

## LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Jorge Luis SALOMONI\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Breve descripción del fundamento de la responsabilidad del Estado en la República Argentina. III. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, en especial la omisiva. IV. Clasificación de la responsabilidad del Estado por omisión. V. El régimen de la responsabilidad del Estado por omisión en su conformación tradicional. VI. El nuevo fundamento de la responsabilidad del Estado por omisión: los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Integración del cuarto elemento que conforma el concepto jurídico de inactividad u omisión. VII. Recepción jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por omisión. VIII. Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado por omisión remite necesariamente al concepto jurídico de inactividad.

Tradicionalmente se ha predicado la existencia de dos elementos que conforman tal concepto jurídico: el material, o sea, la constatación de una situación de pasividad o inercia de la administración, y el formal, que convierte dicha situación en una omisión por infracción a un deber legal de obrar, de actuar y determina su antijuricidad. A ellos se les adiciona un tercer elemento, que caracteriza al concepto de inactividad como un concepto abierto, variable y mutable, como son el propio interés público y la realidad sobre la que se define. La imposibilidad material de

\* Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

actuar por parte de la administración combate la eficacia jurídica del mismo deber legal de obrar, pudiendo llegar incluso a excluirlo.<sup>1</sup>

Ahora bien, desde mi perspectiva, la reforma constitucional de 1994 reintrodujo<sup>2</sup> en la República Argentina al Estado social y democrático de derecho al incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, y con jerarquía constitucional, diversos tratados de derechos humanos que establecieron un sujeto acreedor, la persona humana, y entre otros sujetos deudores fundamentalmente al Estado como garante de la vigencia efectiva de los derechos y, por lo tanto, como principal obligado a una actuación positiva para el logro de tal objetivo.<sup>3</sup> Ello contradijo normativamente, y en un grado prevalente, a las normas legales de la reforma del Estado que pretendieron fundar teóricamente un Estado abstencionista o mínimo.

Por lo tanto, voy a sostener que el tercer elemento mencionado que conforma el concepto jurídico de inactividad cede a su vez ante la presencia de un cuarto elemento, que ha pasado desapercibido por la doctrina y la jurisprudencia, y que designaré, en una primera aproximación, como derecho prevalente, que comprende tanto una faz cualitativa como

<sup>1</sup> Cfr. Gómez Puente, Marcos, *La inactividad de la administración*, Madrid, Aranzadi, pp. 58 y 59. Sobre estas cuestiones de la inactividad del Estado y el deber legal de obrar establecido en el ordenamiento, el recordado profesor argentino Guillermo Muñoz se encargó de demostrar la contradicción existente entre la prédica de la concepción del Estado abstencionista de los años noventa y la teoría de la responsabilidad por omisión exigida por los civilistas y alguna parte de la doctrina administrativista argentina que parecía que referenciaban a la estructura normativa de un Estado social que exige continuamente acciones positivas por parte de ese mismo Estado (cfr. Muñoz, Guillermo, “Responsabilidad del Estado por omisión”, en varios autores, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, p. 89).

<sup>2</sup> La primera Constitución democrática que estableció un Estado social de derecho en la República Argentina fue la sancionada en 1949, que fue derogada, a su vez, por una proclama del gobierno provisional encabezado por las fuerzas armadas del 27 de abril de 1956, que derrocó al gobierno constitucional, reestableciendo la vigencia de la Constitución sancionada en 1853.

<sup>3</sup> Resulta interesante la preocupación expresada por una parte de la doctrina española que sostiene: “Falta un estudio que supere la perspectiva tradicional centrada en las facultades operativas del poder público para detenerse también en las que la administración aparece vinculada, ligada a un comportamiento determinado como sujeto pasivo de un poder, derecho subjetivo o interés de titularidad ajena. Porque, en efecto, también la administración puede quedar sujeta a los poderes jurídicos de terceros. Ese es precisamente el significado, de valor inestimable, del Estado de derecho” (Gómez Puente, Marcos, *op. cit.*, nota 1, p. 68).

cuantitativa. Ese derecho designa a los derechos fundamentales establecidos por los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional) y por la propia norma constitucional. Ello por el orden público internacional de los derechos humanos que prevalece por sobre cualquier otro orden público, fundamentalmente el nacional.

Por ello, y en mi opinión, la omisión de ejercicio del poder de policía estatal no genera responsabilidad, siempre y cuando dicha omisión no origine la lesión de un derecho humano reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional) o por la propia norma constitucional.

Para el desarrollo de mi posición describiré sucintamente el fundamento de la responsabilidad del Estado en la República Argentina, para luego analizar los requisitos para la procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, en especial la omisiva. Posteriormente analizaré brevemente la responsabilidad del Estado por omisión con fundamento en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, para finalmente analizar la evolución de la jurisprudencia de los tribunales judiciales en la materia.

## II. BREVE DESCRIPCIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

El fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina se basa en los antecedentes inmediatos de nuestra Constitución nacional, en su propio texto normativo, en la primera legislación de la organización nacional y en el artículo 1112 del Código Civil, que constituye una norma de derecho público y que es anterior al sistema de responsabilidad del Estado establecido en Francia a partir del famoso *arrêt* “Blanco”<sup>4</sup> del Tribunal de Conflictos, del 8 de febrero de 1873. Esta originalidad se conecta con la introducción temprana de la alocución “servicio público”, en cuanto se adopta el concepto de falta de servicio que se aleja de la culpa,

<sup>4</sup> Long, M. *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9a. ed., París, Editions Sirey, 1990, pp. 15 y ss.

que además genera responsabilidad del Estado.<sup>5</sup> Y en la actualidad se fundamenta en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

### 1. *Primeros antecedentes constitucionales sobre la responsabilidad estatal*

Partiremos del supuesto de que la responsabilidad extracontractual del Estado en la Argentina fue reconocida con anterioridad a nuestra constitución como nación. Juan Bautista Alberdi, inspirador de la Constitución nacional de 1853, insertó en su proyecto de Constitución (1852) varias normas fundamentales en relación con la responsabilidad estatal. Y estos supuestos de responsabilidad como constitutivos del Estado, esto es, como presupuestos para alcanzar el progreso del país.

Sostendremos que el Estado argentino partió de una extraordinaria y desconocida premisa para ese tiempo, y que fuera defendida por Juan Bautista Alberdi. La misma partía del supuesto de que sólo podía existir la nación si a su vez, y previamente, se constituía un Estado que fuera responsable<sup>6</sup> y que, concomitantemente, actuara sobre la sociedad civil promoviendo el progreso, a través de las más variadas actividades: educación, industria, servicios públicos, colonización de tierras públicas, et-

<sup>5</sup> La importancia dada por la más relevante doctrina comparada al mencionado caso, resuelto por el Tribunal de Conflictos francés, puede apreciarse en el siguiente texto: “La decisione ora riportata, nota como «arrêt Blanco», verrà considerata, per tutto il nostro secolo, rivoluzionaria, pietra angolare del diritto amministrativo e suo fondamento. Questo episodio triste segna, dunque, la data di nascita convenzionale del diritto amministrativo” (Cassese, Sabino, *Le basi del diritto amministrativo*, Milán, Garzanti Editore, 1995, p. 12).

<sup>6</sup> “De aquí resulta que constituer o formar un gobierno general es lo mismo que constituer o formar objetos generales de gobierno. En ese sentido, la palabra *constituir el país* quiere decir consolidar, uniformar, nacionalizar ciertos objetos, en cuanto a su régimen de gobierno... Sin la unión de los intereses argentinos, habrá *provincias argentinas*, no República Argentina, ni pueblo argentino: habrá *riojanos, cuyanos, porteños*, etcétera, no *argentinos*. Una provincia en sí es la impotencia misma, y nada hará jamás que no sea provincial, es decir, pequeño, oscuro, miserable, *provincial*, en fin, aunque la provincia se llame Estado. Sólo es grande lo que es nacional o federal... Caminos de hierro, canales puentes, grandes mejoras materiales, empresas de colonización, son cosas superiores a la capacidad de cualquier provincia aislada, por rica que sea”. Alberdi, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, *Obras escogidas*, Buenos Aires, Editorial Luz del Día, 1952, t. I, pp. 121 y 122.

cétera. Esto último fue normatizado en el antiguo artículo 67, inciso 16, de la Constitución nacional.<sup>7</sup> La premisa explicitada fue absolutamente diferente de la que fundó la concepción anglosajona, francesa, española, y cualquier otra concepción emergente en dicho momento histórico.

Así, las normas proyectadas a que me refiero establecieron en el capítulo IV, “Garantías de orden y progreso”, la responsabilidad del presidente, ministros y miembros del Congreso “...por haber dejado sin ejecución las promesas de la Constitución en el término fijado por ella, *por haber comprometido y frustrado el progreso de la República*”.

Increíblemente, se estableció un sistema de responsabilidad del Estado y sus agentes en la norma de derecho público que funda el ordenamiento jurídico: la Constitución. El sistema de responsabilidad del Estado, entonces, estaba conectado a la norma de carácter público que lo contenía. Estas normas no encontraban precedente alguno en el derecho comparado. *Éste es un elemento original del sistema*.

No obstante los constituyentes no haber incorporado el específico sistema de responsabilidad pensado por Alberdi en la norma finalmente sancionada,<sup>8</sup> fue introducida una norma de responsabilidad estatal en la

<sup>7</sup> Artículo 75, inciso 18, de la Constitución reformada en 1994.

<sup>8</sup> La justificación de la no adopción del sistema de responsabilidad propuesto por Alberdi puede encontrarse en la crítica de Sarmiento en sus artículos “Examen crítico de un proyecto de Constitución de la Confederación Argentina por Juan B. Alberdi”, publicados en *La Crónica*, Santiago de Chile, 19 y 26 de noviembre, 3, 10 y 17 de diciembre de 1853. Allí sostuvo que: “En los tribunales ordinarios la ley tiene por intérprete a un juez extraño a los odios, intereses y pasiones que dividen a las partes; en los tribunales políticos el juez está en el banco de los acusadores o con el fiscal. De aquí proviene que en las causas de acusación a un presidente, no deben incluirse sino aquellas como la traición, el cohecho, el peculado, que sean de segura prueba y atraigan la reprobación universal. Un presidente puede vender por un millón de pesos la concesión de una línea de hierro a una compañía o en un conflicto personal celebrar un tratado perjudicial, y es preciso perseguir este crimen, preverlo. ¡Pero estorbar el aumento de la población! ¡Omitir la construcción de vías! Esto es exponerse que a cada cambio de presidencia que traiga al poder un partido contrario, se susciten acusaciones sobre todos los pretextos que la enemiga de los partidos pueda inventar. ¿Diríase que queremos restablecer la irresponsabilidad ministerial, demostrando la imposibilidad de hacerla efectiva? ¡No! Ahí está la espada de Damocles de la historia, mostrando que la responsabilidad es efectiva casi siempre. Ahí está Rosas, consumiendo su existencia de bestia, asilado en un país inadecuado a su ruda organización”. Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios de la Constitución”, *Obras completas*, Universidad Nacional de La Matanza, t. VIII, pp. 257 y 258. Resulta claro que su argumentación desconoció el sistema constitucional propuesto por Alberdi.

Constitución, a través de su artículo 15, que estableció la libertad de los esclavos que aún quedaran al momento de la jura de la misma y el consiguiente derecho de los particulares que se vieran afectados por tal declaración, a las *indemnizaciones correspondientes*.<sup>9</sup>

Como se observa, el mencionado artículo constitucional estableció el primer supuesto de responsabilidad del Estado, y curiosamente se trató de responsabilidad por un actuar lícito del Estado.

Todo ello enmarcado en las premisas fundamentales que constituyeron el ordenamiento constitucional: “La *división de poder* es la primera de las garantías contra el abuso de su ejercicio... La *responsabilidad de los mandatarios* es otro rasgo esencial del gobierno libre... La *publicidad de los actos del poder* es otro rasgo del gobierno libre, como preservativo de sus abusos”.<sup>10</sup>

## 2. Concepción articulada en la primera legislación nacional

La primera ley de responsabilidad del Estado sancionada por la Confederación Argentina data de 1859, y es la Ley núm. 224.<sup>11</sup> Estableció en

Y ello, fundamentalmente, por la negación que sostuvo respecto de la originalidad del Proyecto, y por su ideología de la “copia” de la Constitución estadounidense.

<sup>9</sup> “Artículo 15. En la nación argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”. Resulta claro que la indemnización especial era a favor de los propietarios de los ex esclavos. En igual sentido véase Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, t. II, p. 128.

<sup>10</sup> Alberdi, Juan Bautista, “Bases...”, *cit.*, nota 6, pp. 146 y 147.

<sup>11</sup> “Después de nuestra guerra de la Independencia se puso en manos del Congreso (artículo 67, inciso 6, de la Constitución; artículo 4o., Ley 13; artículo 12, Ley 79; Ley 87, etcétera) y del Poder Ejecutivo (artículo 5o., título XIII, Ley 12, 1853; Ley 73; artículo 4o., Ley 259; artículos 4o. y 10, Ley 629, etcétera) la atención de los reclamos de indemnizaciones hechos por argentinos y extranjeros. Tras atender muchos de éstos, el Congreso sancionó la Ley General de Responsabilidad del Estado, núm. 224 (29 de septiembre de 1859) y las leyes 30 (1862) y 73 (1863). En este régimen legal, el Poder Ejecutivo tenía la facultad de decisión y el deber de dar cuenta al Congreso” (Grau, Armando Emilio, *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, Librería Editora Platenese, 1971, p. 75).

ese momento histórico lo que hoy sería una novedad extraordinaria: la responsabilidad del Estado por los actos u omisiones de los funcionarios públicos legítimamente designados en el principio de la organización nacional. No se distinguía si el acto era lícito o ilícito; solamente se debía constatar un perjuicio. A su vez, el perjuicio ocasionado por un funcionario público hacía responsable directamente al Estado.

Dicha ley prescribió: “Artículo 1o. La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional, no reconoce derecho a indemnización en favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país”.<sup>12</sup>

Cabe destacar que dicha norma no tenía correlato o similitud alguna en ningún ordenamiento jurídico comparado. Esto brinda una primera pauta: en realidad, la concepción de la responsabilidad estatal en nuestro país no se identificaba con el sistema de responsabilidad estatuida por los Estados Unidos, y ello porque, hasta ese momento histórico, el Estado norteamericano no era responsable. Tampoco lo era el inglés ni el francés. Este último tardó veinte años más para responsabilizar al Estado por un servicio ineficiente o mal prestado que causaba un perjuicio, a través del ya mencionado *arrêt Blanco*, resuelto por el Consejo de Estado en febrero de 1873. De ello resulta que la primera vez que se responsabilizó al Estado francés por vía jurisprudencial ocurrió veinte años después del reconocimiento legal de la responsabilidad del Estado en la Argentina.

Ello se conecta a su vez con el origen histórico del régimen jurídico del servicio público. El concepto moderno de servicio público no nació en Francia ni en Alemania ni en otro país europeo, y menos aún en Estados Unidos. Debo señalar que entre 1853 y 1854 se dictaron, tanto en la confederación argentina como en el estado y provincia de Buenos Aires, las primeras leyes del mundo que establecieron el concepto normativo de servicio público.<sup>13</sup> Esto es asombroso. Por un lado, un sistema de responsabilidad estatal inédito para la época y, por el otro, la instauración temprana del concepto de servicio público, a través del plexo normativo. Entonces, ¿cómo es posible que un derecho público tan rico, que tanto tiene que ver con la propia historia y el origen de la Argentina, haya sido

<sup>12</sup> Sanción: 29 de septiembre de 1859. Promulgación: 1o. de octubre de 1859.

<sup>13</sup> Para una ampliación véase Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 136 y ss.

suprimido o desconocido?<sup>14</sup> Existe una explicación histórica sobre la que no voy a abundar. Solamente conviene decir que Sarmiento, Mitre y Vélez Sarsfield produjeron lo que se puede denominar la ruptura de nuestro derecho público para transformarlo en un derecho público angloamericano.<sup>15</sup>

Desde el ámbito del derecho público tenemos una gran disputa con estos tres personajes de nuestra historia. Ello, fundamentalmente, porque me atrevería a sostener que inventaron el sistema de derecho público en la Argentina, más allá de su propio ordenamiento. Esto es, crearon un mito que sustituyó al propio ordenamiento jurídico. Nuestro derecho público, inclusive el emergente de nuestra Constitución —excepto la división de poderes y la primacía de la Constitución—, no tiene origen en el sistema estadounidense de la Constitución de 1787. Sin embargo, Sarmiento, Mitre y Vélez Sarsfield tomaron una determinación que explicitaron de una manera rotunda y efectiva: el derecho público argentino, el derecho constitucional argentino y todas sus normas fundantes constituían una copia textual de la Constitución estadounidense. Esto llevó a que, a partir de 1900, la Corte Suprema argentina, para resolver en todas las cuestiones vinculadas con nuestro derecho público, se remitiera al similar caso fallado por la Corte Suprema estadounidense, ajustándolo al caso que se debatía. Evidentemente no escucharon a Alberdi, quien sostenía la originalidad de la norma constitucional argentina y su diferencia con el derecho angloamericano.

### 3. *Continuidad histórica de la concepción sobre la responsabilidad del Estado en la Argentina: artículo 1112 del Código Civil*

Respecto al estudio del sistema instaurado por el Código Civil, resulta necesario, en primer lugar, conectarlo con los antecedentes constitucio-

<sup>14</sup> No hay que olvidar que: “Sin ir tan lejos, nosotros mismos tenemos leyes de derecho público y privado que cuentan siglos de existencia. En el siglo XIV fueron dadas la *Leyes de Partidas*, que han regido nuestros pueblos americanos desde su fundación, y son seculares también nuestras *Leyes de Indias* y nuestras *Ordenanzas de comercio y de navegación*. Recordemos que, a nuestro modo, hemos tenido un derecho público antiguo”. Alberdi, Juan Bautista, “Bases...”, *cit.*, nota 6, p. 191.

<sup>15</sup> Para una explicación histórica de la sustitución de nuestro sistema de derecho público por el mito del sistema angloamericano véase Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los...*, *cit.*, nota 13.

nales mencionados más arriba, además de la primera legislación nacional, y a partir de todos ellos el sistema de responsabilidad jurídica estatal allí establecido.<sup>16</sup>

### A. Concepción de Constitución y de Ley en Vélez Sarsfield

Quiero dejar sentado, como un *a priori*, que en Vélez Sarsfield, la concepción de la Constitución difería de la concepción de ley. Ello en cuanto a sus fuentes y consecuencias. Hecho que no ha sido suficientemente advertido por la doctrina, tanto civilista como administrativista, sobre todo en relación con la no homogeneidad de dichas concepciones y a las consecuencias disvaliosas de su aplicación indistinta.

Por un lado, la fuente constitucional por excelencia para el gran jurista iusprivatista fue la Constitución angloamericana de 1787. Esta concepción era contrapuesta a la que posteriormente se impuso en Francia con la Revolución de 1789; fundamentalmente en lo atinente al concepto de ley. Para los estadounidenses, la ley estaba supeditada a la Constitución. Al legislador le era atribuida su competencia a través de la misma Constitución, que era expresión de la soberanía del pueblo.

En cambio, la concepción de ley que fue trasladada a nuestro derecho a través del Código Civil proviene del derecho francés y era la de “expresión de la voluntad general”, en los términos de Rousseau, y plasmada a su vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

<sup>16</sup> Cabe señalar que la doctrina iusadministrativa nacional, en su gran mayoría, ha desconocido la importancia del sistema normativo de responsabilidad del Estado instaurado en nuestro país, desde sus más remotos orígenes. Como prueba de ello muy recientemente, y representando a la opinión mayoritaria, se ha dicho que: “Lo primero que ha de notarse —con referencia a la Argentina— es que toda la construcción jurídica elaborada en torno a la responsabilidad estatal procede, en el fondo, de una elaboración jurisprudencial. En efecto, fuera de lo previsto en el artículo 1112 del Código Civil, en relación con la responsabilidad de los funcionarios públicos, no existe legislación que en forma general se ocupe del problema. Ello prueba, una vez más, que la fuerza de los precedentes jurisprudenciales, aun en sistemas como el nuestro, donde no rige el *stare decisis* propio del *Common Law*, es enorme y genera un gran interés en el siguiente pronunciamiento, el que es esperado con similar expectativa a la que despiertan los nuevos rumbos jurisprudenciales en el sistema anglo-americano” (Bianchi, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Estudio sobre los efectos jurídico-patrimoniales de los actos normativos lícitos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, pp. 25 y 26).

dano.<sup>17</sup> Esta concepción traducía el fenomenal cambio de legitimidad del sistema político y jurídico: el contrato social había delegado en el legislador la suma de las soberanías que ostentaban los ciudadanos. Esto es, por arriba de la ley no podía existir un poder legítimo que estableciera la conducta de quien ordena o de quien manda: antes de la Revolución francesa, el monarca, y luego de la misma el Parlamento; esto es, el que expresa la voluntad general a través de la ley.

Por lo tanto, el legislador podía reunir, en un solo cuerpo, la totalidad de la normativa, y además no se pretendía la distinción entre normas de derecho público y privado. Ni ésta era la preocupación, como tampoco existía en dicha concepción de ley la posibilidad lógico formal de reconocer una norma superior a la misma, como fue la concepción estadounidense de la supremacía constitucional.

No es casual, inclusive, que con esta concepción de ley como expresión de la voluntad general donde reside la soberanía —no reside ni en el pueblo ni en la nación sino en la ley, y por ello la mencionada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no era interpretada como norma constitucional a la que debía atenerse el legislador, ya que no podía existir otra norma por encima de la ley—, conjuntamente con el Código de Napoleón, se haya establecido un sistema hermenéutico del mismo como la exégesis: el juez solamente puede decir lo que la letra de la ley dice, y a lo sumo el espíritu del legislador. El juez no puede interferir con la voluntad general, porque en tal caso estaría violando la nueva concepción de soberanía.

Entonces, Vélez toma esta concepción que es bastante contradictoria con la que sostenía de la Constitución, porque en un caso acude a la concepción continental europea, mientras que en el otro a la angloamericana. Esto podría ser un problema de formación en Vélez —y pido disculpas por la herejía— o un problema de intereses. Y digo intereses porque de 1860 a 1880 el único país que exportaba capitales para América del Sur, y fundamentalmente a la Argentina, era Inglaterra. El problema de

<sup>17</sup> “Artículo 6o. *La ley es la expresión de la voluntad general.* Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir, personalmente o por medio de sus representantes, a su formación. Debe ser la misma para todos, sea que proteja a sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos” (Pacheco G., Máximo, *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 51).

Vélez, Mitre y Sarmiento era convencer a los inversores ingleses de que el sistema angloamericano que ellos conocían era idéntico al argentino, y que por ello vinieran a la Argentina convencidos de la seguridad del sistema jurídico. De manera que fue un problema de intereses, muy bien inspirado por otra parte, y así fue como trataron de construir el país.

Se ha dicho sobre el sistema francés que:

La ley por excelencia era entonces el Código, cuyo modelo histórico durante todo el siglo XIX estaría representado por el Código Civil napoleónico. En el Código se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley. Resumámoslas: la voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferenciadamente en todo el territorio del Estado y que se enderezaba a la realización de un proyecto jurídico basado en la razón (la razón de la burguesía liberal, asumida como punto de partida); el carácter deductivo del desarrollo de las normas, *ex principiis derivationes*; la generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud.<sup>18</sup>

Como dije, las consecuencias del enfrentamiento de dos sistemas radicalmente diferentes trajo consecuencias disvaliosas en el ámbito jurídico. Cuando comienza a operarse la responsabilidad del Estado —allá por los años 1864 a 1865—, si se partía de la concepción angloamericana del sistema constitucional, el problema era cómo interpretar el artículo 100 de la Constitución.<sup>19</sup> ¿Qué significaba que el Estado fuera parte en una

<sup>18</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 32.

<sup>19</sup> Un mayoritario sector de la doctrina, y que por supuesto no comparto, ha sostenido que: “Copiando el texto, es indudable que los constituyentes argentinos han querido adoptar con el mismo significado que aquel tenía y que se traduce en los comentarios y la jurisprudencia de los Estados Unidos de la época de su adopción, que muy bien conocían nuestros convencionales. De lo contrario se hubieran apartado del texto y hubieran consignado las excepciones o aclaraciones que considerasen pertinentes para expresar su distinta finalidad, como lo hicieron con otras cláusulas de la Constitución... los antecedentes que resultan de la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos de origen anterior a nuestra carta fundamental son concluyentes para nosotros, pues constituyen su espíritu, y no debe olvidarse que el espíritu forma parte de la Constitución misma como si en ella estuviera expresado. En cuanto a los antecedentes que se refieren a la cuestión que aquí se estudia, es decir, a la demandabilidad del Estado, debe señalarse que son terminantes. Desde los primeros tiempos de su organización constitucional hasta el presente, en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia se ha sostenido categórica y reiteradamente que los Estados Unidos no pueden ser llevados a juicio sin su consentimiento” (Gondra,

controversia? La jurisdicción se abría solamente cuando la nación fuera parte actora, porque cuando era parte demandada no había jurisdicción. ¿Por qué no había jurisdicción? Porque esta jurisdicción necesitaba de una autorización. Allí nace una institución que tampoco existía en ningún lugar del mundo, como fue la venia legislativa para demandar al Estado.<sup>20</sup> Si no se pide al Congreso que sancione una norma individual para que habilite la jurisdicción, no se puede demandar al Estado. ¿Entonces ello significaba que la actividad legislativa únicamente se iba a limitar al dictado de leyes autoritativas para demandar al Estado? Evidentemente no. Se les ocurrió entonces que este mecanismo para demandar al Estado debía sustituirse por el reclamo previo, ante la propia sede administrativa, establecido por la Ley 3.952 de Demandas contra la Nación.<sup>21</sup>

Adviértase un problema que es muy importante. Acción va de la mano de imputación de responsabilidad. Sin embargo, existiendo una norma de responsabilidad general como la Ley núm. 224, la falta de acción impedía la responsabilidad del Estado. Es notable. La norma argentina establecía una responsabilidad amplia del Estado que era aplicable al mo-

Jorge M., *La jurisdicción federal*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 126 y 127).

<sup>20</sup> No hay que olvidar las célebres causas donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Vicente Seste y Antonio Seguich contra el Gobierno Nacional”, Fallos 1:317, sentencia del 26 de septiembre de 1864, dijo: “*Quinto*: Que la jurisprudencia de los Estados-Unidos de Norte-América, que debe servirnos de guía para interpretar nuestra Constitución, reconoce como principio, que el gobierno nacional no puede ser demandado ante los tribunales, y que la cláusula del artículo *tercero*, sección *segunda* de la Constitución de aquella República, que corresponde a la del artículo *cien* de la nuestra, que describiendo los casos a que se extiende la justicia federal, dice ser uno de ellos, *los asuntos en que la nación sea parte*, solamente se refiere a los pleitos en que es parte demandante...”. Y en “El Dr. D. Juan Carlos Gómez, en representación de su hermano Don José Cándido, en demanda contra la Nación”, Fallos: 2:36, sentencia del 1o. de junio de 1865: “*Tercero*: que del sentido que la Suprema Corte ha dado, en el caso que recuerda el procurador fiscal (“Vicente Seste y Antonio Seguich”), a la cláusula constitucional que debe regir el presente, no se sigue que los acreedores de la nación carezcan de medios de hacer valer sus derechos, pudiendo ocurrir al Congreso, que por el inciso *sexto* del artículo *sesenta y siete* está facultado para arreglar el pago de la deuda pública y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia hallarán sus legítimos intereses la misma protección y garantías que en los tribunales de la nación”.

<sup>21</sup> Para una ampliación, véase el excepcional estudio histórico y conceptual de Muñoz, Guillermo A., “El reclamo administrativo previo”, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 583 y ss.

mento de las mencionadas decisiones, ya que aún no se había sancionado el Código Civil; el sistema angloamericano impedía la acción. Esto es algo extraordinario.

### B. *El concepto de ley según la legislación*

Por el imperio de la concepción francesa de ley adoptada por Vélez, el artículo 1112 del Código Civil establece, más allá de su materia propia, la responsabilidad extracontractual del Estado en los siguientes términos: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título”.

En primer lugar, y a los efectos de clarificar la intención del legislador, resulta necesario referirse a las fuentes del artículo en análisis: él surgió de la doctrina enseñada por Aubry y Rau en su *Cours de Droit Civil Français*.<sup>22</sup>

Ellos sostuvieron que: “El Estado representado por los diversos funcionarios y administraciones o entidades públicas es, como todo comitente, responsable de los daños causados por sus empleados, agentes o servidores en el ejercicio de sus funciones o de su servicio”.<sup>23</sup>

Es decir que, en lo que aquí interesa, no distinguieron sobre el ejercicio regular o irregular de las funciones administrativas, sino la verificación de un daño. En ese artículo Vélez se aparta del Código Civil francés y toma la transcrita concepción de Aubry y Rau, porque estaba pensando en una responsabilidad del Estado mucho más allá que la que establecía aquel Código. Esto puede permitir observar una pauta que distingue cuestiones diferentes. El gran litigio entre civilistas y administrativistas es sobre en qué normas y principios basamos la responsabilidad del Estado, y cómo juegan entre sí para actuar esa responsabilidad por su obrar

<sup>22</sup> París, 1871, t. IV, p. 758.

<sup>23</sup> Citado por Mosset Iturraspe, Jorge, “La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo”, en Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto (dirs.), *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro Goldemberg*, Abeledo-Perrot, 1995, p. 771. No obstante la cita transcrita, cabe destacar que la edición del *Tratado* de Aubry y Rau citado por Mosset Iturraspe es la de 1871, cuando Vélez Sársfield debió tener una edición anterior en sus manos, por la fecha de redacción del Código Civil.

licito o ilícito, contractual o extracontractual. Pero es claro que constituyen dos ordenamientos distintos, con principios fundantes diferentes, y su aplicación hace que los resultados sean disímiles.

Ésta es una cuestión que debemos pensar para que esta tesis provisoria que sustento pueda transformarse en definitiva, y demostrar que, según las fuentes que tuvo Vélez en el Código Civil, se estableció un sistema muy diferente al que estaba vigente en el mundo.

En segundo lugar, es dable observar que la norma establece un sistema diferente a todo el sistema civil de responsabilidad, dada la ubicación sistemática del mencionado artículo en el capítulo de los cuasidelitos, que presentaban como elemento subjetivo la culpa (artículo 1109), a contrario del artículo 1112, que prescinde de ella.

Por lo expuesto hasta aquí, y a contrario de lo dicho con anterioridad, voy a sostener que Vélez fue innovador y realmente revolucionario en el campo de la responsabilidad estatal. Probablemente los que interpretaron la norma a la cual voy a referirme ahora no pudieron comprender la magnitud ni las fuentes del artículo 1112 del Código Civil, fundamentalmente porque, creo, no se la contextualizó.

### *C. Norma de derecho administrativo y no civil*

En función de los antecedentes mencionados, sostengo que el artículo 1112 en análisis no es una norma de derecho civil sino de derecho público, instalada, interpolada, en el Código Civil. En segundo lugar, y como se demostrará más abajo, ese artículo fundamenta la responsabilidad objetiva, directa, por acto lícito o ilícito del Estado alcanzando al Poder Ejecutivo, al Poder Judicial y al Poder Legislativo. El principio que funda la responsabilidad del Estado no es, en mi opinión, como sostiene Marienhoff, en la remisión genérica a las normas del sistema constitucional y del ordenamiento jurídico que harían responsable al Estado. Lo que ocurre es que la norma del artículo 1112 no es de derecho civil, sino materialmente administrativa.<sup>24</sup>

Esto significaría cambiar las bases de sustentación del sistema de responsabilidad, que contradice la tradicional doctrina civilista y adminis-

<sup>24</sup> Con otros fundamentos y otros alcances, sostiene la naturaleza pública de la norma en análisis, Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. I, p. 285.

trativista, pero estoy intentando vertebrar un sistema de basamento jurídico de la responsabilidad estatal.

Hace muchos años atrás, cuando Bielsa comentó el caso “Tomás Devoto y Cía. Ltda. S. A. c/ la nación s/daños y perjuicios”,<sup>25</sup> sostuvo su acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto al contenido del fallo, porque hacía responsable al Estado por los hechos que se demandaban, pero el problema que encontraba era que tal responsabilidad se fundamentaba en el Código Civil (artículos 1109 y 1113), y no en normas de derecho administrativo. Sostenía este autor la necesidad de dictar una norma materialmente administrativa que estableciera la responsabilidad del Estado. Con posterioridad, el más alto tribunal invocó los artículos 1112 y 1113, también del Código Civil.<sup>26</sup> Ello motivó que el ilustre iusadministrativista continuara su predica contra los fundamentos de las mencionadas sentencias judiciales.

Por esta falta de conceptualización en el momento que Bielsa se expide, al no percibir que el Código Civil contenía normas administrativas que no pertenecen al derecho civil, concluía que el artículo 1112, por pertenecer al Código Civil, no era una norma que pudiera fundar la responsabilidad del Estado.

Por otra parte, Vélez introdujo varias normas de derecho público dentro del Código Civil; por ejemplo, la determinación de la naturaleza de los bienes de dominio público y privado; las restricciones a la propiedad; la responsabilidad por la irregular prestación de servicios, por hechos u omisiones del funcionario público (contenida en el artículo 1112 del Código Civil).

No hay que olvidar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que: “En ese sentido, cabe recordar que el carácter común de las normas no depende de que se encuentren en uno de los códigos mencionados por el artículo 67, inciso 11, desde que hay numerosas disposiciones que se hallan fuera de ellos y revisten carácter común, así como otras numerosas que se encuentran dentro de esos cuerpos legales y carecen de tal naturaleza”.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Fallos 169:11, del 22 de septiembre de 1933.

<sup>26</sup> Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1966, t. V, pp. 48, 70 y 71.

<sup>27</sup> *In re*: “Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José (suc.)”, del 19 de setiembre de 1960. Voto en disidencia de fundamentos de los doctores Luis Boffi Boggero y Pedro

Cabe destacar que el Código Civil se redactó en 1855, no obstante aprobarse en 1869, lo que confirma la tesis que sostiene la no diferenciación de derechos en cuerpos normativos distintos, sino el imperio de la concepción de la ley como expresión de la voluntad general.

Ello no significa que las normas civiles pueden aplicarse como si no existiera distinción alguna entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad de los particulares.

#### *D. Análisis del artículo 1112 del Código Civil*

El artículo 1112 comprende, en la alocución “funcionario público”, a todo personal dependiente de los tres poderes del Estado. Ello porque establece un principio general no excluyente. Pero el Estado responde en forma directa, ya que puede definirse al órgano como porción o fracción estatal funcional nominada, técnica y definida. Esto es, no existe separación alguna entre Estado y funcionario público.

En mi opinión, no resulta casual que no haya otra mención a los funcionarios públicos en otro artículo del título en análisis del Código Civil, porque en realidad Vélez estaba introduciendo un sistema de responsabilidad distinta de la establecida para las relaciones entre particulares. El artículo 1112 consagra una responsabilidad objetiva, independizada de la voluntad del agente. La no prestación regular del servicio o la falta de prestación hacía instantáneamente responsable al Estado. Es un sistema de responsabilidad diferente al que estaba instaurado en 1870. Se excluye la demostración de la culpa. No se puede probar la falta de culpa, ya que resulta de una transgresión al principio de legalidad. No es objetiva por el riesgo ni por garantía.

A su vez, comprende las acciones y omisiones de esos funcionarios públicos.

Como se vio a través de la intención de los autores tenidos en cuenta por Vélez Sarsfield, el artículo 1112 no quiso distinguir entre actividad lícita o ilícita.

Por ello, cabe preguntarse qué quiso decir Vélez con “irregular”. En esos momentos era muy difícil pensar una alternativa entre el actuar legí-

timo o ilegítimo del Estado, porque no había sistema de responsabilidad estatal; por lo tanto, esa división estaba absolutamente fuera de contexto. Pero si relacionamos esta norma de 1855 —aunque el Código se haya transformado en ley hacia 1870— con la de la Ley 224 de 1859, encontramos que pertenecen a un mismo contexto histórico y conceptual, y perseguían lo mismo. El artículo 1112 buscaba lo que se puede denominar la reparación del perjuicio, independizado de la legalidad o ilegalidad del actuar. El agente cumple una función, e independientemente de que se produzca la acción u omisión irregular, entendiéndose por tal la actuación u omisión legal o ilegal, está produciéndose un perjuicio, y hay que resarcirlo.

Resumiendo, el artículo 1112 del Código Civil argentino comprende:

- a) En la alocución “funcionario público”, a todo personal dependiente de los tres poderes del Estado. Donde la ley no distingue, no puede distinguir el intérprete.
- b) Por un lado, un control de legalidad que pruebe y determine la “manera irregular” del ejercicio de la función pública (o ilegalidad por acción u omisión en el sentido estricto y tradicional del término).
- c) Por otro lado, incluye toda actividad u omisión lícita del Estado que cause perjuicios.
- d) Ello así por la reconstrucción histórica del mencionado artículo, en cuanto puede traducirse “actividad irregular” como actividad generadora de perjuicios. Esto tanto para Vélez Sarsfield, por la concepción imperante en nuestras tierras en la época de redacción del Código, como para las fuentes francesas consultadas por el codificador.
- e) Comprende, asimismo, la actividad reglada y la discrecional.
- f) No puede ser probada la falta de culpa por el demandado.

### III. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO, EN ESPECIAL LA OMISIVA

En este sentido, cabe mencionar que la jurisprudencia tradicional, en nuestro país, a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, exigió los requisitos de procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, en los siguientes términos:

- 1) Daño o perjuicio: lesión a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales. El daño debe ser cierto, evaluable en dinero y subsistente.
- 2) Relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio.
- 3) Posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó: agente, concesionario o delegado.
- 4) A través del caso “Columbia”<sup>28</sup> agregó: la necesaria verificación de la existencia de un daño especial en el afectado, y
- 5) La ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño.

Para el caso de la existencia de una falta de servicio por funcionamiento defectuoso o incorrecto de la administración por omisión deben reunirse, a su vez, tres condiciones:

- a) La existencia de un deber normativamente impuesto de obrar.
- b) El incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa.
- c) Que la actividad que la administración omitió desarrollar era materialmente posible.<sup>29</sup>

#### IV. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

La clasificación tradicional de este tipo de responsabilidad se realiza según la función estatal omisa:

- a) Omisión legislativa, que consiste en la omisión del legislador a un mandato constitucional de legislar.
- b) Omisión administrativa. En este supuesto, la administración pública omite el dictado, a través de los órganos competentes, de regla-

<sup>28</sup> “Columbia S. A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/Banco Central de la República Argentina”, Fallos 315:1026.

<sup>29</sup> Para un desarrollo de estos supuestos véase Bezzi, Ana María, “Responsabilidad del Estado en la provincia de Buenos Aires: el nuevo Código Contencioso Administrativo. Cauce procesal y responsabilidad. Derecho ambiental”, conferencia pronunciada en las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Calafate, Santa Cruz, agosto de 2004.

mentos o de actos administrativos; o por la inactividad material de los mismos órganos.

- c) Omisión judicial, por el incumplimiento de las funciones propias de los jueces.

## V. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN SU CONFORMACIÓN TRADICIONAL

Como se dijo en la introducción al presente, para la concepción comparada, la inactividad es definida a partir de la constatación de una omisión por la administración de toda actividad, jurídica y material, legalmente debida y materialmente posible.<sup>30</sup>

La doctrina española ha establecido una diferencia entre la responsabilidad por inactividad formal y por inactividad material. En el primer caso, bastaría con la ausencia de una resolución legal en plazo y la posibilidad de realizarla. Para la inactividad material se requeriría, asimismo, "...la posición de garante por parte de la administración, la producción de un resultado lesivo y la posibilidad de evitar este resultado mediante la conducta omitida".<sup>31</sup> Por lo tanto, en este último caso y para esta doctrina, lo decisivo no es la existencia de relación causal entre la omisión y el resultado, "...sino la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitar los perjuicios".<sup>32</sup>

La responsabilidad por inactividad formal se produce por un incumplimiento de una norma que produce un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas, y que obliga a la administración a dictar resolución expresa y a notificarla, dentro del plazo establecido, y de acuerdo con el ordenamiento jurídico.<sup>33</sup>

Para Muñoz, la inactividad formal consiste en la pasividad de la administración en el marco del procedimiento; en tanto que la inactividad ma-

<sup>30</sup> Gómez Puente, Marcos, *La inactividad...*, cit., nota 1, p. 59.

<sup>31</sup> Entrena Cuesta, Rafael, "Responsabilidad e inactividad de la administración", en Sosa Wagner, Francisco (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2000, t. I, p. 1224.

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 1225.

terial consiste en la mera pasividad, en el simple no hacer de la administración en el marco de sus competencias ordinarias.<sup>34</sup>

La omisión pura consiste en el sólo no hacer algo determinado, y la comisión por omisión requiere, además, la no evitación de un resultado.<sup>35</sup>

En la omisión simple, ella misma constituye el objeto prohibido por la ley y el omitente debe responder cuando respecto a la obligación legal, el deber de hacer, la ley sanciona la inacción. La omisión en la acción implica una forma de manifestación de la culpa en tanto se omite adoptar la diligencia debida de acuerdo con la naturaleza de la acción encarada, relacionada con las circunstancias de persona, tiempo y lugar (artículo 512 del Código Civil).<sup>36</sup>

La responsabilidad de carácter objetivo no exige la concurrencia de dolo, culpa o negligencia de la administración y sus agentes. El problema que surge en la responsabilidad del Estado por omisión es precisamente el carácter objetivo o subjetivo de este tipo de responsabilidad.

¿Todas las omisiones estatales son capaces de generar responsabilidad? Se ha sostenido que no es posible responsabilizarlo cuando elige, en su presupuesto, priorizar una actividad sobre otra.

En la opinión de Muñoz, no corresponde responsabilizar al Estado por los daños que no son consecuencia de su obrar.

Existe una contradicción entre la exigencia de la Corte sobre la acreditación de una relación causal directa, inmediata y exclusiva (este supuesto es muy contingente en la jurisprudencia) entre el hecho y el daño, y el no hacer que difícilmente pueda ser conectado con un resultado en el mundo externo, ya que, en estos casos, la intervención de causas ajenas a la omisión en la producción del daño es manifiesta.

Por su parte, los que sostienen la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión fundan tal responsabilidad, en primer lugar, por la disposición genérica del artículo 1074<sup>37</sup> y por la disposición específica

<sup>34</sup> Muñoz, Guillermo, "Demandas por omisión", *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, núm. 9, enero-abril de 1999, p. 151.

<sup>35</sup> Cfr. Entrena Cuesta, Rafael, *op. cit.*, nota 31, p. 1222.

<sup>36</sup> Cfr. Abrevaya, Alejandra D., *Responsabilidad civil del Estado. Requisitos. Procedimiento. Ejecución. Casuística*, Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 86.

<sup>37</sup> "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiese la obligación de cumplir el hecho omitido".

ya analizada del artículo 1112, ambos del Código Civil.<sup>38</sup> Para Marienhoff, el mencionado artículo 1112 debe ceder ante el también mencionado artículo 1074, ya que el primero contempla supuestos específicos particulares y específicos de omisiones —falta de servicio—, mientras el segundo comprende cualquier posible comportamiento omisivo, y debe, en su opinión y por lo tanto, considerarse el fundamento formal de la responsabilidad extracontractual del Estado por sus abstenciones.<sup>39</sup> En igual sentido se ha expedido Mertehtikian.<sup>40</sup>

Tan es así que, para Marienhoff, cuando la Constitución nacional hace referencia a la omisión como causa posible de la acción de amparo (artículo 43), “...habla de omisión lesiva, lo que básicamente concuerda con lo dispuesto en el artículo 1074 del Código Civil, en cuanto para considerar responsable al autor de la omisión requiere que ésta responda al incumplimiento de un deber impuesto por la ley”.<sup>41</sup>

En cambio, Gordillo entiende que puede “...haber responsabilidad del Estado en virtud de una omisión en el ejercicio de la función administrativa, en tanto dicha omisión pueda considerarse un ejercicio irregular de la función. Ya no se menciona que deba haber dolo, culpa o negligencia de la persona jurídica que lo cometió”.<sup>42</sup> Entonces, para este autor, la omisión de obrar que puede generar la responsabilidad estatal se encuadra dentro del presupuesto que alude a la falta de servicio que se configura cuando la administración no cumple sino de manera irregular 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 (artículo 1112 del Código Civil). Y esta responsabilidad es objetiva.

En este último supuesto coincide Marienhoff, para quien la responsabilidad emergente del hecho o del acto de omisión o abstención es objeti-

<sup>38</sup> Marienhoff, Miguel S., “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud ‘omisiva’ en el ámbito del derecho público”, *Revista Jurídica El Derecho*, t. 169, p. 1097.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 1108 y 1109.

<sup>40</sup> Mertehtikian, E., *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 252.

<sup>41</sup> Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, nota 38, pp. 1094-1095.

<sup>42</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2: *La defensa del usuario y del administrado*, 6a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, pp. 15 y 16.

va, “...puesto que toma esencialmente en cuenta el incumplimiento del expresado deber, con prescindencia de la culpa”.<sup>43</sup> En cambio, para Mertehikian el artículo 1074 del Código Civil forma parte de un sistema de responsabilidad basado predominantemente en un criterio de atribución subjetiva.<sup>44</sup>

Queda claro que la responsabilidad que pueda surgir del hecho o acto omisivo no sólo abarca, como se verá al analizar la jurisprudencia, lo puramente económico, comprendido en los daños y perjuicios, sino también incluye el contenido puramente moral, comprendido, a su vez, en el daño moral.<sup>45</sup>

Se ha sostenido también que el alcance de la expresión “...cuando una disposición de la ley le impusiese la obligación de cumplir el hecho omitido” —establecida en el artículo 1074 del Código Civil— incluye toda omisión que constituya situaciones antijurídicas emanadas de ley formal y material.<sup>46</sup> Pero a su vez, que el mencionado artículo excluye los delitos cometidos por omisión, previstos en el artículo 1073 del mismo Código. Por lo tanto, se ha sostenido que el artículo 1074 se refiere únicamente a las abstenciones puras y simples.<sup>47</sup>

La responsabilidad del Estado por omisión corresponde a la actividad ilícita del Estado.<sup>48</sup> Por ello se sostiene que solamente en la potestad reglada podría verificarse la responsabilidad por omisión, pero no en la discrecional.

Finalmente, y como se verá en el análisis de la jurisprudencia, cabe destacar que las materias normalmente comprendidas en la omisión estatal antijurídica son:

- 1) Ejercicio del poder de policía de seguridad.
- 2) Cumplimiento defectuoso de prestaciones estatales englobables dentro de la noción de servicio público.
- 3) Daño proveniente de la utilización de bienes del dominio público.

<sup>43</sup> Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, nota 38, p. 1107.

<sup>44</sup> Mertehikian, Eduardo, *op. cit.*, nota 40, p. 274.

<sup>45</sup> Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, nota 38, p. 1107.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 1097.

<sup>47</sup> Huici, Héctor M., “La responsabilidad del Estado por omisión”, *La Ley*, t. 1993-D-832.

<sup>48</sup> Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, nota 38, p. 1107.

- 4) Omisión del deber de control del Estado sobre el ejercicio de ciertas actividades privadas fuertemente reguladas: bancos, compañías de seguros, concesionarios de obras y servicios públicos.
- 5) La omisión de proveer a los derechos sociales.<sup>49</sup>

VI. EL NUEVO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD  
DEL ESTADO POR OMISIÓN: LOS TRATADOS INTERNACIONALES  
DE DERECHOS HUMANOS CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL.  
INTEGRACIÓN DEL CUARTO ELEMENTO QUE CONFORMA  
EL CONCEPTO JURÍDICO DE INACTIVIDAD U OMISIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Velázquez Rodríguez” (sentencia del 29 de junio de 1988) ha sostenido que:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

Como dice Bidart Campos, en la sentencia mencionada se puede leer que “...la obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la ne-

<sup>49</sup> Sobre esta importante cuestión véase el interesante trabajo de Eliashev, Nicolás, “Respuestas judiciales frente a las conductas omisivas de los poderes públicos en la ciudad de Buenos Aires”, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-I, pp. 1396 y ss. En el mismo se propone, entre otros objetivos, “la expansión de la clásica doctrina del control judicial de la administración pública como una vía de acceso a la tutela efectiva para personas y grupos de personas que carecen de las condiciones mínimas de ejercicio de la mayoría de los derechos reconocidos por el orden jurídico positivo. Ello importará, básicamente, enderezar ese control judicial contra la inactividad material del Estado en el cumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo para asegurar el goce de los derechos por parte de las personas”.

cesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.<sup>50</sup>

Los artículos 1.1 y 2o. del Pacto de San José de Costa Rica se constituyen en fundamento legal de la responsabilidad del Estado por omisión en el derecho interno argentino, y posteriormente, si esa responsabilidad fuese desconocida por los órganos jurisdiccionales nacionales, generará responsabilidad internacional de la República Argentina, que será juzgada por los órganos jurisdiccionales del tratado internacional de derechos humanos.

La segunda cuestión que quiero plantear se refiere a la interrelación de los ordenamientos jurídicos internacionales y a la posible colisión de los mismos con el derecho interno. Ante esa colisión, la cuestión es determinar qué derecho prevalece. Y ello se resuelve en función de la prevalencia de los órdenes públicos internacionales implicados.

Como he sostenido en otra oportunidad,<sup>51</sup> tanto el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como reconoce y establece la Convención Europea (no debe olvidarse que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la causa “Loizidou c. Turquía”, del 23 de marzo de 1995, consagró formalmente la noción de orden público europeo al calificar al Convenio Europeo de los Derechos Humanos como “instrumento constitucional del orden público europeo”), “...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional...”. Ello significa el reconocimiento, y la aceptación de los países miembros, de que los derechos humanos son superiores y anteriores a los Estados nacionales, y que no se obtienen por la pertenencia de la persona humana a un determinado Estado; estableciéndose, a su vez, una subordinación de esos Estados al sistema de protección de los derechos humanos previstos en la Convención. Tal declaración permite fundar el orden público de los

<sup>50</sup> Bidart Campos, Germán, “La responsabilidad del Estado en los tratados con jerarquía constitucional”, en varios autores, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 427.

<sup>51</sup> Salomoni, Jorge Luis, “El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores”, *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, núm. 10, mayo-agosto de 1999, p. 122.

derechos humanos que se antepone jerárquicamente al orden público interno de los Estados miembros y al orden público internacional emergente de los tratados entre las naciones.

Este conflicto de órdenes públicos establece, a su vez, un principio hermenéutico: el orden público internacional de los derechos humanos prevalece sobre cualquier otro orden público, inclusive sobre el internacional general.<sup>52</sup>

Por lo tanto, el tercer elemento mencionado más arriba que conforma el concepto jurídico de inactividad, esto es, esos conceptos abiertos, variables y mutables, como son el propio interés público y la realidad sobre la que se define, cede a su vez ante la presencia de este cuarto elemento, que denominé provisionalmente como derecho prevalente, y que comprende tanto una faz cualitativa como cuantitativa. Ese derecho designa a los mencionados derechos fundamentales, con las consecuencias ya establecidas.

Por ello, reitero, en el actual régimen jurídico de la República Argentina, y para el caso específico de la omisión de ejercicio del poder de policía estatal, se puede sostener que tal omisión no genera responsabilidad, siempre y cuando no provoque la lesión de un derecho humano reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional) y por la norma constitucional original.

## VII. RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

Hasta la actualidad, la jurisprudencia no se ha hecho cargo de la modificación sustantiva del ordenamiento jurídico producida en nuestro país con la incorporación de los ya mencionados tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Como se observará, las decisiones judiciales responden a lo que denominé la construcción tradicional de la responsabilidad del Estado por omisión. Para una visión sistemática de los fallos comentados, que no constituyen la totalidad de los emitidos pero sí

<sup>52</sup> Desde otra perspectiva, véase Boggiano, Antonio, *Teoría del derecho internacional. Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos. Ius Inter Iura*, La Ley, 1996, pp. 177 y ss.

una muestra significativa de ellos, los he clasificado por orden jurisdiccional y cronológico del dictado de los mismos.

### 1. *Orden federal*

#### A. *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

- 1) “Frank, Roberto c/Provincia de Buenos Aires”, del 14 de noviembre de 1969.<sup>53</sup> En este caso, el Tribunal sostuvo: “7) Puesto que corresponde a la provincia de Buenos Aires el dominio del río y el cauce donde estaba enclavado el tronco que originó el accidente, al chocar contra él una lancha de transporte colectivo de pasajeros, aquel estado es responsable en los términos de los artículos 1113 y 1133 del Código Civil, este último no derogado al momento del accidente”. Y ello así por la omisión en la remoción de los obstáculos que ocasionaron el accidente.
- 2) “Odol c. Gobierno Nacional”, del 11 de mayo de 1982.<sup>54</sup> Se trató del trámite administrativo seguido para el traslado de la incidencia de los impuestos internos a los precios de venta de los productos de la actora. Se demandó por la mora de la administración en el dictado de la resolución que permitiera dicho traslado. Como principio general, la Corte estableció que era posible atribuir responsabilidad al Estado por hechos u omisiones ilegítimos de sus funcionarios. Requiriéndose, para su configuración, un irregular incumplimiento de las obligaciones legales y la existencia de culpa del funcionario. Pero para este caso, la Corte sostuvo que dicha mora no era suficiente causa por no haber utilizado todos los remedios procesales a su alcance para hacer cumplir la obligación estatal, tal cual lo requiere el artículo 10 de la Ley de Procedimientos Administrativos núm. 19.<sup>549</sup>
- 3) “Gómez Alzaga, Martín B. c. Provincia de Buenos Aires”, del 13 de mayo de 1982.<sup>55</sup> El caso trató sobre la inundación de tierras del actor por los trabajos de canalización ejecutados por la provincia.

<sup>53</sup> Fallos 275-357.

<sup>54</sup> Fallos 304-651.

<sup>55</sup> Fallos 304-674.

El Tribunal señaló que la realización de los trabajos requeridos para el cumplimiento de las funciones estatales, en el caso efectuados por la Dirección de Hidráulica, si bien, en principio, lícitos, no impiden la responsabilidad del Estado, siempre que con ellos se prive a terceros de su propiedad o se la lesione, en sus atributos esenciales.

- 4) “Ruiz, Mirtha E. y otros c. Provincia de Buenos Aires”, del 7 de noviembre de 1989.<sup>56</sup> La acción pretendió la reparación de los daños y perjuicios causados por la muerte de una persona como consecuencia de la colisión con un caballo en la ruta provincial 36, imputándose a la demandada la omisión del deber de custodia de las rutas provinciales. La Corte sostiene que no puede haber responsabilidad por los daños causados por el animal, ya que la provincia no era propietaria ni guardadora del mismo. Además, sostuvo que el poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no es suficiente para atribuir responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte.
- 5) “Lanati, Marta N. y otros c. Dirección Nacional de Vialidad”, del 2 de julio de 1991.<sup>57</sup> Se demandaron los daños y perjuicios como consecuencia del accidente ocurrido en la ruta provincial 114, debido a su mal estado y a la falta de señalización por deterioro de aquélla (vuelco del vehículo por pozos en la ruta). La Corte responsabilizó al Estado por la omisión de su deber, ya que al no advertir a los conductores sobre la existencia de una zanja profunda ubicada después de una lomada y la falta de señalización conducen a crear un riesgo imprevisible para los conductores. El juez Barra, en su voto por separado, “...especificó que la obligación de responder establecida en el artículo 1113 del Código Civil alcanza también a las omisiones culposas, que, en el caso de responsabilidad de la administración pública, se encuentra también expresamente prevista en el artículo 1112 del mismo cuerpo legal”.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Fallos 312-2138.

<sup>57</sup> Fallos 314-661.

<sup>58</sup> Comadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar, “Responsabilidad del Estado por omisión (actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso Administrativa)”, *La Ley*, t. 1996-A-603.

- 6) “Beatriz Isabel de Gandia c/ Provincia de Buenos Aires”, del 4 de mayo de 1995.<sup>59</sup> Se responsabilizó al estado provincial por el daño moral causado a un particular como consecuencia de una omisión procesal del Poder Judicial provincial. Ello por la doctrina reiterada de la Corte, en el sentido de 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, siendo responsable de los perjuicios que causa su incumplimiento o su irregular ejecución.
- 7) “Elsa Inés Savarro de Caldara y otros c/ Ferrocarriles Argentinos (Buenos Aires)”, del 17 de abril de 1997.<sup>60</sup> Se demandó la indemnización de daños y perjuicios por la muerte del esposo de la actora en un accidente de tránsito producto de la ejecución de obras viales que otorgaron doble mano a una calle y que no se tomaron las precauciones necesarias en el paso a nivel del ferrocarril, las que resultaban exigibles si se tiene en cuenta que en el cruce correspondiente existía solamente un brazo de barrera. Dicha omisión ocasionó el accidente. La controversia debe resolverse en el marco del artículo 1113, párrafo 2, segunda parte, del Código Civil, y en consecuencia, a la parte actora sólo incumbía la prueba del hecho y su relación de causalidad con el daño producido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada debió acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. El elemento formal, la Corte lo halló en las normas para los cruces entre caminos y vías férreas por el cual pesa sobre la empresa la obligación de adoptar las medidas necesarias en los casos en que se producen modificaciones provisorias en los sentidos del tránsito que incrementan los riesgos de la circulación. La municipalidad también es responsable por no haber puesto una vigilancia permanente en el lugar, resultando inadmisibles “...que el poder público intente sustentar la falta de prestación del servicio en la carencia de personal y de recursos para afrontarlo” (considerando 12 *in fine*).
- 8) “J. A. C. y otros”, del 30 de junio de 1999.<sup>61</sup> Dictamen del procurador: “El estado provincial estuvo obligado a ejercer sus obligaciones de contralor que impidieran, en lo posible, la subsistencia de un

<sup>59</sup> Fallos 318-845.

<sup>60</sup> Fallos 320-536.

<sup>61</sup> Fallos 322-1292.

instituto de salud que no cumpliera, con el rigor que es menester, con los recaudos sanitarios que coadyuven a evitar el contagio de enfermedades infecciosas y altamente propagables”. Ello, sobre todo, cuando debió, luego de una inspección, proceder a su clausura. “La responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de sus agentes se reconoce generada en la idea objetiva de la falta de servicio y se halla comprendida, consecuentemente, en las previsiones de los artículos 1112 y 1113, párrafo primero, del Código Civil, en que los actores sustentan el reclamo” (dictamen del procurador general de la Corte). La Corte descalificó como arbitraria la sentencia de la Suprema Corte de Córdoba que, desconociendo lo establecido por los artículos 5o., 8o. y 9o. de la Ley 22.853, excluyó la responsabilidad del Estado en un caso de gravísimo contagio ocurrido en una clínica, por entender que si bien estaba probado que la provincia no había controlado durante un mes a la institución, no se había acreditado que si lo hubiera hecho tales contagios se hubieran evitado.

- 9) “Salvador Colavita, y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros”, del 7 de marzo de 2000.<sup>62</sup> Se trató de una demanda por la interposición sorpresiva de dos caballos en la ruta 2, que provocó daños al vehículo de los actores.

El ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad de un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa. Y agregó: “la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora (fallos: 312:2138, considerando 5)”. Que sentado lo expuesto respecto de la responsabilidad estatal, “forzoso es concluir que tampoco cabe atribuírsela a la demandada, quien no puede asumir frente al usuario —por la delegación de funciones propias de la concesión— derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente conce-

<sup>62</sup> Fallos 323-318.

dente, conclusión particularmente válida si se advierte que —conforme a los términos pactados— las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública”. Como se observa, el presente caso se resuelve igual que el mencionado caso “Ruiz”, eximiéndose de responsabilidad al concesionario.<sup>63</sup>

- 10) “Santa María Estancias Santalamacchia y Compañía S.C.A. v. Buenos Aires Provincia”, del 5 de noviembre de 2002.<sup>64</sup> La Corte declaró responsable por daños y perjuicios al estado provincial por la omisión de consignar en las certificaciones registrales expedidas por el registro de la propiedad inmueble la existencia de derechos reales de hipoteca, por cuanto ello ha generado perjuicios al permitir la enajenación de un bien como libre de gravámenes.
- 11) “Clara Marta Gothelf v. Provincia de Santa Fe”, del 10 de abril de 2003.<sup>65</sup> Se demandó por daños y perjuicios al estado provincial por el apuñalamiento del marido de la actora en la Unidad Carcelaria núm. 1 de Coronda. La Corte sostuvo que la seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del artículo 18 de la Constitución nacional, la de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas de control penitenciario. Por lo tanto, corresponde responsabilizar a la provincia por la muerte de un recluso, si el sumario pertinente concluyó en la aplicación de sanciones a los agentes penitenciarios por pérdida de control directo, pues el comportamiento de sus dependientes importa la omisión de los deberes primarios de la misma y constituye una irregular prestación del servicio a cargo de la autoridad.
- 12) “Antonio Rafael Cebollero y otros v. Provincia de Córdoba”, del 11 de junio de 2003.<sup>66</sup> Se demandó daños y perjuicios a la provincia por la existencia de grandes pozos en la ruta provincial 4 que

<sup>63</sup> Para un interesante análisis crítico del fallo analizado véase Lucrecia, “Un fallo para caballos”, *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, núm. 13, mayo-agosto de 2000, pp. 203 y ss.

<sup>64</sup> Fallos 325-2949.

<sup>65</sup> Fallos 326-1268.

<sup>66</sup> Fallos 326-1910.

ocasionaron la pérdida de control del vehículo y el desvío hacia la banquina dando varios tumbos. El fallo sostuvo que:

en el precedente de fallos: 315:2834, la Corte ha señalado que el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado (considerado *latu sensu*) la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos; de ahí que la demandada debió adoptar las elementales medidas de seguridad destinadas a prevenir a los usuarios del estado peligroso de la ruta.<sup>67</sup>

Entonces, si las condiciones de la ruta provincial condujeron a crear un riesgo imprevisible para el conductor, aparece como manifiesta la responsabilidad por omisión del estado provincial, que tenía a su cargo el cuidado, mantenimiento y conservación del mismo.

- 13) “Coco, Fabián Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, del 29 de junio de 2004.<sup>68</sup> Durante un vuelo en una aeronave rentada en Quilmes, el actor perdió la mano y demandó por la omisión en el ejercicio del poder de policía de seguridad a la nación, la provincia y la municipalidad. La Corte sostuvo en el presente caso: “que la responsabilidad de la prefectura surge de la omisión del deber de seguridad que le imponía el ámbito jurisdiccional en el cual operaba el aparato. El organismo tenía pleno conocimiento de las actividades...”. En el caso de la municipalidad y la provincia de Buenos Aires, se las exoneró por no tener intervención directa en el asunto.

#### B. *Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal*

- 1) Sala IV: “Sykes, Violeta c. Banco Central”, 1985.<sup>69</sup> Se demandó por el incumplimiento del deber de ejercicio del poder de policía finan-

<sup>67</sup> Considerando 4o.

<sup>68</sup> Revista *La Ley* 2004-F, 885, con nota de Folchi, Mario, “Temas importantes de derecho aeronáutico”.

<sup>69</sup> Confirmado por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 19 de noviembre de 1987 (Revista *La Ley* 1988-C, 330, con nota de Sagües, Nestor P., “Qué debe rebatir el escrito de interposición del recurso extraordinario y si procede contra dictámenes”).

ciera al no revocar la autorización para funcionar del Banco de Intercambio Regional, y la consiguiente pérdida de un depósito en dólares. No se hizo lugar a la demanda. El juez Hutchinson sostuvo que la responsabilidad por omisión es subjetiva (se debe verificar la impericia, negligencia o dolo). En el caso, no se verificó una omisión con entidad suficiente. A su vez, la facultad revocatoria de la autorización es de carácter discrecional y por lo tanto sólo debe considerarse la arbitrariedad o irrazonabilidad de la conducta.

- 2) Sala I: “Wellcome Argentina Limited c. Estado Nacional”, del 6 de junio de 1995. Se demandó por la demora de la administración en el procedimiento articulado para la lograr la admisión en el régimen preferencial de la cotización del dólar (farmo-dólar). La responsabilidad por omisión es analizada por el tribunal desde la óptica del artículo 1112 del Código Civil. Y se sostiene que no existió obligación legal de actuar porque se pretende invocar un acuerdo interorgánico con eficacia sustancialmente *ad intra* que no consagra derecho subjetivo alguno. Asimismo, se establecieron los estándares del funcionamiento normal de la administración. Para ello se exigió indagar sobre el ámbito de un procedimiento administrativo de una determinada administración pública en un momento determinado (en el caso: un cambio de gobierno).<sup>70</sup>

## 2. Orden provincial

### A. Provincia de Mendoza. Suprema Corte de Justicia

- 1) “Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza”, del 4 de abril de 1989.<sup>71</sup> Se demandan daños y perjuicios por la omisión provincial en la construcción de obras, pues las existentes resultaron insuficientes para detener el aluvión que le causara perjuicios al actor. Para resolver el caso el Tribunal, tomando la construcción del administrativista italiano Giovanni Duni, sostuvo que lo que se debe exigir es que el Estado se enfrente a una situación en la cual está

<sup>70</sup> Para un detallado análisis del caso véase Comadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar, *op. cit.*, nota 58, p. 600.

<sup>71</sup> Revista *La Ley*, 1989-C, p. 514.

obligado a actuar; pero no es menester que esa obligación sea expresa, sino que basta que se den tres requisitos:

- a) Existencia de un interés relativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; así por ejemplo, cualitativamente es interés prevaleciente la vida, la salud de las personas, los intereses exclusivamente patrimoniales; será menester un análisis cuantitativo.
- b) Necesidad material de actuar para tutelar ese interés, y
- c) Proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar.

Finalmente, para resolver negativamente la demanda el Tribunal, de la mano de la fina argumentación de una de las más profundas e ilustradas juristas de la República Argentina, como lo es la jueza Aída Kemelmajer de Carlucci, demuestra que no existe en la Constitución provincial ni en las leyes de agua, disposición alguna de la que nazca la garantía (ni la obligación) de realizar obras para defensa de los bienes. Y en lo que aquí interesa, respecto a la verificación de los requisitos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión enumerados anteriormente, sostuvo que: “En el caso no nos enfrentamos ante un interés particular cualitativamente relevante; no están en juego en este expediente el derecho a la salud ni la vida del actor, sino exclusivamente intereses de índole patrimonial”. Para el caso, la realización de las obras resultaría más costosa que los bienes que protegería.

Debo señalar que el fallo comentado se acerca a mi tesis sobre la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión cuando se vea afectado un interés relevante, pero con otros fundamentos, como los he explicitado más arriba.

- 2) “Santarelli, Vicente y otros c. Departamento General de Irrigación”, del 26 de junio de 1991.<sup>72</sup> Se demandan daños y perjuicios por la inundación de una propiedad por las deficiencias en el mantenimiento de canales de desagüe. Se condenó a la demandada porque en este caso no se exigía la realización de grandes obras sino el incumplimiento del deber de limpiar los cauces existentes.

<sup>72</sup> Revista *La Ley*, 1991-E, p. 210.

*B. Provincia de Buenos Aires. Suprema Corte de Justicia*

- 1) “Vargas, Pablo c/ Club Náutico Hacoaj. Daños y perjuicios”, del 23 de febrero de 2000. Se demandó por la muerte de un menor que cayó en una laguna que se había formado por una excavación realizada por el demandado y autorizada por la municipalidad de Tigre. El actor estaba obligado a la construcción de un cerco perimetral, y esta obligación no fue controlada en su realización por el Estado municipal. Por lo tanto, este último es responsable, pues “no cumplió con su deber de vigilancia y custodia, absteniéndose en un tema en que estaban en juego intereses particulares cualitativamente relevantes como son el derecho a la vida e integridad física de la población”.
- 2) “Carbajal, Miguel Ángel y otros c/ Municipalidad de Tigre y otro. Daños y perjuicios”, del 30 de abril de 2003. Igual caso que el anterior, pero referido a un terreno que tenía permiso de explotación.

No se me escapa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en casos que presentan cierta similitud con el presente, ha sostenido como criterio general que el ejercicio del poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos tuvo parte (fallos: 312:2138; 313:1636; 323:305). Más a mi juicio, tal caracterización de la irresponsabilidad estatal por omisión debe ceder en determinadas circunstancias. Por ejemplo, cuando mediere desatención negligente o irregular en el actuar jurídicamente exigible a la autoridad pública o si se acreditase que ésta tenía conocimiento de la existencia de concretas situaciones o hechos ilícitos dotados de clara potencialidad dañosa y, no obstante, descuidó la adopción de mínimos recaudos para prevenirlos o evitarlos.

*C. Provincia de Santa Fe. Justicia de grado  
contencioso administrativa*

Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual núm. 4: “Padres de la menor MSA. c/ Provincia de Santa Fe”, del 15 de mayo de 2000. Se trata de un accidente de una alumna menor de edad en un establecimiento oficial, en la clase de gimnasia, por el cual padece secuelas incapacitantes en uno de sus miembros inferiores derivados de una fractura de su cadera derecha. Un quiste óseo preexistente que debilitó mar-

cadamente la cadera no había sido comunicado por los padres al colegio ni éste lo detectó. La sentencia hace lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios entendiendo que medió cocausalidad<sup>73</sup> entre la afección precedente de la víctima y la omisión del estado provincial de llevar a cabo los exámenes médicos obligatorios legalmente ordenados —pero no reglamentados—, siendo que de así habérselo hecho, la precoz detección del quiste hubiera funcionado como un elemento preventor del daño sufrido.<sup>74</sup>

## VIII. CONCLUSIÓN

Como se desprende del desarrollo de este trabajo, hasta el presente y por la que he denominado construcción tradicional, el análisis doctrinario y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por omisión se basó en la búsqueda del fundamento normativo proporcionado por el Código Civil, fundamentalmente en sus artículos 1074 y 1112. Y para ello se utilizó un sistema hermenéutico propio de esa disciplina.

Considero que hasta aquí se ha demostrado que, en primer lugar, se ha disociado el sistema constitucional del Código Civil, desinterpretando, a su vez, las fuentes del mismo y el contexto histórico de surgimiento; lo que ha llevado a distorsiones significativas tanto de esa doctrina civilista

<sup>73</sup> “Otro acierto que asignamos al fallo anotado tiene que ver con la manera en que resuelve la poco sencilla cuestión del tratamiento del vínculo causal del acto omisivo. Ya Isidoro Goldenberg ponía de resalto que en casos de responsabilidad por omisión, ese «no hacer» tiene que asumir el rango de «condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca», detectable en la prognosis póstuma hecha por el juzgador con la simple constatación de que, de haberse observado el comportamiento positivo impuesto por la ley o las circunstancias, no se habría producido el resultado dañoso. En el precedente juzgado, si se hubieran hecho a la niña los exámenes de salud legalmente previstos, la detección del quiste hubiera determinado el ser relevada de realizar actividades físicas escolares que son normales para otros alumnos, no acaeciendo el accidente lesivo. El tema de la cocausalidad estimamos que también ha sido resuelto con singular acierto y con encomiable *prudentia iuris* en la asignación de porcentajes, atendiendo a que, como se ha puntualizado en doctrina especializada, rara vez la omisión es la causa exclusiva, siendo el daño el resultado combinado de la inacción del agente con los efectos de otro elemento causalmente relevante que concurre, el que en el caso se configura con la ignota preexistencia de la dolencia congénita de la víctima” (Saux, Edgardo I., “Responsabilidad civil del Estado por omisión legislativa”, *Jurisprudencia Argentina*, 2000-III-337).

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 337.

y administrativista como de la jurisprudencia de los distintos órdenes jurisdiccionales en los que se divide nuestro país.

Pero desde la incorporación de normas supranacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional se ha establecido una nueva jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico argentino y, por ende, una nueva noción de Estado de derecho.<sup>75</sup> Con ello se han creado nuevos cauces, más abiertos, sobre los que transita la responsabilidad del Estado.

El concepto de derecho prevalente, como elemento determinante para hacer efectiva la responsabilidad estatal por una omisión lesiva, es una muestra de ello.

<sup>75</sup> Para un análisis de la novedad mencionada en el texto, véase Salomoni, Jorge Luis, “Acerca del fallo «Simón» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley*, 4 de agosto de 2005.