

ano 15 - n. 59 | janeiro/março - 2015
Belo Horizonte | p. 1-244 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

 **EDITORA
Fórum**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Érico Nunes Barboza e Rafael Cota Teixeira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial

Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mário Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)

Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)

Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)

Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)

Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

Fundamentos de la responsabilidad del Estado (del Estado de Derecho a una Mayor Solidez)*

Estela B. Sacristán

Profesora de Derecho Administrativo y becaria posdoctoral en la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina). Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesora visitante en la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Profesora titular de Taller de Jurisprudencia y Doctrina en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Recibió el Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" instituido por Ac. 6/91 (1995). Integra el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y las secciones Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. *E-mail:* <es@bgcv.com.ar>.

Resumen: En la doctrina se advierte que la fundamentación de la responsabilidad del Estado se apoya en diversos institutos. Sólida doctrina se apoya en el Estado de Derecho para justificar la posibilidad de que el Estado responda. Empero, cuando el Estado de Derecho deviene insustancial o reñido con la realidad normativa o la jurisprudencia actual, es menester apelar a otro fundamento. Este otro fundamento, en tanto compatible con el Estado de Derecho, puede brindar bases más sólidas y permanentes para fundar la responsabilidad del Estado. Tal el caso de la justicia.

Palabras-clave: Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Estado de Derecho. Justicia. Justicia distributiva. Justicia conmutativa.

Sumario: **1** Introducción – **2** Aclaraciones previas. El Derecho Comparado y algunos presupuestos metodológicos – **3** Fundamentos diversos en la doctrina y la jurisprudencia – **4** Debilitamiento del fundamento en el Estado de Derecho – **5** Propuesta alternativa. La visión desde la Justicia – **6** Reflexiones finales

1 Introducción

El tema del presente es el de los fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado, y, como tal, conlleva una diversidad de presupuestos. Tales presupuestos comprenden el del reconocimiento de una tesis iusprivatista de la responsabilidad

* El presente se basa en la exposición efectuada en las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo – Responsabilidad del Estado y de los agentes estatales – En homenaje al Prof. Jorge E. Cermesoni, Colegio Público de Abogados de Capital Federal, Universidad de Belgrano y Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 9.4.2014 al 11.4.2014.

del Estado, así como el de una tesis iuspublicista de la misma; la divisoria entre Derecho público y Derecho privado, tributaria de aquella otra primigenia divisoria del Derecho romano que distinguía entre *ius publicum* y *ius privatum*; la caracterización de relaciones jurídicas como de Derecho público o de Derecho privado; los distintos sujetos involucrados en unas y otras; las diversas clases de Justicia propia de uno y otro ámbito; las diferentes clases de reglas que podrían resultar aplicables en uno y otro ámbito; el carácter potencialmente excluyente de esas reglas.

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

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

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

2 Aclaraciones previas. El Derecho Comparado y algunos presupuestos metodológicos

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

Este trabajo versa sobre fundamentos “iuspublicistas” de la responsabilidad del Estado. Así las cosas, y en primer lugar, podría imaginarse que la distinción entre Derecho público y Derecho privado es propia de aquellos ordenamientos jurídicos que abrevan en la tradición del Derecho romano, con lo que sería patrimonio de los sistemas jurídicos continental-europeos. Empero, puedo señalar, liminarmente, que la divisoria entre Derecho público y Derecho privado presenta interés incluso desde el Derecho comparado angloamericano. El punto es esencial, especialmente si se considera que el Constituyente argentino de 1853/60 abrevó en fuentes

constitucionales estadounidenses. Un administrativista de renombre, Louis Jaffe,¹ en su *Judicial Control of Administrative Action*, clásica obra de 1965, acoge la distinción entre un ordenamiento para los particulares, y otros para el gobierno: “Pero las complejas y variadas actividades del gobierno y las actividades de la empresa privada son tan diferentes como parecidas (...)” (“*But the complex and various activities of government and the activities of private enterprise are as different as they are alike (...)*”). Jaffe también distingue dos clases de Derecho aplicable: “Por supuesto, el resultado fue que el órgano estaba sujeto al Derecho, pero era un Derecho que se aplicaba a los funcionarios y que no era necesariamente el mismo que el aplicable a personas privadas” (“*Of course, the result was that the office was subject to law, but it was a law which applied to officers, and which was not necessarily the same as that applied to private individuals*”).² Por ende, en el Derecho anglonorteamericano, donde incluso se ha superado la tesis de la inmunidad soberana (v.gr., la que exigiría que el Estado sólo sea demandado con previo consentimiento), las dos mentadas clases de Derecho abren la puerta a la posibilidad de que se inserte la responsabilidad del Estado –y, eventualmente, su fundamento– en un Derecho distinto al Derecho de aplicación a los sujetos del mundo privado.

En segundo lugar, y considerando, ahora, que el instituto de la responsabilidad del Estado y de la divisoria entre Derecho público y privado mora tanto en los sistemas europeo-continetales como anglonorteamericanos, una reflexión que habría que efectuar es la relativa a los efectos expansivos y casi misteriosos de la tesis de la inmunidad soberana y de la afirmación de que el soberano nunca causará daño,³ v.gr., la tesis de que el soberano siempre actuará bien, conforme a Derecho. Otra vez, ello es relevante por el hecho de que el Constituyente argentino de 1853/60 se inspirara en la Constitución estadounidense. En un primer vistazo, podría suponerse que, así como en Estados Unidos la tesis de la inmunidad soberana va siendo limitado por ley formal en el marco del juego simultáneo de la doctrina y la jurisprudencia que perfilan a aquélla,⁴ similar proceso cabría presumir en ordenamientos como el argentino.

¹ Jaffe, Louis L., *Judicial Control of Administrative Action*, Little, Brown and Company, Boston y Toronto, 1965, p. 232 y ss., esp. p. 233.

² Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action... cit.*, ps. 237/238.

³ Ampliar en Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action... cit.*, p. 232 y ss.

⁴ Así, según Sisk, Gregory C., *Litigation with the Federal Government*, Foundation Press, New York, New York, 2000, p. 104 y ss.: “Aún cuando el Estado ha renunciado a la inmunidad soberana por medio de la legislación, la doctrina influye en la forma en que los tribunales interpretan y aplican tales leyes” (“Even when the government has waived sovereign immunity through legislation, the doctrine influences the manner in which the courts interpret and apply such statutes”).

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

Proceso, por cierto, que implica dar forma al recuado de consentimiento previo para demandar, y que nunca implicaría una suerte de indemandabilidad del Estado. Por ende, resultaría infundado hallar, en el plano anglonorteamericano e inspirador del ordenamiento constitucional argentino, la exclusión del Estado del deber de responder por los daños.

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

3 Fundamentos diversos en la doctrina y la jurisprudencia

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

a) Responsabilidad extracontractual

Un primer argumento que se ha esgrimido es el de la “ley previa”, y corresponde al cuño de Bielsa.⁵ Según esta postura, cabría inferir que hay un principio de irresponsabilidad estatal en virtud de la permanente licitud en el obrar estatal, y ese principio sería, de tanto en tanto, excepcionado mediante leyes especiales que fijan la responsabilidad. Pero, en rigor, de la lectura de Bielsa surgen dos escenarios: un escenario es el las diversas garantías constitucionales (como podría ser la del art. 17, Const. Nac.).⁶ Es segundo escenario es el la regla de irresponsabilidad estatal, donde Bielsa entiende que, para que se responsabilice al Estado, hará falta una ley formal que sustraiga al supuesto de la regla general de la irresponsabilidad. En palabras del citado doctrinario: “En suma: puede el legislador introducir, en el principio de irresponsabilidad, ciertas excepciones, aunque siempre por ley; pero a falta de ésta, impera el principio [de la irresponsabilidad]”.⁷

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

Marienhoff⁸ rebate la postura del profesor rosarino afirmando que la responsabilidad del Estado sí cuenta con fundamento propio y apunta que la tesis de Bielsa excluiría otras fuentes del Derecho, que podrían arrimar otros fundamentos. La idea,

⁵ Bielsa, Rafael, *Estudios de Derecho público*, Depalma, Buenos Aires, Año del Libertador San Martín, 1950, t. I, Derecho Administrativo, p. 177 y ss.

⁶ Bielsa, *Estudios de Derecho público...* cit., t. I, Derecho Administrativo, p. 177.

⁷ Bielsa, *Estudios de Derecho público...* cit., t. I, Derecho Administrativo, p. 178.

⁸ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, t. IV, p. 663.

aquí, del “fundamento propio” es importante, especialmente si se considera un vacío legislativo en el cual una legislatura omitiera sancionar una ley de responsabilidad del Estado: aún en tal supuesto, es decir, sin “ley responsabilizante”, el Estado, verificados los recaudos propios generadores del deber de resarcir, debería resarcir.

Para fundar la responsabilidad del Estado también se ha esgrimido el argumento de la “regla implícita de lógica jurídica”. Sostiene García de Enterría⁹ que el Estado responde al igual que responden las personas de Derecho privado; caso contrario, habría que fundar una solución contraria. Este fundamento, como se advertirá, equipara personas de Derecho público con personas de Derecho privado, y se apoyaría en tal distinción, con lo que no tendría rasgos autónomos sino dependencia respecto de la mentada distinción.

Otro argumento para fundar la responsabilidad del Estado es el relativo a los “riesgos sociales”: la responsabilidad del Estado operaría como “seguro contra el riesgo social”.¹⁰ En este escenario, habría imputabilidad pero no en razón de culpa: el deber de resarcir nacería del riesgo social. Según Entrena Cuesta, el riesgo se generaría casi permanentemente por la situación de riesgo en que se hallan los particulares frente al intervencionismo estatal; ello, considerando que ese intervencionismo vino a aparecer como etapa posterior a la del Estado liberal, no intervencionista e irresponsable.¹¹ Marienhoff¹² apunta, con precisión quirúrgica, que el riesgo opera como “causa” de la responsabilidad extracontractual, pero no como “fundamento” de la misma.

Un cuarto fundamento de marcada relevancia –sobre todo por su recepción constitucional en nuestro país y, en general, por su amplia recepción–¹³ es el del principio de igualdad. El Estado tendría que responder para mantener inalterada la igualdad. Explica Entrena Cuesta: “el único principio jurídico que puede invocarse unitariamente para fundar las diversas hipótesis en que a tenor del Derecho vigente la Administración es responsable es el principio de igualdad ante la Ley: cuando la Administración, actuando como tal, es decir, sirviendo intereses generales, produce a los particulares una lesión que éstos no tienen el deber de soportar, el citado principio exige que se compense el sacrificio especial infligido mediante la correspondiente

⁹ Marienhoff, *Tratado de Derecho administrativo...* cit., t. IV, p. 663, con cita de García de Enterría. Ver: García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa : potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración*, Instituto de Estudios Políticos, Gráfica González, Madrid, 1956.

¹⁰ Marienhoff, *Tratado de Derecho administrativo...* cit., t. IV, p. 661, con cita de Entrena Cuesta. Cfr. la obra posterior: Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, 13ª. ed., Tecnos, Madrid, 1998, vol. I/1, p. 370 (fundamento en el principio de igualdad) y p. 366 (importancia dada la “casi permanente situación de riesgo en que los particulares se encuentran situados”).

¹¹ Entrena Cuesta, *Curso de Derecho administrativo...* cit., t. I/1, p. 366.

¹² Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo...* cit., t. IV, p. 662.

¹³ Así, según Mertehikian, Eduardo, “La responsabilidad del Estado-Administración en el Derecho argentino actual”, en *RAP*, Nro. 340, ps. 67/77, esp. p. 71.

indemnización. Pues sería jurídicamente inadmisibles que unos particulares se sacrificasen involuntariamente y sin el deber de hacerlo en beneficio de la comunidad, sin que ésta restableciera la igualdad alterada”.¹⁴ En similares términos se expresa el jurista uruguayo Delpiazzo¹⁵ para fundar la responsabilidad estatal.

El quinto argumento –que, además, parecería tener mayor predicamento por su perfil de universalidad– es el que funda la responsabilidad del Estado en el Estado de Derecho.¹⁶ Suele enseñarse que el Estado de Derecho tiene por fin proteger la seguridad jurídica y el respeto por los derechos de los particulares. La expresión data de 1833 y habría sido popularizada por von Mohl,¹⁷ quien define el *Rechtsstaat* como “el Estado sometido a la ley”,¹⁸ en oposición al *Polizeistaat* o estado de policía y en oposición, más modernamente, al estado de policía electrónica. También se lo ha opuesto a “estado arbitrario” u *Obrigkeitsstaat*. El fundamento del Estado de Derecho, en nuestro país, encontraría anclaje en la Constitución nacional, especialmente en su preámbulo, así como en los principios generales del Derecho y en el principio republicano de gobierno. Identificado como fundamento de la responsabilidad estatal por Marienhoff,¹⁹ es seguido parcialmente por Cassagne: para éste, el fundamento se halla en el “Estado Social de Derecho” ó “Estado de Justicia”.²⁰

b) Responsabilidad contractual

En el campo de la responsabilidad contractual, Finnis nos enseña: “Las normas legales básicas de un ciudadano que cumple la ley son (...) ‘ejecuta los contratos’, ‘paga las deudas’, (...) ‘cumple las obligaciones’”.²¹ Tal aserto es aplicable, según el citado profesor, al ámbito de las obligaciones entre particulares y a las relaciones entre éstos y el Estado pues, al referirse a la justicia conmutativa, afirma que lo convencional (*dealings*) discurre tanto entre particulares como entre funcionarios públicos y particulares.²²

¹⁴ Entrena Cuesta, *Curso de Derecho administrativo...* cit., t. I/1, p. 370.

¹⁵ Delpiazzo, Carlos E., “La responsabilidad estatal frente a la huida del Derecho administrativo”, en *RAP*, Buenos Aires, 2009, Nro. 370, ps. 157/176, esp. p. 160.

¹⁶ Marienhoff, *Tratado de Derecho administrativo...* cit., t. IV, ps. 664/667.

¹⁷ von Mohl, Robert, *Die Polizei Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Verlag der Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1844.

¹⁸ Así, en Irrazábal, Gustavo, *Doctrina social de la iglesia y ética política*, Ágape Libros, Buenos Aires, 2009, p. 117.

¹⁹ Marienhoff, op. loc. cit.

²⁰ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 8va. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 462.

La justicia social es “una exigencia vinculada con la cuestión social, que hoy se manifiesta con una dimensión mundial; concierne a los aspectos sociales, políticos y económicos y, sobre todo, a la dimensión estructural de los problemas y las soluciones correspondientes”, conf. Pontificio Consejo Justicia y Paz, *Compendio de la doctrina social de la iglesia*, Conferencia Episcopal Argentina, Buenos Aires, 2010, p. 139, con cita de *Catecismo de la Iglesia Católica*, 2411.

²¹ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980, p. 286.

²² Finnis, *Natural Law and Natural Rights...* cit., p. 177.

En este marco, y siguiendo a Marienhoff,²³ el fundamento de la responsabilidad contractual del Estado parece hallar un claro apoyo en la Moral y el Derecho: los contratos se concluyen para ser cumplidos; los contratos no se formalizan para ser desconocidos o transgredidos. Caso contrario, se agravaría a la verdad como valor: como afirma Polo, [n]ótese que de poco sirve el diálogo con gente que no cumple su palabra. La veracidad es propia de los hombres libres”.²⁴ En ese diálogo se debe hablar claro, por razones de buena fé.²⁵

Adoptando la visión económica de que que la sociedad es acción concertada, o cooperación,²⁶ o la visión jurídica de que el Derecho es un coordinador de conductas, con justicia, o como coordinador de conductas orientadas al bien común,²⁷ se sigue que el cumplimiento de los contratos apunta a que se obtenga o concrete esa cooperación o coordinación. En tal contexto, la responsabilidad estatal, en el campo contractual hallará, como fundamento, la regla moral de respetar la palabra empeñada para facilitar la vida en común de la comunidad.

A su vez, –como se vió en a)– el Estado de Derecho apunta a la seguridad jurídica y a asegurar que se respeten los derechos fundamentales, con lo cual honrar los contratos tributaría al Estado de Derecho, y, consecuentemente, éste se erigiría en fundamento, también, de que el Estado deba responder en el renglón contractual. Tal postura, que halla el fundamento de la responsabilidad contractual en el Estado de Derecho o sujeción del Estado al Derecho, se perfila en un completo tratamiento del tema de autoría de Perrino,²⁸ así como en el sólido análisis que efectúa Sáenz.²⁹

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

²³ Marienhoff, *Tratado de Derecho administrativo...* cit., t, IV, p. 657.

²⁴ Polo, Leonardo, *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, 2da ed., Unión Editorial, Madrid, 1997, p. 197.

²⁵ Sobre la buena fé y el deber de hablar claro que de ella se infiere, en el marco de los contratos administrativos: Ivanega, Miriam M., “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, en *RAP*, Nro. 360, ps. 25/44, esp. p. 27.

²⁶ Se sigue von Mises, Ludwig, *Human Action. A Treatise on Economics*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 1998, ps. 143 y 196.

²⁷ Sobre el Derecho como –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones– conjunto de reglas e instituciones dirigidas a razonablemente resolver cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, ver Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights...* cit., p. 153; Zambrano, Pilar, “El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Nro. 4, Año 2010, ps. 323/ 366, esp. p. 346.

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

²⁹ Sáenz, Jorge A. “La responsabilidad contractual en el Derecho público argentino”, en AAVV, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la profesora titular consultora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Gracela Reiriz*, Rubinzal Culzoni y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2008, ps. 67/118, esp. p. 84: “El incumplimiento contractual es un acto antijurídico, pues se opone al orden jurídico del que el Estado no resulta exento (...)”.

4 Debilitamiento del fundamento en el Estado de Derecho

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

Ahora, una evaluación del estado actual de la real vigencia del Estado de Derecho en Argentina nos colocaría ante la realidad de que el mismo se hallaría empañado, asfixiado o, al menos, desdibujado, ora por medidas legislativas, ora por interpretaciones jurisprudenciales contrarias a su conformación esencial. Veamos:

En la esfera de los derechos fundamentales, hoy, el respeto del derecho a la vida se ha transformado en la relativización del mismo, derecho a la vida que dependerá de que la madre no alegue haber sido violada³⁰ y, en general, derrotable por el derecho a la intimidad y la libre disposición del propio cuerpo, de bordes infinitos;³¹ el ensanchamiento de la base de derechos ha coincidido con la concepción de los derechos como “costos idóneos”;³² el aseguramiento judicial de condiciones dignas en los establecimientos carcelarios bonaerenses³³ ha resultado una mera declamación;³⁴ históricamente, las indemnizaciones por liberación de esclavos bajo el art. 15, Const. Nac., nunca fueron cristalizadas en una ley.

En la esfera de la seguridad jurídica, el respeto de los derechos adquiridos y la protección de los derechos de propiedad se enfrentan al nuevo paradigma de los derechos adquiridos obliterables en tanto indemnizables, con lo que parecería que habrá derecho allí donde alla indemnizabilidad;³⁵ la expropiación por causa de utilidad

³⁰ F., A. L. s/*medida autosatisfactiva*, Fallos: 335: 197 (2012). Ampliar en Bianchi, Alberto B., “Un avance preocupante en la legalización del aborto”, en *LL*, 2012-B, ps. 241/249. Asimismo, me permito remitir a Zambrano, Pilar y Sacristán, Estela B., “¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F., A. L. y la relativización de los derechos fundamentales”, en *JA*, 2012-II, ps. 385/402; y.

³¹ Así, en *Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080*, Fallos: 332: 1963 (2009). Ampliar en Bianchi, Alberto B., “La despenalización... Otra vez”, en *JA*, 2009-IV, ps. 501/506.

³² Ver *Quispe*, Q.64.XLVI. RHE, autos *Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo*, fallo del 24/4/2012, esp. cons. 15: “No se trata en esta situación de evaluar el precio del servicio que paga el Estado y dado su costo dar por cumplido el deber que le incumbe, conforme a un estándar de realización de los derechos, sino de valorar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Es decir, la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible.”

³³ Puede verse V.856.XXXVIII. RHE, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus, autos 'Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus'*, fallo del 3/5/2005.

³⁴ Ampliar en Nota Corte Suprema de Justicia de la Nación en Expediente 2407/2005 *Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires s/ comunicación jornadas s/ ejecución penal en la Prov. de Buenos Aires en autos: 'recurso de hecho -Verbitsky, Horacio'*, publicada en www.diariojudicial.com

³⁵ “[E]l titular de una licencia no tiene un ‘derecho adquirido’ al mantenimiento de dicha titularidad frente a normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, modifiquen el régimen existente al tiempo de su otorgamiento ... nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de la titularidad de la licencia hasta el plazo de su finalización, circunstancia que no impediría que quien considerase afectado su derecho de propiedad pudiera reclamar daños y perjuicios”, conf. *Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa*, G. 439. XLIX, G. 445. XLIX y G.

pública ha permitido la declaración de utilidad pública de un determinado porcentaje de acciones de una empresa privada;³⁶ la garantía de la igualdad no ha impedido que sólo algunos jueces provinciales perciban remuneraciones atadas a las de los jueces federales;³⁷ el afianzamiento de la justicia ha sido puesto en jaque mediante el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de afectación del interés público en las solicitudes de medidas cautelares;³⁸ la independencia del poder judicial ha sido acorralado con el intento de creación de cámaras de casación³⁹ y de politización de la integración del Consejo de la Magistratura de la Nación mediante convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico.⁴⁰

La específica enumeración de Gordillo,⁴¹ en punto a cómo se ha debilitado la responsabilidad estatal en un estado formalmente “de Derecho”, incluye leyes de

451. XLIX; 29-10-2013, esp. considerandos 58º y 59º del voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco. Ampliar en Bianchi, Alberto B. y Sacristán, Estela B., “El caso ‘Grupo Clarín’. Una versión debilitada del control de constitucionalidad y de los derechos adquiridos”, en *El Derecho Constitucional*, jueves 20/2/2014, No. 13.431, Año LII, ps. 1/9.

³⁶ Por medio del art. 7º, L. 26741, se declaró “(...) de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A. sus controlantes o controladas en forma directa o indirecta. Asimismo, declárase de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de Repsol YPF Gas S.A. representado por el sesenta por ciento 60% de las acciones Clase A de dicha empresa, pertenecientes a Repsol Butano S.A. sus controlantes o controladas”. Me permito remitir a Sacristán, Estela B., “Una (no tan nueva) ley de hidrocarburos para tomar el control de YPF”, en *ED*, Buenos Aires, 2012, t. 248, ps. 769/773.

³⁷ Puede verse Superior Tribunal de Justicia del Chaco, acuerdo N° 251, 10/7/2014, Expte. N° 59.854/05; *Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/ acción de amparo y sus acumulados Jajam, Raquel Elisa y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 59.860/05; *Pisarello, Elia Nilfa y otro s/ acción de amparo*, Expte. N° 59.895/05; *Quiroga de Martínez, Zulema M. del H. y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 59.927/05; *Igich, Sara Matilde y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 59.943/05; *Grand, Andrés Ventura s/ acción de amparo*, Expte. N° 59.972/06; *Díaz Colodrero, Juan Ramón Carlos, Fiscal de Cámara en lo Criminal Nro. 1 de S. Peña s/ acción de amparo*, Expte. N° 59.975/06; *Oliva, Horacio Simón – Juez de Cámara Primera en lo Criminal S. Peña s/ acción de amparo*, Expte. N° 59.998/06; *Sosa de Michlig, Ligia c/ provincia del Chaco s/ acción de amparo*, Expte. N° 59.999/06; *Del Río, Víctor Emilio y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 60.009/06; *Cáceres, Amelia Zunilda y otros s/ acción de amparo*, N° 60.010/06; *Martínez, Wilma Sara y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 60.011/06; *Pedrini, Fresia Daicy y Elda Cristina Torresagasti s/ acción de amparo*, Expte. N° 60.045/06; *Corchuelo, Amanda Matilde s/ acción de amparo*, Expte. N° 60.126/06; *De la Vega, Marta Alicia s/ acción de amparo*, Expte. N° 60.127/06; *Argarate, Mario Hipólito y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 60.157/06; *Alvarenga, Carlos Emiliano s/ acción de amparo*, Expte. N° 60.228/06; *Derewicki, Diego Gabriel y otros s/ acción de amparo y medida cautelar*, Expte. N° 71.370/11; *Álvarez, Eduardo Antonio y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 71.377/11; *Gonzalez Mehal, Ricardo y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 71.378/11; *Kerbel, José Luis y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 71.379/11; *Nepote, Norma Rita y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 71.380/11 y *Acosta de Scarel, Gladys Noemí y otros s/ acción de amparo*, Expte. N° 71.381/11; sentencia publicada en www.diariojudicial.com

³⁸ L. 26.854, arts. 13.d, 14.d. y 15.d.

³⁹ Medida suspendida: ver Acordada Corte Suprema de Justicia de la Nación 23/2013, del 14.08.2013, por la que se acuerda: I. Declarar que la operatividad de los recursos procesales que contempla la Ley 26.853 se halla suspendida a la instalación y funcionamiento de las cámaras federales y nacionales que crea. II. Hacer saber que oportunamente el Tribunal dictará las medidas conducentes para llevar a cabo la puesta en funcionamiento, instalación y habilitación de los nuevos tribunales que trata la presente.

⁴⁰ Medida declarada inconstitucional: R. 369. XLIX. REX. *Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional Ley 26855 s/ medida cautelar*, del 18.6.2013.

⁴¹ Gordillo, Agustín, *Tratado de Dercho administrativo*, 9na. ed., FDA, Buenos Aires, 2009, t. 2, ps. XX-8 a XX-9.

consolidación de pasivos estatales⁴² del ámbito nacional y provincial; ley de ahorro forzoso u obligatorio;⁴³ modificaciones monetarias profundas como la pesificación general de obligaciones;⁴⁴ menor garantía estatal de depósitos bancarios;⁴⁵ responsabilidad estatal limitada por actos y hechos de entes estatales descentralizados;⁴⁶ leyes de caducidad de antiguos reclamos pecuniarios contra el Estado.⁴⁷ A ello se pueden sumar leyes que excluyen la indemnizabilidad del lucro cesante en reclamos contra el Estado por actividad normativa;⁴⁸ derechos adquiridos que pierden firmeza;⁴⁹ derechos de propiedad sin estabilidad, en algunos casos;⁵⁰ entre otros supuestos.

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

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

5 Propuesta alternativa. La visión desde la Justicia

Encarar la responsabilidad del Estado, no desde la vereda de la protección de los derechos y la obtención de seguridad jurídica –fundamento en el Estado de Derecho– sino desde la visión de la Justicia, podría brindar un andamiaje más estable y permanente. A ello se aludiría con el fundamento no en el Estado de Derecho sino en el Estado de Justicia.⁵¹ Pero, ¿se trataría de un Estado de Justicia conmutativa o distributiva?

Un razonamiento que tuviera por objeto erigir a la Justicia en fundamento de la responsabilidad del Estado –en un caso dado– implicaría los siguientes pasos: primero, identificar el tipo de relación jurídica; segundo, caracterizarla; tercero,

⁴² Leyes 23982 y 25344.

⁴³ Ley 23549.

⁴⁴ Dto. 214/2002.

⁴⁵ Ley 25466 de intangibilidad de los depósitos, suspendida por el art. 15 de la Ley 25561.

⁴⁶ Art. 133, Ley Complementaria Permanente de Presupuesto.

⁴⁷ Art. 171, Ley Complementaria Permanente de Presupuesto.

⁴⁸ Ley 26944, art. 5.

⁴⁹ Ver n. 21, *supra*.

⁵⁰ Cfr. Ley 25561, art. 8 disponiendo el congelamiento de las tarifas de servicios públicos, y Dto. 1295/2002 de redeterminación de precios en la obra pública. Ampliar con provecho en el integral estudio de Guglielminetti, Ana Patricia, “Sobre el régimen de redeterminación de precios en la Ciudad de Buenos Aires: u otro intento de mitigar los impactos de la inflación en los contratos administrativos”, *ReDA*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Nro. 95, septiembre/octubre 2014, ps. 1103/1120; asimismo, me permito remitir a Sacristán, Estela B., “Los contratos administrativos frente al régimen constitucional de la moneda”, en AAVV, *Derechos y garantías en los contratos públicos*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2014, ps. 295/312.

⁵¹ Ver Cassagne, op. loc. cit.

calificarla como relación de justicia distributiva mas no excluyentemente; y, cuarto, verificar la búsqueda del bien común.

a) Identificación

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

García Trevijano Fos⁵² enseña que relación intersubjetiva es la que “enlaza elementos del ordenamiento jurídico, produciendo efectos jurídicos. Por ende, si entre ambos sujetos de derecho –acreedor privado y deudor estatal– hay efectos jurídicos, habrá relación jurídica, y si uno de ellos es preponderantemente estatal, la relación jurídica será de Derecho Público.

b) Caracterización

Siguiendo a Barra, la caracterización de esa relación jurídica supone que el Estado distribuye: cuando el Estado gobierna, distribuye.⁵³ Por ende, la relación será no de Justicia conmutativa sino de Justicia distributiva. Y ya vimos que es una relación de Derecho Público por hallarse subjétivamente involucrado el Estado. El Derecho Público es el Derecho del Estado *latu sensu* en sí mismo y sus relaciones con los particulares. Incluso en el Derecho anglonorteamericano se reconoce la divisoria Derecho Privado y Derecho Público.⁵⁴ Ese marco de Derecho Público será el que cobije a la “relación jurídica administrativa”, así caracterizada por hallarse subjétivamente involucrado el complejo orgánico que cobija a la Administración o por ser maerialmente administrativa la actividad desplegada. Esa relación jurídica será de justicia distributiva.

c) ¿Sólo Justicia distributiva?

Como relación de justicia distributiva –es decir, de Derecho Público– la relación entre el acreedor particular y el deudor estatal no excluirá que pueda haber relaciones de justicia conmutativa en su seno. En este punto, debe tenerse presente la explicación sobre las fuentes en Finnis: una cosa es la justicia distributiva según

⁵² Citado en Barra, *Principios...* cit., p. 169.

⁵³ Barra, *Principios...* cit., p. 124.

⁵⁴ Ver II, *supra*.

Santo Tomás de Aquino, y otra cosa es la justicia distributiva según Cayetano.⁵⁵ Sintéticamente, la asociación entre justicia distributiva y Estado aparece en la obra o interpretación de éste último. Ella es la que ha llegado a nuestros días. Pero una interpretación originalista del Aquinate conduce al carácter no excluyente de la justicia distributiva en la relación de Derecho Público. Detengámonos en esta afirmación, incluso ejemplificándola:

La caracterización de la relación como de Derecho Público por presencia subjetiva del Estado, o como de justicia distributiva por hallarse presente éste en la interpretación de Cayetano, no excluirá conmutatividades, como bien explica Finnis.⁵⁶ Por tanto, si la relación jurídica es de justicia distributiva y conmutativa a la vez, los efectos emergentes de esa relación jurídica poseerán ambas características.

A igual conclusión arriba Barra,⁵⁷ por sus fundamentos. Es que sólo en la versión “moderna” de la justicia conmutativa se aplica la expresión a las relaciones entre particulares exclusivamente. Según el citado profesor de Oxford, interpretando al Aquinate, “el Estado y sus funcionarios tienen deberes de justicia conmutativa hacia los sujetos del Estado; la pena, por ejemplo, es, fundamental, mas no exclusivamente, una materia de justicia conmutativa”.⁵⁸ Por ende, el Estado como “orden de acción en cooperación para algún propósito”⁵⁹ conlleva que, para llevar adelante esa cooperación ordenada para la vida en común, se impliquen tanto distribución como conmutatividad.

A modo de ejemplo, consideremos los intercambios patrimoniales de la responsabilidad estatal contractual, de perfil *prima facie* conmutativo: si me deben el importe de un certificado de obra por etapa de la obra bien realizada, habrá conmutatividad en esa relación y sus efectos. Pero, además, como la entrega de esa porción de la obra es debida en interés de las partes –contratista y Estado comitente– y en interés de la comunidad toda –que disfrutará de la obra real o potencialmente–, la responsabilidad emergente involucrará, también, justicia distributiva. La razón de ser de la indemnización por incumplimiento estatal contractual (el certificado impago), en tal supuesto, nacerá de una base de igualdad: deberá responderse ante el contratista acreedor no satisfecho al igual que se respondería ante cualquier otro contratista en igual situación; y toda la comunidad podrá poencialmente beneficiarse con la obra. La igualdad es el elemento fundamental en la noción de justicia: así, en H.L.A. Hart, con fuerte sustento en la moral, aludiendo a “inmunidad ante el cambio deliberado”.⁶⁰

⁵⁵ Finnis, *Natural Law and Natural Rights...* cit., pp. 185-186.

⁵⁶ Finnis, *Natural Law and Natural Rights...* cit., pp. 185-186.

⁵⁷ Barra, *Principios...* cit, p. 126: “De esta manera, encontramos actos propios de la justicia conmutativa en una relación que es –y no deja de serlo nunca– de justicia distributiva”.

⁵⁸ Finnis, *Natural Law and Natural Rights...* cit., pp. 186.

⁵⁹ Ver Finnis, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 242.

⁶⁰ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 1997, ps. 175/178.

Por ende, incluso ante un contexto de la justicia conmutativa (entre partes contratantes), todos los miembros de la comunidad tienen derecho a ser considerados con respeto cuando surge el problema de la distribución⁶¹ (distribución de los beneficios de la obra, una porción de los cuales no posee fuente legítima pues media un certificado impago).

d) *Bien común y responsabilidad estatal*

Por último, tenemos que tener presente que el Estado es el que facilita la vida en sociedad, permitiendo la realización del bien común.⁶² He allí su razón de rol, superador de las ineficiencias de la mera repetición de acciones acostumbradas tendientes al bien común, y superador, también, de la inseguridad acerca de la efectiva repetición, pues siempre alguien podría querer alterar lo acostumbrado para bypasear el bien común.

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

Cuando el Estado responde –efectivamente, cuando paga un daño en forma concreta-, lo hace como personificación de la comunidad. Pagará teniendo, como límites, ora el presupuesto de la Nación; ora la consolidación de pasivos estatales pues un Estado quebrado pagará en moneda de quiebra. Recordemos la experiencia argentina: la “quiebra de la Argentina fue declarada en la Ley de Reforma del Estado (...) esta ley suspendió absolutamente todos los pagos, todas las acciones contra el Estado, por dos años, estableciendo la oferta de bonos garantizados con fondos públicos a pagarse en 16 años para enjugar las deudas anteriores al 31 de marzo de 1991. En pocas palabras, el Estado, por ley, impuso una especie de plan de reorganización de sus deudas ante toda la Nación”.⁶³

La quiebra, según enseña Finnis, es el proceso de justicia distributiva por excelencia⁶⁴ pues, en él, todos cobran algo menos de lo que conmutativamente se les debía. En una quiebra, no todo daño se indemnizará, y aún los que tengan sentencia

⁶¹ Finnis, *Natural Law and Natural Rights...* cit., p. 173.

⁶² Finnis, *Natural Law and Natural Rights...* cit., p. 153.

⁶³ Conf. Bianchi, Alberto B., “*Privatizations in Argentina: Who are the Current Owners of Argentina?*”, Southwestern University - School of Law, Los Angeles, California, 6 de febrero de 1995, *pro manuscrito*; y Bianchi, Alberto B., “Inconstitucionalidad sobreviniente del art. 7º de la Ley de Demandas contra la Nación”, *ED*, t. 118, p. 827, esp. p. 834, donde dice que el privilegio del citado artículo, según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en Fallos: 253:312), es extensible a las entidades autárquicas o descentralizadas que cumplen estrictos fines estatales. Ello nos llevaría a creer –en el caso de que se admitiera la existencia del privilegio– que con lo prescrito en el citado art. 7º se beneficiaría no solo el patrimonio de la administración centralizada sino también, “comunicación” mediante, el patrimonio de las entidades descentralizadas.

⁶⁴ Finnis, *Natural Law and Natural Rights...* cit., pp. 188-193.

favorable deberán colocarse en la “fila” de acreedores de la quiebra. Todo ello, por cierto, sin perjuicio de que, en ocasiones, el Estado deudor pueda repetir lo pagado del funcionario involucrado, si fuere solvente.

Así las cosas, demandar al Estado por su responsabilidad contractual o extracontractual conllevaría una suerte de pretensión sobre un fondo común: ese fondo común es el presupuesto sancionado por el legislador. Finnis lo explica en estos términos: “El modelo distributivo estará normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes.”⁶⁵ Y una interpretación en contrario implicaría tanto como que se “suicidara” el deudor, pagando (indemnizando) a unos, y deviniendo posteriormente incapaz de pagar (indemnizar) por falta de fondos.

De este modo, podrá hallarse un fundamento de la responsabilidad estatal en la Justicia no exclusivamente distributiva: el Estado responderá bajo criterios de justicia distributiva (d.), sin perjuicio de las conmutatividades propias de la justicia conmutativa (c.) que aniden en la relación jurídica iuspublicista de que se trate. En ambos casos, como el Estado apunta a facilitar el bien común, responderá como medio de alcanzarlo o conservarlo o mantenerlo.

6 Reflexiones finales

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

Los defensores de la justicia conmutativa exclusivamente considerada, en el Derecho Público, preferirán la fundamentación de la responsabilidad estatal en el Estado de Derecho. Ello, por implicar el sometimiento del Estado a la ley en pos de la protección de los derechos fundamentales y el mantenimiento de la seguridad jurídica. Incluso podría decirse que ello apuntaría a facilitar la justicia conmutativa ínsita en el pacto constituyente originario. En esta dirección, Legaz y Lacambra ⁶⁶sostiene que “[c]rear las condiciones formales del Estado de Derecho es fácil; puede ser cuestión de un día. Ya no lo es tanto el hacer que las valoraciones básicas del Estado de Derecho sean algo más que una ideología normativa: que sean, pura y simplemente, la forma de vida social efectiva, el Derecho de los hombres convivientes en una comunidad política histórica”. Mas el Estado de Derecho, como se vió, se halla hoy debilitado en nuestro país, en su conmutatividad genética, y su desaparición podría incluso

⁶⁵ Finnis, *Natural Law and Natural Rights...* cit., p. 209.

⁶⁶ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, 5ta. ed. rev. y aum., Bosch, Barcelona, 1979, p. 659.

llegar a obliterar, de los horizontes jurídicos, la responsabilidad estatal, convirtiendo al Estado en un ente irresponsable por inexistencia de fundamento.

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

Foundations of State's Liability (from *Rechstaat* to *Sterner Stuff*)

Abstract: Scholars have founded government liability on various sources. There are strong opinions in favour of grounding government liability on the "rule of law" or *Rechtstaat*. Nevertheless, when the rule of law becomes vacuous or contrary to the normative reality or the current caselaw, it becomes necessary to resort to another foundation. This other foundation, as far as compatible with the rule of law, can provide a more firm and permanent grounding to justify government liability. Such is the case of Justice.

Keywords: Government liability. Foundations. Rule of law. Justice. Distributive justice. Commutative justice.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SACRISTÁN, Estela B. Fundamentos de la responsabilidad del Estado: del Estado de Derecho a una Mayor Solidez. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 13-27, jan./mar. 2015.

Recebido em: 16.12.2014

Aprovado em: 15.02.2015