamos ante una competencia de ejercicio mandatorio o ante un deber, sino ante una mera facultad.

b) *Atribución como obligación de hacer*

Sin embargo, la práctica jurisprudencial ha diferenciado entre atribución y facultad, con base en la idea de obligación. Desde esta perspectiva, la mera facultad implicaría que asiste, al órgano, un “poder hacer”; en cambio, la atribución depararía “obligación de hacer”³⁹. En similar sentido, en el marco de la responsabilidad estatal por omisión se ha aludido a “conducta obligatoria” que el Estado haya dejado de realizar⁴⁰.

c) *Competencia como haz de atribuciones*

En sentido concordante, se ha conceptualizado a la competencia como aptitud legal de obrar, compuesta –al menos– por atribuciones⁴¹.

³⁹ E.280.XLIV, REX, “Establecimiento Liniers SA c/EN. Ley 26.095. Ministerio de Planificación. Res. 2008/2006 s/Amparo. Ley 16.986”, del 11-6-2013, no publicado en *Fallos*, esp. sección VI del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema: “No resulta sobreabundante recordar que la potestad del Estado de fijar y aprobar las tarifas ha sido reconocida por la doctrina de la Corte al sostener que ‘En todo régimen de prestación indirecta de tales servicios –es decir, por intermedio de concesionarios–, las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por la ley, o como en el caso de autos, bajo la forma contractual. Naturalmente que el Estado –*lato sensu*– dispone al respecto de una atribución y no de una mera facultad; o dicho en otros términos, al par que le asiste el poder para hacerlo le incumbe la obligación de hacerlo’ (*Fallos*: 262:555, considerando 10)”.

⁴⁰ ROSATTI, *Análisis exegético de la ley 26.944* cit., ps. 497-635, esp. p. 545.

⁴¹ “Facultad de Ciencias Médicas (UNLP) c/Universidad Nacional de La Plata s/Nulidad de actos administrativos”, del 21-10-2008, *Fallos*: 331:2257, dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema, esp. sección VI: “Habiendo da cuenta de lo expresado y en atención a lo dispuesto expresamente por el art. 76, inc. 19, del Estatuto Universitario, estimo que, al dictar las normas que la actora ha puesto en tela de juicio en el *sub lite*, el Consejo [...] incurrió en un exceso de las atribuciones constitutivas de su aptitud legal de obrar...”

A su vez, la doctrina ha definido a la competencia como círculo de atribuciones legales de un órgano⁴².

Considerando la jurisprudencia que entiende que atribución involucra “obligación de hacer”⁴³, “competencia” sería, hipotéticamente, haz de obligaciones de hacer.

De ello se colegiría que, en principio, cuando estamos ante atribuciones del Congreso del artículo 75, Constitución Nacional, estaríamos, en rigor, ante competencias de dicho órgano. Como tales, dichas competencias serán de ejercicio obligatorio⁴⁴.

c.1) Competencia de ejercicio obligatorio

Si se está ante una competencia de ejercicio obligatorio, la respectiva atribución, fijada en la Constitución, depararía un “deber” por parte del órgano. ¿Qué acarrearía ello? Que la atribución o competencia establecida en la norma engendre un deber, deber que, en tanto jurídico, y desde una visión normativista, sería el reverso material de un derecho subjetivo⁴⁵. Si se compartiere tal tesitura, resultará ilustrativa la posición de Hohfeld.

⁴² Conf. MARIENHOFF, Miguel S. (1990), *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, ps. 569 y ss., esp. p. 571: “...constituye una obligación del órgano”.

⁴³ E.280.XLIV, REX, “Establecimiento Liniers SA c/EN. Ley 26.095. Ministerio de Planificación. Res. 2008/2006 s/Amparo. Ley 16.986”, del 11-6-2013, no publicado en *Fallos*, esp. sección VI del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema: “No resulta sobreabundante recordar que la potestad del Estado de fijar y aprobar las tarifas ha sido reconocida por la doctrina de la Corte al sostener que ‘En todo régimen de prestación indirecta de tales servicios –es decir, por intermedio de concesionarios–, las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por la ley, o como en el caso de autos, bajo la forma contractual. Naturalmente que el Estado –lato sensu– dispone al respecto de una atribución y no de una mera facultad; o dicho en otros términos, al par que le asiste el poder para hacerlo le incumbe la obligación de hacerlo’ (*Fallos*: 262:555, considerando 10)”.

⁴⁴ Arg. ley 19.549 (B. O. del 27-4-72), art. 3º.

⁴⁵ Ampliar en RECASENS SICHES, Luis (1978), *Tratado general de filosofía del Derecho*, 6ª ed., Porrúa, México, ps. 235-236. Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis (1979), *Filosofía del Derecho*, 5ª ed. rev. y aument., Bosch, Barcelona, p. 735, para quien el correlato de la idea de deber jurídico es el Derecho estatutario, mientras que el derecho subjetivo en sentido técnico es el correlato de la obligación.

Según Hohfeld⁴⁶, un deber (o *duty*) se relaciona con un derecho (en el sentido de *right* o *claim*) y con ello significa que el deber se relaciona con la habilidad para reclamar por el respectivo derecho nacido del deber incumplido. En este escenario, se accionaría, o se reclamaría, por ese derecho subjetivo, ante el no cumplimiento de un deber⁴⁷.

A similar conclusión podría arribarse con base en la idea de “facultad” si se adoptara la doctrina que ha entendido que la misma se encuentra asociada a la noción de competencia⁴⁸. Similar conclusión se alcanzaría también en tanto se ha vinculado deber con “obligación jurídica”⁴⁹ y ello resultaría relevante pues el derecho subjetivo, entre otras acepciones, será la facultad de accionar con motivo del incumplimiento de una obligación⁵⁰. Volveré sobre ello en la sección IV.

c.2) Competencia de ejercicio obligatorio y criterios de oportunidad

Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que, aun cuando se podría

⁴⁶ HOHFELD, Wesley Newcomb (1919), *Fundamental Legal Concepts*, Yale University Press, New Haven y London, edición de The Lawbook Exchange de 2010, p. 36. Puede ampliarse en PEÑA FREIRE, Antonio Manuel (2009), *Cinco teorías sobre el concepto de los derechos*, en *Doxa*, N° 32, ps. 665-686, esp. ps. 666-667.

⁴⁷ Otra doctrina efectúa distinciones que, sin embargo, fulminarían la vinculación entre *duty* y *claim right*. Ver LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho* cit., p. 735, para quien derecho subjetivo es correlato de la obligación.

⁴⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando (1986), *El Derecho y la ciencia del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, esp. p. 63. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/923/5.pdf> (último acceso: 10-4-2022): “En el Derecho Público la noción de facultad se encuentra asociada a la noción de competencia, competencia material, que se identifica con las facultades del órgano...” En este sentido, ver “Sabella, Alberto”, del 28-11-78, *Fallos*: 300:1204, voto del Dr. Rossi, esp. p. 1211.

⁴⁹ BOUVIER, Hernán G. (2015), *Obligación jurídica*, en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*, vol. 2, ps. 1123-1145, esp. N° 8. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/10.pdf> (último acceso: 10-4-2022). En este sentido, ver “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense SE) y otros s/Daños y perjuicios”, del 6-3-2007, *Fallos*: 330:563, consid. 6°: “...deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente...”

⁵⁰ KELSEN, Hans (1967), *Pure Theory of Law*, Max Knight (transl.), University of California Press, Berkeley y Los Angeles, p. 134. Puede ampliarse en GUIBOURG, Ricardo A. (1999), *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, p. 98.

arribar al carácter obligatorio del ejercicio de la atribución de la competencia congresional que motiva estas líneas, habría que diferenciar obligatoriedad o carácter mandatorio del ejercicio de la misma, de otros aspectos involucrados, y entre ellos se destacaría lo que denominamos "oportunidad".

El órgano, no obstante estar obligado a ejercer su competencia⁵¹, podría elegir o disponer, por ejemplo, cuándo ejercerla⁵². Esta decisión, relativa a cuándo ejercer su competencia, podría originarse en su percepción de extremos políticos, sociales, etcétera; en la especie, la detecto como vinculada a la denominada "coyuntura económica"⁵³. Incluso, hipotéticamente, podría elegir ejercerla o no, y con ello la competencia devendría de franco carácter potestativo hasta tanto sea ejercida.

Un claro ejemplo de ejercicio de una competencia —de carácter teóricamente obligatorio— devenida competencia de mero ejercicio potestativo sería la implementación del juicio por jurados de los artículos 24, 75, inciso 12, y 118 de la Constitución Nacional. La oportunidad —en rigor, la apreciación de la oportunidad— del legislador trasunta una visión o perspectiva general e indeterminada con relación a los particulares⁵⁴, y, en punto a los medios empleados, se hallaría sujeta al recaudo de razonabilidad⁵⁵, aunque más de un siglo para tal implementación no parecería ser un plazo razonable.

⁵¹ Arg. ley 19.549, art. 3º.

⁵² Cfr. SAGÜÉS, *Derecho Constitucional* cit., 3. *Estatuto de los derechos*, p. 730, quien señala que las facultades pueden o no ejercitarse según sano arbitrio y pautas de razonabilidad (como ser: decretar honores o conceder amnistías), al tiempo que las atribuciones son de ejercicio forzoso (como ser: fijar el presupuesto anual).

⁵³ Ver "Banco de Río Negro y Neuquén SA", del 19-11-81, *Fallos*: 303:1776, dictamen de la Procuración General, esp. sección III, al que remitió la Corte Suprema en su consid. 3º.

⁵⁴ "Sesma, Laura Judith y su acumulado s/Acción declarativa de inconstitucionalidad", del 5-8-2003, *Fallos*: 326:2612, disidencia del Dr. Vázquez.

⁵⁵ "Bank Boston NA c/Jane, Javier Esteban s/Ejecución hipotecaria", del 10-11-2009, *Fallos*: 332:2468, del dictamen de la Procuración General, al que la Corte Suprema remite; "Galli, Hugo Gabriel y otro c/PEN, ley 25.561, decs. 1570/2001 y 214/2002 s/Amparo sobre ley 25.561", del 5-4-2005, *Fallos*: 328:690, del dictamen de la Procuración General al que la Corte Suprema remite; "Bustos, Alberto Roque y otros c/EN y otros s/Amparo", del 26-10-2004, *Fallos*: 327:4495.

En materia de proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda, y en lo relativo a la respectiva competencia congresional, los criterios de oportunidad para soslayar esa manda podrían ilustrarse mediante las modificaciones, de 2012, a la Ley 24.144 de Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina. Si bien desde 1853, la competencia para sellar la moneda es del Congreso, el cual crea al Banco encargado de la emisión (art. 75, incs. 6° y 11, Const. Nac.) como delegatario suyo⁵⁶, en 2012 se “ató” la estabilidad monetaria a las políticas establecidas por el gobierno nacional⁵⁷. Es sabido que dicha entidad autárquica se halla a cargo de la regulación de la oferta monetaria, es decir, de la cantidad de dinero que circula⁵⁸, y, en un mercado, una sobreoferta de un producto provoca disminución del valor del mismo. La omisión del cumplimiento de la manda emergente del inciso 19 del artículo 76, Constitución Nacional, se concretó —entendiendo— en ocasión de aquella modificación legislativa, que vinculó la oferta monetaria a criterios de oportunidad de tenor político.

d) *Síntesis*

En síntesis, puede calificarse a la atribución emergente del artículo 75, inciso 19, Constitución Nacional, como competencia, de ejercicio obligatorio, pero sujeta, en su faz potestativa, a criterios de oportunidad vinculables a decisiones políticas.

IV. ¿Emerge del artículo 75, inciso 19, un derecho subjetivo exigible cuyo no cumplimiento engendre deber de indemnizar?

Ya vimos que el artículo 3° de la ley 26.944, a diferencia de la jurisprudencia reseñada, se apoya, a efectos de la omisión, en el “deber”, que tendrá que ser: normativo, de actuación (estatal), expreso y de-

⁵⁶ DALLA VIA, *Derecho Constitucional Económico* cit., p. 579. En igual sentido, SACRISTÁN, Estela B. (2020), *El Poder Ejecutivo y la independencia del Banco Central de la República Argentina en materia de moneda*, en *Revista de Derecho Público*, N° 2020-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 161-212, esp. ps. 181-189.

⁵⁷ Ley 24.144 (B. O. del 22-10-92), art. 3°.

⁵⁸ Ley 24.144 (B. O. del 22-10-92), art. 4°, inc. b.

terminado. Vimos que la fuente de ese deber puede ser la Constitución. En el marco de la diferenciación jurisprudencial entre “inobservancia a un mandato de una regla expresa de derecho” e inobservancia de “un mandato jurídico indeterminado, en cuyo caso se debe ponderar, por un juicio estricto...”, y luego de relacionarse esa diferenciación con la distinción entre reglas y principios de la tradición Dworkin-Alexy, se pudo concluir en el carácter de principio de la manda del artículo 75, inciso 18, Constitución Nacional, en lo relativo a la atribución del Congreso de proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda. Los principios, en tanto necesariamente requirentes de un juicio de ponderación (centrado en la fundamentación, aplicándose la razonabilidad), trajeron involucrado un elemento que vedaría la injerencia judicial: la generalidad de los efectos de la omisión de cumplimiento de la citada atribución constitucional. Es que se está no ante una regla o un principio sino ante una política estatal. Tengamos presente, en este punto, que las medidas de política monetaria involucran “vastos intereses económicos y sociales”⁵⁹. En otras palabras, nadie podría escaparse de los efectos de que no se provea lo conducente a la defensa del valor de la moneda.

A su vez, el análisis con base en la naturaleza del texto correspondiente al artículo 75, inciso 19, en el específico aspecto abordado, conllevó –sin perjuicio de la caracterización como facultad, obligación de hacer, o competencia de ejercicio obligatorio– enfrentar un componente de oportunidad, asociable a apreciaciones de coyuntura económica propias de las ramas políticas del gobierno.

De tal modo, el incumplimiento de una manda como la del artículo 75, inciso 19, resultaría inhábil para suscitar responsabilidad estatal por omisión atento a dos extremos: (i) su efectividad, limitada a ser cumplida, por el Estado, en niveles diversos, según las apreciaciones políticas, con lo que no sólo carecería de determinación sino que sería

⁵⁹ Puede verse “Banco Oddone SA y Luis Alberto Oddone c/Banco Central de la República Argentina”, del 27-9-2005, *Fallos*: 328:3518, esp. consid. 16; “Rigo, Roberto A. s/Recurso extraordinario en incidente promovido por Jalil A. Furhad c/Banco Central de la República Argentina”, del 13-2-96, *Fallos*: 319:110, esp. consid. 7º, y su cita de “Banco de Río Negro y Neuquén SA”, del 19-11-81, *Fallos*: 303:1776, dictamen de la Procuración General, esp. sección III, al que remitió la Corte Suprema en su consid. 3º.

inexigible en sede judicial, impidiendo la conformación de un derecho subjetivo, y (ii) caracterizable por su potencialidad para, mediando incumplimiento, generar daños generalizados, que alcanzarán a toda la población, por derivarse de políticas, sin que se originen relaciones jurídicas individualizadas o individualizables.

V. Para concluir

¿Significa el análisis aquí propiciado que la manda de proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda es tan sólo una intención del constituyente, imbuido de la doctrina monetarista, o valorista, de carácter puramente político, de tenor meramente programático, enderezada a fijar objetivos lejanos pero inexigibles, cuya omisión, a lo largo de los años, ninguna reparación depara por lo generalizado de sus efectos? Entiendo que no.

En sentido aristotélico, se elige y se actúa en pos de un fin: el bien de las personas, esto es, que las personas vivan bien. Como se afirmara, con todo tino:

[L]a comunidad política no significa únicamente protección para conservar la vida, sino más aún los bienes de todo tipo que llevan al hombre a poder lograr una vida verdaderamente buena⁶⁰.

Integra ese vivir bien, en el plano individual, un mínimo de seguridad en relación con el valor de la moneda; en el plano del orden económico-social, la estabilidad de ese valor⁶¹.

Por último, recordemos que la responsabilidad es una dimensión ética⁶². Los resultados tangibles, cotidianos, de una política, sobre todo fijada en la Constitución, podrá ser inhábil para engendrar responsabilidad estatal por omisión de cumplimiento de una manda constitucional⁶³. Mas el re-

⁶⁰ RIVAS, Pedro (1996), *Justicia, comunidad, obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la ley*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, p. 318.

⁶¹ MESSNER, Johannes (1965), *Social Ethics. Natural Law in the Western World*, trad. de la 3ª ed. de 1958 por J. J. Doherty, edición revisada, Herder, London, p. 775.

⁶² POLO, Leonardo (2015), *Filosofía y economía*, edición y presentación de Mª. Idoya Zorroza, serie A, vol. XXV, de las Obras completas de Leonardo Polo, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, p. 402.

⁶³ Tengamos en cuenta que no todos los conflictos tienen que tener solución sólo en

sultado, en el plano ético⁶⁴, de una omisión de tal carácter, una vez vencido, podrá motivar la toma de decisión respectiva ante las urnas⁶⁵. Ello, en pos de la ya mencionada ulterior mejora para la comunidad; en la especie, la derivada de que, efectivamente, se vele por el valor de la moneda en nuestro país.

sede judicial. Como enseña SANTIAGO (h), Alfonso (2010), *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid y Barcelona, p. 27, N° 103: “[n]unca puede pretenderse lograr mediante el Derecho la plenitud del bien común: la experiencia muestra incluso que una excesiva ampliación de lo jurídico dificulta el logro de dicha plenitud, pues comprime e inhibe las virtualidades de la libre responsabilidad personal”, con cita textual de MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, José Luis (1994), *Sobre la esencia del Derecho*, Universidad de Oviedo, Oviedo, p. 553.

⁶⁴ Sobre el recaudo de moral exigido en la vida social y política, puede ampliarse en Pontificio Consejo de Justicia y Paz (2005), *Compendio de la doctrina social de la iglesia*, Conferencia Episcopal Argentina, Oficina del Libro, Buenos Aires, en #566, ps. 353-354.

⁶⁵ El concepto emana de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el célebre “Munn vs. Illinois”, 94 US 113 (1876), p. 134: para protegerse ante abusos de las legislaturas, la gente tiene que acudir a las urnas, no a los tribunales (“For protection against abuses by legislatures, the people must resort to the polls, not to the courts”).

2022 - 1

Responsabilidad del Estado - I

Directores

Tomás Hutchinson
Marcela I. Bastera

Consejo de redacción

Carlos María Folco
Daniel A. Sabsay
Adrián Ventura

Secretaria de redacción

Gisela Zingaretti

Secretario de jurisprudencia

Francisco Alberto Fernández

Doctrina

Jurisprudencia

Actualidad



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES