



SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ILEGITIMA EXTRA CONTRACTUAL

FRANCISCO MARIANO SABALUA¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico impuso al Estado el deber de resarcir los daños ocasionados a las personas en su actuación como poder público y por su actividad extracontractual ilegítima recién a partir del fallo Devoto en 1933². Se admitía, con anterioridad, que el Estado fuera declarado responsable cuando actuaba como persona de derecho privado, previa interposición de un reclamo administrativo.

Hasta es precedente judicial el Estado debía prestar su consentimiento para ser llevado a juicio, a través de la *venia legislativa* consagrada por la ley 3952 del año 1900. Sólo se lo podía responsabilizar si previamente el Congreso lo autorizaba.

En el fallo Devoto la Corte Suprema de Justicia de la Nación condenó al Estado a resarcir los daños que ocasionaran sus dependientes en ejercicio u ocasión de la función pública, por aplicación del artículo 1113 del Código Ci-

¹ El autor es Docente e Investigador de la Escuela Superior de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

² CSJN “S.A: Tomás Devoto c/ Gobierno Nacional s/daños y perjuicios”, sentencia del 22/9/1933.

vil. En sus considerandos la Corte afirma que realiza una interpretación y aplicación innovadora del mencionado artículo.

No creemos que los artículos 43 y 1113 del Código Civil sean normas oscuras que hubiesen requerido una interpretación esclarecedora que demoró aproximadamente 52 años.

Por el contrario, la norma que proyecta el deber del Estado de indemnizar por su actividad extracontractual ilegítima nace de la tarea³ de elaboración –y no de interpretación–, que realizaron los jueces integrando a veces una carencia histórica de normas y otras una carencia dikelógica⁴ de las mismas.

1. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE LAS TAREAS DE INTERPRETACIÓN Y ELABORACIÓN DE LA NORMA

Según la teoría trialista los encargados de hacer funcionar las normas desarrollan cuatro tareas bien diferenciadas: interpretación, determinación, elaboración y aplicación.

Es importante distinguir estos cuatro momentos porque “el encargado de hacer funcionar la norma debe ser auténtico, veraz, leal, debe manifestar en que momento interpreta al legislador y cuando elabora él mismo el derecho para el caso concreto. En esa circunstancia no podrá ampararse en la autoridad de la ley, sino que deberá explicitar sus propios fundamentos que lo habiliten para apartarse de la misma...”⁵.

Los momentos más importantes del funcionamiento de las normas son la interpretación “...que consiste...en una comparación entre el sentido actual de

³ Seguimos la Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus desarrollos ulteriores, que cabría denominar actualmente como integrativismo tridimensionalista. En particular las tareas del funcionamiento de la norma, en la dimensión normológica. Puede verse: GOLDSCHMIDT Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6° ed., 5° reimp., Bs. As., Depalma, 1987; “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958; con CIURO CALDANI Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma 1976; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

⁴ La carencia histórica supone la ausencia de norma, mientras la carencia dikelógica refiere la existencia de una norma que es gravemente injusta para el caso considerado. Dikelogía: Ciencia de la Justicia. El nombre proviene de la diosa griega Diké.

⁵ NICOLAU Noemí Lidia; ¿Interpretación o elaboración de normas en materia contractual?, pub. en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, 1986.

la norma conforme lo aprecia la colectividad y la voluntad de su creador en el momento de su creación...y cuya finalidad es la adaptación de la norma a la voluntad de su autor” y la elaboración, que es “...la integración del ordenamiento normativo en los supuestos de carencias de normas”⁶.

2. LOS ARTS. 43 Y 1112 CC. LA CARENCIA DIKELÓGICA DE NORMA

En el fallo Devoto la Corte Nacional impuso al Estado resarcir los daños ocasionados por el incendio de un campo provocado por la negligencia de dos empleados del telégrafo. Allí la Corte sostuvo que en virtud del artículo 1113, correspondía responsabilizar al Estado por los actos ilícitos –en el caso se trato de actos negligentes– de sus dependientes.

Nuestro Código Civil, desde su entrada en vigencia en 1871, y antes de la reforma que introdujo la ley 17.711, carecía de norma alguna de la que pudiera derivarse la responsabilidad del Estado por sus actos o hechos ilícitos⁷. La responsabilidad del Estado carecía en nuestro ordenamiento jurídico de un fundamento normativo propio en tanto no existía una norma que la impusiera⁸.

Regía en aquel tiempo el artículo 43 CC que impedía responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos y cuasidelitos de sus empleados.

Este artículo decía así: “no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.

En relación al elemento literal de la interpretación, la norma no presentaba dificultades. Excluía claramente a las personas jurídicas por los delitos y cuasidelitos de sus empleados.

Asimismo, atendiendo al elemento histórico de la interpretación, y sobre todo en el caso particular del Estado como persona jurídica, cabe resaltar que la voluntad auténtica de Vélez Sarsfield fue la de impedir que el Estado pudiera ser demandado por su actividad extracontractual ilegítima, La nota al antiguo artículo 43 del Código Civil expresa: “...los casos que se citan de justos

⁶ NICOLAU Noemí Lidia; ob cit.

⁷ BIELSA RAFAEL; Responsabilidad del Estado como Poder Administrador, en Jurisprudencia Argentina, 1933, t. 43, pp. 416.

⁸ TRIGO REPRESAS Félix A. y LÓPEZ MESA Marcelo; Tratado de la Responsabilidad Civil, 1º ed., Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 16

castigos a ciudades, municipalidades, etc., han sido o actos del derecho de la guerra, o medidas políticas, que nunca se hubieran sancionado por el Poder Judicial, pues en ellas siempre resultaban castigados muchos inocentes...”. Del resto de la nota se deriva que Vélez sostenía que al ser la voluntad de las personas jurídicas una ficción no corresponde imputarles el dolo o la culpa de sus empleados o administradores.

Y tampoco podría dudarse del significado de la norma atendiendo al elemento sistemático de la interpretación. La responsabilidad en el derecho común era entonces esencialmente subjetiva; se fundaba tradicionalmente en el principio de la culpa y de la imputabilidad y, además, en el daño jurídico⁹. Se trataba de hallar al culpable, porque sólo él debía resarcir¹⁰. El derecho de daños se miraba en aquella época sobre todo desde la óptica del autor del daño, era necesario probar la culpa del dañador. Así en el caso del Estado, al igual que en las demás personas jurídicas, siendo la voluntad una ficción legal, no hay posibilidad que concurren la culpa o el dolo que justifican la imputación de responsabilidad.

Esto variará en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma de la ley 17.711 que introducirá el esquema de la responsabilidad objetiva; y el derecho de daños será visto desde la víctima, sin preguntarse tanto quien es el autor del hecho dañoso sino quien debe soportar el daño. Todo ello basado en razones de solidaridad social y justicia distributiva¹¹.

De la sola *interpretación* no podía entonces concluirse, como lo hizo la Corte en el caso Devoto, que el Estado debía indemnizar los daños ocasionados por sus dependientes en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

En verdad creemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente Devoto, consideró *disvalioso* hacer aplicación del artículo 43 del Código Civil y eximir de responsabilidad al Estado Nacional por los daños ocasionados por dos empleados al producir el incendio del campo. Es decir, que la solución legal era injusta porque obligaba a los propietarios del campo incendiado a cargar con el perjuicio.

Pero, en lugar de reconocer que para apartarse de la solución legal era nece-

⁹ BIELSA Rafael; ob cit.

¹⁰ NICOLAU Noemí Lidia; Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias, Pág. 48.

¹¹ NICOLAU Noemí Lidia, Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias”, Pág. 49.

sario *elaborar o crear* de una norma jurídica nueva, argumentó que era posible *interpretar* el verdadero sentido del artículo 1113 CC.

Tal como vengo diciendo la atribución de responsabilidad al Estado no era posible en éste caso por la mera interpretación de las normas del Código Civil, sino que exigía la elaboración de una norma nueva que solucionara la carencia dikelógica en nuestro ordenamiento.

De igual modo no podía surgir la atribución de responsabilidad del Estado por sus hechos o actos ilícitos del artículo 1112 del Código Civil, ya que éste sólo establece la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Éste artículo dice: “los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones que le están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de éste título”.

La doctrina mayoritariamente, y gran parte de la jurisprudencia, han hecho decir a este artículo lo que no dice. Sostienen que del artículo 1112 del Código Civil surge el factor objetivo de atribución de responsabilidad: *la falta de servicio*¹².

Con acierto Bielsa, en su crítica al fallo Devoto, nos dice “la culpa del funcionario...está establecida expresamente en nuestro Cód. Civil (art. 1112)...pero la responsabilidad del funcionario no es, según el Cód. Civil, la de la Administración Pública. Cuando el funcionario cumple de manera irregular las funciones que le están impuestas, él es responsable y no la Administración Pública”¹³.

Ambos artículos, el 43 y el 1112, respondían a la finalidad del Código Civil, el cual se proponía sistematizar el régimen de las personas y la propiedad atendiendo a su ideología individualista¹⁴.

3. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO POR SU ACTIVIDAD

¹² CASSAGNE Juan Carlos; Derecho Administrativo, 6ª ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1998, T.I., pp. 231; y V. el fallo “Vadell c/ Provincia de Buenos Aires” publicado en la LL de fecha 25-2-85.

¹³ BIELSA Rafael; Responsabilidad del Estado como Poder Administrador, en Jurisprudencia Argentina, 1933, t. 43, pp. 416.

¹⁴ ZORRAQUÍN BECÚ Ricardo; Historia del Derecho Argentino, t. II, 2ª Ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1992, TII, pp. 383.

DAD EXTRACONTRACTUAL ILEGÍTIMA

El estudio del derecho requiere considerar tres dimensiones o despliegues: sociológico, normológico y dikelógico.

La dimensión social del derecho permite descubrir los límites necesarios que enmarcan un reparto¹⁵. Marginalizar del estudio del derecho esta dimensión implicaría ocultar los conflictos sociales o de intereses que intervienen en el surgimiento de las normas, sirviendo tal abstracción a los intereses de los grupos dominantes en una sociedad¹⁶.

Cuando la concepción imperante era la del estado gendarme, y el principio básico de su actuación –estrictamente observado– el de subsidiariedad, el Estado intervenía poco en la vida económica y era agente de una dañosidad menor. En consecuencia, era más fácil para la población aceptar resignadamente la ficción de una actuación perfecta e incuestionable del Estado¹⁷.

En este esquema, que traza una destacable continuidad entre la Monarquía, la revolución francesa y una gran parte del siglo XIX, la superioridad del Estado y la especificidad de sus objetivos, fundados en el interés general, habían justificado una irresponsabilidad casi absoluta: Los eventuales perjuicios causados por el Estado, eran vistos como los riesgos a sufrir por los ciudadanos¹⁸.

El paradigma de la responsabilidad basada en el factor subjetivo de responsabilidad respondía a límites necesarios que venían impuestos por las exigencias del desarrollo del capitalismo. Era necesario asegurar un nivel de industrialización y de acumulación de riqueza lo cual habría sido incompatible con la consagración en este periodo de los factores objetivos de atribución de responsabilidad.

Pero cuando a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, cambia el paradigma y el Estado se vuelve intervencionista, asumiendo la gestión de empresas de todo tipo, introduciéndose cada vez más en la vida económica, generando cada vez mayores riesgos y daños efectivos, la soberanía y la ficción de

¹⁵ CIURO CALDANI Miguel Ángel; Metodología Jurídica, en La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas- Metodología Jurídica, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 2000, pp. 60.

¹⁶ CIURO CALDANI Miguel Ángel; ob cit. pp. 50 y 51.

¹⁷ TRIGO REPRESAS Félix A, y LÓPEZ MESA Marcelo; Tratado de la Responsabilidad Civil, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2004, T. I pp. 5.

¹⁸ TRIGO REPRESAS Félix A. y LÓPEZ MESA Marcelo; ob cit. pp. 6.

que el rey –o el Estado– no podía ser demandado porque no podía equivocarse, pasó rápidamente a ser vista como una antigualla¹⁹.

El cambio de paradigma de actuación del Estado –de gendarme a intervencionista– fue seguido luego por un cambio de la conciencia jurídica acerca de la responsabilidad del Estado.

Es así, que la irresponsabilidad del Estado que antiguamente había sido tenida por obvia y regular, se transformará a fines del siglo XIX en una ocurrencia, que fue rápidamente archivada, para dar paso a la responsabilidad del estado, acotada primero y plena después.

El juez cuando proyecta repartos mediante la sentencia, también es beneficiario –beneficiado o perjudicado– de sus propias decisiones. Se encuentra sujeto a presiones de diversa índole, que constituyen sus límites necesarios.

Fueron estos límites los que impidieron el sostenimiento de la irresponsabilidad del Estado por su actuación como poder público, y por su actividad extrcontractual ilegítima, tal como era voluntad auténtica del Constituyente y del autor del Código.

4. EVOLUCIÓN ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO

En nuestro ordenamiento jurídico, los jueces, mediante una tarea encubierta de elaboración de las normas, so pretexto de interpretarlas, realizaron una integración del ordenamiento jurídico a fin de resolver tanto carencias históricas de normas como carencias dikiológicas²⁰.

Ciuro Caldani explica que “la teoría trialista evidencia que a menudo se disimula la producción de carencias dikiológicas mediante la incorrecta interpretación o aplicación, aunque ésta última suele ser más fácil, porque los hechos son menos conocidos”²¹.

Como dijimos, el art. 43 CC liberaba a la persona jurídica por los delitos y cuasidelitos de sus empleados. La jurisprudencia consideró injusta tal norma y dejó de aplicarla. La ley 17711 convalidó la jurisprudencia²².

En la actualidad el Estado puede ser responsabilizado por la aplicación del

¹⁹ TRIGO REPRESAS Félix A. y LÓPEZ MESA Marcelo; ob cit. pp. 6.

²⁰ CIURO CALDANI Miguel Ángel; ob. cit. pp. 73.

²¹ CIURO CALDANI Miguel Ángel; ob. cit. pp. 50 y 51.

²² GOLDSCHMIDT Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 6º Ed., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1978, pp. 201

art. 1113 del Código Civil conforme ha sido modificado por la reforma de la ley 17711. En tal sentido el Estado, al igual que las demás personas jurídicas, debe resarcir los daños que "...causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado...".

Pero ello es insuficiente para responsabilizarlo por los actos anónimos o derivados del factor de atribución denominado *falta de servicio*.

Se trata de aquellos supuestos como en el fallo Vadell²³ de 1984 en los que es imposible determinar el autor del hecho dañoso y si obró con culpa.

Para Cassagne la falta de servicio implica que no se cumplió "...de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio".

Quienes admiten la falta de servicio como factor autónomo objetivo de atribución de responsabilidad en general encuentran su fundamento normativo en el artículo 1112 CC.

Consideramos, en coincidencia con Gordillo, que ello implica hacer decir al art. 1112 lo que no dice.²⁴

Pero sería igualmente disvalioso dejar sin resarcir los daños ocasionados por el Estado en ésta clase de casos. La solución debe hallarse en la tarea de integración del ordenamiento jurídico.

Nos hallamos ante un supuesto de carencia histórica de normas en tanto no existen normas que resuelvan este problema²⁵. Para este tipo de casos el procedimiento de elaboración de la norma es recurrir a la justicia formal, atendiendo a lo que ya está consagrado en el ordenamiento normativo²⁶.

Mediante este procedimiento, denominado autointegración²⁷, hallamos fundamento normativo para el deber de resarcir en aquellos supuestos en que la responsabilidad sólo podría derivarse de la falta de servicio como factor autónomo de atribución. Tal fundamento se encuentra en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, en tanto consagran la igualdad de los particulares ante

²³ CSJN, Vadell, Jorge F. c/Provincia de Buenos Aires, sentencia del 18/12/1984.

²⁴ GORDILLO Agustín; Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, T. II, pp. XIX.

²⁵ CIURO CALDANI Miguel Ángel; ob. cit. pp. 71.

²⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, ob. cit. pp. 294.

²⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, ob. cit. pp. 71.

las cargas públicas y el derecho de propiedad, respectivamente.

Dejar sin resarcir los daños ocasionados en los casos en que concurre la falta de servicio – aunque no exista de culpa del funcionario ni riesgo de la cosa– importaría para el particular tener que soportar un sacrificio especial contrario la garantía de igualdad ante las cargas públicas. De igual forma, ello implicaría la afectación de derechos subjetivos ingresados al patrimonio de los particulares que conforman el derecho de propiedad reconocido por el artículo 17 de la Constitución Nacional que estatuye la propiedad es inviolable y prohíbe la confiscatoriedad²⁸.

5. CONCLUSIÓN

El jurista debe distinguir, al analizar el funcionamiento de las normas, entre la carencia histórica y la carencia dikelógica; y también diferenciar la interpretación de la elaboración de las normas. Con mayor razón en una temática tan cambiante como es la responsabilidad del Estado, sujeta muy fuertemente a presiones provenientes de influencias humanas difusas, tales como los paradigmas ideológicos que imperan en la sociedad, o incluso intereses económicos de distintos sectores sociales en pugna.

Lo contrario implicaría mantener velado el poder que ejercen los jueces como autores de nuevos repartos que trascienden la mera aplicación de las normas generales en el caso concreto, y ocultar a quiénes se favorecen o perjudican con esas decisiones. Todo reduccionismo será funcional al interés de los que mandan.

Este enfoque permite comprender mejor sentencias como Sánchez Granel²⁹, u otras sobre responsabilidad del Estado que, pese a provenir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, incluso con la misma integración de sus miembros, exteriorizan sentencias disonantes.

Para ello la teoría jurídica trialista se revela como la herramienta mas apta, porque no se circunscribe al estudio de las normas escritas, sino que también

²⁸ CASSAGNE Juan Carlos; *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1998, T.I., pp. 277.

²⁹ En el fallo “Sánchez Granel” de 1984 se propició extender la indemnización alcanzando el lucro cesante para los supuestos de responsabilidad lícita, y casi contemporáneamente en otros fallos como “Motor Once” de 1989 se rechazaba tal alcance del resarcimiento, comparando ambos fallos desde un enfoque trialista se podría ver como juegan también en el surgimiento de las normas pretorianas elementos extranormativos: como podría ser que en un caso se trate de un contratista importante del Estado y en el otro no.

recepiona la realidad social en su comprensión compleja del fenómeno jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

BIELSA, RAFAEL, Responsabilidad del Estado como Poder Administrador, en "Jurisprudencia Argentina", 1933, t. 43, pp. 416.

CASSAGNE, JUAN CARLOS "Derecho Administrativo", 6ª ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1998.

CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho" T III-II, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994.

CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, Metodología Jurídica, en "La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas- Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 2000.

CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, en su obra "Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)" Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 10ª ed. , Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2004.

GOLDSCHMIDT, WERNER, "Introducción Filosófica al Derecho", 6ª Ed., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1978.

GORDILLO, AGUSTÍN, "Tratado de derecho administrativo", 4ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

LASALLE, FERNANDO, "¿Qué es una Constitución?" Trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

NICOLAU, NOEMÍ LIDIA ¿Interpretación o elaboración de normas en materia contractual?, pub. en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social" de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, 1986.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., LÓPEZ MESA, MARCELO "Tratado de la Responsabilidad Civil", 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006.

ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, Historia del Derecho Argentino, t. II, 2ª Ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1992.