

**BREVES REFLEXIONES SOBRE LA “(IR)
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO” (SEGÚN LA LEY 26.944)¹**

**BRIEF REFLECTIONS ON STATE « (IR)RESPONSIBILITY »
(according to Law 26.944)**

POR GUSTAVO CARRANZA LATRUBESSE*

Resumen

En nuestra visión de la responsabilidad ‘civil’ del Estado, hay un punto de partida paradigmático, anclado en la Constitución Nacional, como característica singular del Estado de Derecho democrático o, más bien, republicano. Es aquel que postula que la dignidad del ser humano, basada en su naturaleza trascendente, se antepone ante toda necesidad de ordenar y disciplinar la vida social sobre reglas superiores a esa misma dignidad. El art. 33, CN, salvaguarda los derechos y garantías que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Un Estado irresponsable o que excuse las consecuencias de sus actos en el poder soberano de cualquier gobierno, contradice ese principio fundacional.

Palabras Clave: Ley de responsabilidad del Estado – actos de gobierno – responsabilidad civil

¹ Artículo recibido el 23 de octubre de 2014 y aprobado para su publicación el 21 de noviembre de 2014.

* Abogado (Universidad Católica de Córdoba). Especialista en Derecho de Daños (UB, Buenos Aires). Magister en Derecho Privado (UP, Buenos Aires). Doctorando en Derecho Privado (UCES, Buenos Aires, USalamanca, España). Posgraduado en Derecho Privado y en Derecho Constitucional (UBA y Salamanca). Ex juez civil y comercial.-Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Abstract

In our view of the liability of the State, there is a paradigmatic point of departure, anchored in the Constitution, the singular characteristic of democratic rule of law or, rather, a Republican. It is that which postulates that human dignity, based on its transcendent nature, takes precedence before all need to order and discipline of social life on the same dignity above rules. The art. 33, CN, safeguarding the rights and guarantees arising from the principle of the sovereignty of the people and the republican form of government. An irresponsible State or excuse the consequences of their actions in the sovereign power of any government, contradicts this fundamental principle.

Keywords : State Liability Act - acts of government - civil liability

Introducción.

Con fecha 2 de julio de 2014, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.944, promulgada de hecho el 8 de agosto de 2014, por la cual, para mal de todos y en interés de algunos, se establece un particular régimen de irresponsabilidad del Estado. Aunque de la lectura, tal vez un tanto rápida, del texto legal, se nos ocurre advertir algunas contradicciones, viene a nuestra memoria aquella muletilla elaborada por la Corte federal para consagrar la irresponsabilidad estatal: 'es la consecuencia necesaria de vivir en sociedad o de la adecuada prestación del servicio de justicia' (CS, 'Balda', entre otros). Si fuera cierto que la dignidad del hombre es paradigma inexcusable del derecho (CS, 'Campodónico de Beviacqua'), debería ser usada sólo, si no hubiera otro remedio, en los casos extremos en donde no cabe otra justificación posible. De ese tipo son, a nuestro humilde juicio, situaciones como la del encarcelamiento indebido, pues si bien es lamentable que el delincuente se valga del principio de inocencia, resulta insoportable que el inocente lo padezca. Soportar los malos olores y el cotidiano apretujamiento en el subte o en el tren, es un claro atentado a la dignidad y al pudor, en especial de las mujeres, donde cabe presumirlo con la misma fuerza con que la buena fe se presume en las relaciones convencionales (art. 1198, CC) o en la posesión (art. 2362, CC). Y no es verdad que sea la necesaria consecuencia de vivir en sociedad, sino que, obvio es, que es la indebida consecuencia de la ineficiencia del transporte público. Hace algunos años, publicamos como culminación de un Curso de especialización en Derecho de Daños, un trabajo que fue aprobado *cum laude* por la Universidad de Belgrano, habiendo sido director de aquel curso el doctor Roberto M.

López Cabana; sirva aquí el presente en su homenaje por haberle conferido ese lauro. Analizamos allí la Responsabilidad del Estado por su actividad lícita², tarea ciertamente pretoriana de una lúcida Corte federal a partir de variados supuestos en que resultaba de injusticia inocultable 'justificar' daños resultantes de la actuación estatal, evitando de ese modo que lo soportaran inocentes. Después de la lectura de la reciente ley y de la aplicación que la Corte federal ha venido haciendo de aquellos precedentes, no encontramos motivos para no pensar y esperar que, más temprano que tarde, recibirá el denostado mote y la sanción condigna de arbitraria e inconstitucional. En adelante y sin ánimo de completitud ni demasiada profundidad, analizaremos brevemente su articulado.

Ámbito de validez material

Como una cuña mortal en el corazón del Código Civil (CC), la ley establece su ámbito material de validez en todo supuesto en que esté comprometida la responsabilidad del Estado nacional; y como una suerte de instigación a un golpe artero, 'invita' a las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a acompañar su régimen perverso. La unidad del derecho común, que a nuestro juicio justificó la inclusión expresa en el texto constitucional (hoy art. 75, inc. 12, Constitución Nacional, CN), queda alterado pues, si bien en todo el territorio nacional el Estado central quedará eximido de responder allí donde el derecho moderno le imponía hacerlo, los estados provinciales y municipales, pueden verse tentados a seguir el mal ejemplo, aunque, como en adelante veremos, en el caso de la provincia del Chubut, su Carta Fundamental lo vedó de modo claro y manifiesto.

Comentario de las disposiciones. El primer párrafo del art. 1, constriñe a la letra de la ley los daños que produzca a las 'personas' la actividad o inactividad estatal, sobre sus bienes y derechos; como se verá luego, excluye a éstos en tanto no se traduzcan en dinero. En primer lugar, parece claro que 'personas', comprende individuos y personas jurídicas sin distinción, incluyendo a las personas por nacer, que ya nacerán desamparadas pues, no sólo por su actividad evade su responsabilidad el Estado, sino también por sus omisiones lo que, sin perjuicio de una aclaración posterior (art. 3, inc. 'd', al final), borra de un plumazo la esperanzada doctrina de la responsabilidad estatal por omisión 'inconstitucional' insinuada en la causa 'Ekmekdjian c. Solovich'

² Abelardo Petrol, Buenos Aires, 1998

(CS, 7.7.1992, 'Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros s. Amparo', considerando 16), en la que se hizo constar, considerandos 18 y 20, que la Nación se obliga internacionalmente "a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales [la] apliquen" la Convención; amén de poner en crisis el art. 27, Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, de no invocar las disposiciones del derecho interno "como justificación del incumplimiento de un tratado"³. Agregamos que referirse a 'personas', no resuelve con claridad el tema de los sujetos de derecho que, como las simples asociaciones del art. 46, CC (numeración anterior al DJA), no son personas jurídicas pero sí son sujetos de derecho, cuestión que suscita controversia doctrinaria. Tampoco queda claro allí cuál es la responsabilidad que 'rige', en especial cuando en el siguiente párrafo afirma, esta vez con razón (como principio), que la responsabilidad es directa y objetiva. El entendimiento de tal principio, con aquilatada doctrina y jurisprudencia precedente, perderá su contenido normativo referencial (por ejemplo, el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, CC, como el que prevé el art. 1129, CC, sobre los daños producidos por animales feroces que no brindan utilidad a los predios, y no son los únicos) ya que el CC queda excluido absolutamente; no se aplica ni de modo directo ni subsidiario, sepultando también la analogía (art. 16, CC), útil en el arsenal de la hermenéutica para la solución de los casos que no tienen un ajustado encaje normativo. Para no abundar, la responsabilidad objetiva no exige ni tan siquiera antijuridicidad (a salvo en el incumplimiento de la sentencia que la impone, como sostenía Jorge Bustamante Alsina) siendo su presupuesto fundante, además del daño, la relación de causalidad.

El art. 2 resulta incompleto en su propósito limitativo, pues no habría mucho que criticar en orden a los supuestos de exención de responsabilidad.

Es que allí cabría hacer una distinción útil pues la excusa tradicional, que tiene sustento en el art. 1111, CC, es la culpa de la víctima (o la de un tercero por el que el imputado de responsabilidad no deba responder). Esa culpa, ha dicho reiteradamente la Corte federal, debe ser exclusiva y tener tal influencia causal que se la asimila al caso fortuito⁴. La exoneración prevista parece haber

³ En el considerando 17 se dejó asentado que "La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional" y en el considerando 19, se dijo: La Corte "debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente".

⁴ CS, 12.05.1998, 'Sosa, Tomás c. Empresa Ferrocarriles Argentinos y otros', Fallos 321:1462; CS, 02.04.1998, 'Descole, Alicia Noemí y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos', Fallos 321:700; CS, 15.10.1987, 'Prille de Nicolini, Graciela Cristina c. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires', Fallos 310:2103; CS, 15.12.1998, 'Stechina, María Cristina c. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios', Fallos 321:3519, entre muchos otros.

buscado una mayor extensión que la culpa, ya que el hecho de la víctima o de un tercero la supone (a la mayor extensión) y se aplica a aquellos supuestos en que no hay culpa posible por razón de incapacidad (falta de discernimiento, intención y libertad) pero, según el CC, no producen por sí obligación alguna (art. 900, CC). Por otra parte, estos hechos, según el art. 907, CC, podrían dar lugar a reparación en los supuestos que contiene con sustento en la equidad, con lo que viene a desaparecer del ordenamiento el único supuesto expreso original, creemos, en que la equidad influye en las decisiones jurídicas⁵. Aunque, como ya indicamos, no se aplica el CC.

El art. 3 contiene una mezcla indiscreta de supuestos, pues el proemio se refiere a los actos y omisiones ilícitos (según el texto y sin adentrarnos en precisiones, "actividad e inactividad ilegítima"); en el inc. 'd', se refiere a "Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado". La falta de servicio engloba la actividad lícita, como hemos tratado de demostrar en otro lugar, que ya referimos. Esa primera proposición se asemeja y mucho a la cláusula del art. 1112, CC, en donde el Estado -y los funcionarios- deben responder por el cumplimiento irregular de las obligaciones de su cargo, que no implican ilicitud pues, en tal caso, la responsabilidad del Estado, como principal, surgiría pristina por virtud de los arts. 30, 42 y 43, CC, sin contar con el supuesto del art. 1113, CC, en el que en sus primeros pronunciamientos la Corte federal había fundado sus decisiones de extender la responsabilidad del Estado a la actividad lícita. Pero, quede claro que, en ese caso, la responsabilidad no es directa, sino indirecta o refleja, aunque objetiva pues se prescinde de la culpa del principal y el factor de atribución es la garantía; aunque deba probarse la culpa del dependiente. Participan de este criterio, con la inmensa mayoría de los civilistas⁶; quienes exponen como fundamento el 'riesgo en la elección' de los funcionarios, aunque nosotros entendemos que frente al daño, el factor es la garantía que el principal presta

⁵ La equidad es ese sentido de justicia que anima en el alma del juez a buscar decisiones justas. La equidad, dice Vélez Sarsfield, "es la que debe dirigir la resolución de los juicios" (nota al art. 2570, véase también la comparación que efectúa con los tribunales en equidad, al final de la nota). El Codificador la menciona muchas veces en sus notas -la primera precisamente en la definición de la culpa, art. 512-, pero nunca en el articulado, a salvo en el art. 915, relativo a las obligaciones naturales. La ley 17.711 la incorporó en el art. 907, referido en el texto. No recuerdo quien lo dijo, pero me parece acertado, es la que 'lubrica' las decisiones difíciles. La cuestión de la equidad no es menor pues, como sostuvo Vélez en la nota al art. 784, con cita de Marcadé, el principio de equidad, que siempre es principio en el derecho, no permite que nadie se enriquezca con lo ajeno; y es sustento de algunas decisiones, como la del art. 789, cuando la cosa que se pierde igual se hubiera perdido en manos del poseedor; o en el caso del art. 859 cuando luego de la transacción se descubre que una de las partes no tenía ningún derecho, por lo que puede ser rescindida.

⁶ MOSSETTIURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A. *Código Civil de la República Argentina Explicado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, t. III, p. 737.

por el hecho de sus dependientes. Desde nuestra visión del problema, la 'falta de servicio' prescinde de la idea de la antijuridicidad y prescinde, también, de la idea de la culpa; por ello es que la juzgamos objetiva y directa del Estado⁷. Para Aida Kemelmajer de Carlucci, "*si se detecta una falla del servicio, habrá responsabilidad 'directa' del comitente*"⁸. La Corte federal lo ha dicho en numerosos pronunciamientos, sin necesidad de referirse expresamente a ella. Así, quien pone en funcionamiento un servicio ha de prestarlo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y responde por los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular (entre muchas otras, CS, 19.09.1989, 'Tejedurías Magallanes S.A. c. Administración Nacional de Aduanas', Fallos 315:1656; CS, 12.06.2007, 'Serradilla, Raúl Alberto c. Mendoza, Provincia de y otro s/ Daños y perjuicios'; CS, 28.04.1998, 'Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros', Fallos 321:1124; CS, 06.07.1999, 'Schauman de Scaiola, Martha Susana c. Provincia de Santa Cruz y otro s/ Daños y perjuicios', Fallos 322:1393: "*La actividad de los órganos del Estado realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad*"). Esta doctrina ha sido aplicada por tribunales inferiores a distintos supuestos; entre otros, a casos de responsabilidad médica (CNCiv., Sala J, 18.02.2014, 'N. H. A. y Otros c. V. H. G. y Otros s. Daños y perjuicios', eIDial.com, AA8592, publicado el 21 de marzo de 2014), pero resulta de interés destacar el alcance dado por la Corte a esta doctrina: En la causa 'Zacarías', dijo la Corte: "*La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño*". Allí no hay consideración alguna sobre la culpa, en sentido lato, desde que en todos los supuestos de responsabilidad objetiva 'no cuenta'.

El artículo 3, en comentario, agrega: "*la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo*

⁷ CS, 19.9.1989, 'Tejedurías Magallanes S.A. c. Ad. Nac. de Aduanas': "*Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil, pues no se trata de una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas*", Fallos 312:1656.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Daños causados por los dependientes*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 42 y sus citas.

de actuación expreso y determinado". Es el supuesto del art. 1074, CC, pero, con ese alcance, la doctrina referenciada queda sin sustento alguno, ya que siempre se exigiría 'una norma' expresa, que no siempre existe. Como resulta de su exposición, la doctrina se refiere al 'hecho' del servicio que se ha puesto en movimiento, además de que es función propia del Estado, aunque habitualmente no la cumpla, prestar servicios a los individuos para lo cual cobra los tributos. A ese mal ya endémico, agravado por la eterna 'emergencia', se agrega esta nueva normativa que hace retornar a la concepción del estado feudal, totalitario y abusivo. Mosset Iturraspe y Piedecabras dicen que "*las omisiones del Estado no son diferentes, ontológicamente, de las omisiones de los privados o particulares*". Agregan luego que "*en el proceso de constitucionalidad del Derecho Civil, de publicización de lo privado, se destaca las sanciones que el Estado merece por sus omisiones, respecto de los deberes que la Constitución Nacional le impone frente a las personas, la responsabilidad por los daños originados en tales abstenciones*"⁹. Respecto de las omisiones simples, previstas en el art. 1074, CC, los autores se pronuncian sobre el deber del individuo de 'hacer', frente a la posible causación de un daño a la que ha sido ajeno; es un deber de solidaridad que resulta, según su criterio, del ordenamiento y no requiere, por tanto, una norma expresa. Sin embargo, desde el punto de vista sistemático, nos hemos pronunciado en otra ocasión con apego a la norma del art. 1066, CC, siguiendo el sistema del CC velezano y las enseñanzas de Luis Moisset de Espanés; rigor sistemático que nos somete a la calificación de positivistas, aunque en rigor no lo somos tanto. Parte de esa argumentación la hicimos en contra de la importación del 'daño injusto' como sustento del deber de reparar, cuestión que trae, entre otros peligros, prescindir de la función didáctica de la norma prohibitiva; y no es extraño que Guido Alpa haya dicho que los juristas extranjeros 'no entienden' el sentido de esa normativa italiana. En el art. 1074, CC, se trata allí de responsabilidad de la persona humana y no del Estado; en cuanto a la de aquélla, casos hay es que sería una canallada no actuar cuando, pudiendo hacerlo sin peligro, se omite toda intervención; la solidaridad de la grey humana es, más que un principio, una esperanza, una expectativa en ciernes que el Derecho irá introduciendo en las normas y que, para nosotros, tiene ya una consolidación significativa en el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "*El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y*

⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECABRAS, Miguel A. *Código Civil de la República Argentina Explicado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, t. III, p. 608.

recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría". Es claro que quienes pergeñaron la ley en comentario no habrán tan siquiera han leído los instrumentos internacionales que, junto con la CN, integran la cúspide del sistema normativo argentino (art. 75, inc. 22, CN). Con esa comprensión nos parece indudable su inconstitucionalidad.

El art. 3, en su inc. 1, se refiere al daño cierto, con lo que no innova en ese presupuesto de la responsabilidad civil; pero agrega un condimento, que 'sea mensurable en dinero', que deja fuera situaciones diversas que pueden comprender dos órdenes de circunstancias en que el dinero sólo sea un sustitutivo ante la reparación de otro modo imposible. Los supuestos a que se refiere el principio general del art. 1083, CC (reparación *in natura* o en especie), cuya esencia es volver las cosas al estado anterior al hecho dañoso y, en segundo supuesto, todos aquellos que lleven aparejada la afectación de derechos y facultades de la persona, según la letra del art. 1068, CC, los que quedarían sin reparación en tanto no pudieran transmutarse en dinero. Se dirá que, aún en esos casos, la indemnización sustitutiva en dinero es la única vía posible para indemnizar el daño, pero ello será sólo en aquellos supuestos en que no se pueda reponer, en especie, la facultad violentada. En concreto, no sufragamos la doctrina que sostiene la patrimonialidad del daño como exclusiva vía de reparación; variados derechos y facultades pueden ser objeto de reparación, imponiendo al dañador la facilitación de su ejercicio por el dañado. A modo de ejemplo rápido, el derecho de visita de los padres respecto de los hijos que, en virtud de su separación, no habitan con ellos; supuestos de segregación, en que se repara suprimiendo la discriminación, como el caso resuelto contra la Provincia de Córdoba por la prohibición de acceso a un cargo público en función de carecer de nacionalidad argentina, en clara violación del art. 20 de la CN, que equipara a nacionales y extranjeros en el ejercicio de los derechos civiles; o las medidas cautelares en protección del medio ambiente, que proceden con independencia de la determinación previa del daño (CS, 14.9.2010, 'Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s. Amparo', eDial.com, AA63AB, publicado el 05.10.2010), y sobre la base del principio precautorio de la Ley General del Ambiente 25.675. Derechos y facultades que a menudo entroncan, directamente, con la CN, en supuestos en que cabe sostener su función operativa; sin perjuicio de que, según creemos, la CN es derecho público y, por tanto, de orden público. Como quería Bidart Campos, fuerza normativa de la Constitución, 'con ley, sin ley, contra la ley'. No en vano pudo la Corte federal elaborar la acción de amparo (casos 'Siri' y 'Kot') partiendo de que los derechos son operativos 'porque están' en la CN. Luego la ley (tanto la 16.986 como muchas provinciales) cerraron caminos que la doctrina pretoriana había abierto con excelencia.

El inc. 'b' del art. 3, en orden a la imputabilidad material del hecho a un órgano no estatal, no innova en la jurisprudencia de la Corte federal, que exige

que en la reparación del daño haya habido cierto grado de participación de sus agentes.

El inc. 'c' del art. 3, tampoco es novedoso desde que la relación causal es particularmente exigible en supuestos de responsabilidad objetiva. En consonancia con los criterios sustentados por el maestro Bustamante Alsina¹⁰, que compartimos, la CNCiv., ha sostenido que "*La relación de causalidad permite determinar la autoría del hecho ilícito y la extensión del resarcimiento debido, vinculando a su vez el daño inmediatamente con el hecho de la persona o cosa y mediatamente con el factor de atribución. Entonces, su importancia es decisiva en los casos en los cuales el factor de atribución es de carácter objetivo*" (sala II, 29.11.96, LL 1998-F-494).

El art. 4 se refiere a los requisitos exigidos para la procedencia de la responsabilidad por actividad legítima. Los tres primeros incisos, no generan mayor cuestionamiento, a salvo la referencia al daño susceptible de reparación en dinero, a que hemos referido antes y, en el caso de la relación causal, la de que sea "*directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño*" (inc. 'd'). Lo que haya de entenderse por directa e inmediata será cuestión de interpretación, doctrinaria y jurisprudencial, de modo que todo lo que exceda a la noción de causa adecuada y en sentido jurídico¹¹, que no es igual en sentido fenomenológico, dará pie a cuestionamientos diversos que en cada caso cabría elucidar. Lo de exclusiva merece, desde ya, nuestra objeción desde que no puede segregarse de la causalidad aquellas condiciones del dañado que acompañan el proceso causal, que operan como causas y que preexisten en la víctima, favoreciendo en algún caso que el daño se produzca, o que en virtud de su existencia se potencie de algún modo. Esta idea adquiere relevancia si se considera a la persona humana en su excelsa dignidad, eje y fin del sistema jurídico; de allí que las condiciones particulares de la víctima no pueden excluirse del proceso causal por cuanto forman parte de esa particular 'personalidad'. La persona no deja de merecer tutela por el hecho de padecer determinadas debilidades que la expongan a sufrir daños de los que otros están exentos. Arturo Alessandri, en la doctrina chilena, lo afirma de ese

¹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad", LL 1991-E-1378.

¹¹ Remitimos a nuestros trabajos en "La causalidad de las cosas inanimadas", comentario a un fallo de la CApel. de 6ª Nominación de la ciudad de Córdoba, en *Semanario Jurídico*, del 24 de junio de 2004, N° 1463, p. 769 y ss.; "La responsabilidad del Estado por las cosas de su dominio y los hechos de la naturaleza", en el sitio de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, julio de 2010; "Responsabilidad médica y causalidad", en revista La Ley, Año LXXVII, N° 149, del 5.08.2003; "Otra vez sobre la causalidad en materia de responsabilidad médica", en eDial.com, 8.02.2011; "La causalidad y la exigente de culpa de un tercero", en eDial.com del 17.05.2011, en *Suplemento de Derecho de Daños*.

modo, sosteniendo que *"las predisposiciones, es decir, las particularidades inherentes a la persona de la víctima o su estado de salud no influyen en la responsabilidad del agente: éste es responsable del delito o cuasidelito en su totalidad, aún cuando a la realización del daño hayan contribuido esas particularidades o estado"*¹².

En cuanto al inc. 'd', ausencia del deber jurídico de soportar el daño, resulta a nuestro gusto una contradicción insalvable con el principio de no dañar que, según la reiterada doctrina de la Corte federal, tiene raigambre constitucional. Acerca de cuándo un daño debe ser soportado por quien lo sufre, la primera conclusión debiera apuntar al que ha sido producido por la propia torpeza del dañado (art. 1111, CC). Si el propio aporte causal de la víctima determina que el daño es consecuencia de su accionar, y no aparece otra condición para su ocurrencia que pueda revestir el carácter de causa, no habrá autor material a quien imputar el daño y, por ende, no habrá ninguna forma de responsabilidad¹³. Cuando se dice 'deber jurídico' se representa el ligamen convencional o legal en virtud del cual no puede reclamarse por el daño o menoscabo que produce el hecho; tal ocurre, por ejemplo, en el caso de la servidumbre activa (positiva la llama el art. 2164, PCC 2012) en donde hay una carga real de soportar su ejercicio. En el ámbito del derecho tributario no existe deber jurídico de soportar el daño si la imposición fiscal viola la igualdad, base del impuesto (art. 16, CN). Hay actos voluntarios valiosos, de solidaridad o de arrojo, más allá de los previstos en el art. 899, CC, que pueden determinar la causación de un daño en quien así obra, que no traerían como principio obligación de reparar respecto de aquel en cuya protección el acto se llevó a cabo. Cuando un tercero interviene en la defensa de otro y, como consecuencia de ello, recibe un daño, será el autor material del mismo quien se vea obligado a repararlo, en la medida que se satisfagan los requisitos de la legítima defensa del tercero agredido (agresión ilegítima, falta de provocación suficiente, racionalidad del medio empleado, y no haber participado el tercero

¹² ALESSANDRI, Arturo, *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, N° 158, p. 246, cit. por ARAYA JASMA, Fernando. *La Relación de causalidad en la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 24.

¹³ CS, 08.09.1992, 'García, Ricardo Mario y otra c. Buenos Aires Provincia de', Fallos 315:1892: "No puede invocarse la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, en el caso de daños sufridos por el automovilista que embistió a un vehículo que había sido detenido por la policía que realizaba un operativo de control, si el daño invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima, que no adoptó las diligencias que exigían las circunstancias del caso para conservar el pleno dominio de su rodado". CS, 30.06.1998, 'Gómez, Javier Horacio c. Quiroz, Alfredo y Estado Nacional', Fallos 321:1776:

"Corresponde rechazar la demanda si el daño invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima, que en lugar de detenerse ante el aviso policial pretendió resistirse mediante el uso del arma, provocando de tal modo un enfrentamiento armado".

defensor en la provocación, art. 34, inc. 6, Código Penal de la Nación). A nuestro entender, quien se beneficia por la actuación de un tercero frente a un determinado estado de necesidad que acicatea a actuar, debe, por razón de equidad, participar en la reparación del daño padecido en la medida que ha sido útil a su propio interés; aporte que será subsidiario del verdadero autor.

Pero, en rigor, el requisito apunta a otros supuestos cuya nitidez dista de los expuestos y de las situaciones que se justifican por el estado de necesidad, como a otros vinculados a la asunción de riesgos. La ausencia de deber jurídico de soportar un daño puede tratarse de una situación de hecho, de esas que quedan en manos de los jueces apreciar y que, por ello, dejan abierta la puerta a la arbitrariedad. Con mayor razón, si la apreciación del supuesto queda reservado a las reglas, normas y principios del Derecho Administrativo, donde las decisiones de la Administración gozan de la presunción de legitimidad y cierto eslogan, como 'la oportunidad, mérito y conveniencia', nos dejan perplejos frente a situaciones que el Derecho común atrapa sin dificultad. Aunque es indiscutible la extensión que ha tenido el Derecho de Daños, en que la mira puesta en la víctima lo justifica como cambio de paradigma, no parece admisible limitar la responsabilidad, en especial la estatal, imponiendo otros presupuestos que los enunciados y los tradicionales acuñados por la doctrina, como la violación del proyecto vital o la necesidad de indemnizar la pérdida de la integridad psicofísica como entidad autónoma. En un trabajo anterior¹⁴, sostuvimos que el texto del art. 1068, CC, "*contiene, todavía más, una amplitud que deja margen para su extensión cualitativa y cuantitativa, habida cuenta que involucra el daño 'indirecto' que resulta 'a su persona o a sus derechos o facultades'. La invasión a la privacidad, el derecho a la propia imagen, el derecho a no haber nacido (en supuestos de nacimiento de niños con malformaciones congénitas que pudieran haber autorizado a la madre a optar por la interrupción del embarazo, que contempla la doctrina y jurisprudencia española), el daño a la salud de que es tributario el daño a la integridad psicofísica (con autonomía conceptual en la doctrina de la Corte federal), el derecho a 'ser dejado a solas', todas las facultades que integran el ámbito de la 'propiedad' en el sentido amplio con que la Corte federal define ese concepto, son susceptibles de fundar un reclamo resarcitorio*". Como ha dicho Bueres entre nosotros, siguiendo a Díez-Picazo y Gullón ("*hay que reparar todos aquellos perjuicios en que no se vea razón para que la víctima los soporte por sí sola*"), y con referencia al principio *pro damnato* o *favor victimae*, "*todo daño debe ser resarcido mientras exista una justa razón para*

¹⁴ CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo. "Nuevas fronteras del daño. El daño moral", en *Liber Amicorum, Homenaje al Profesor Dr. Luis Moisset de Espanés*, Advocatus, Córdoba, 2011, t. II, p. 147.

*encontrar un responsable*¹⁵, que se concilia con el deber de evitar un daño no justificado contenido en el art. 1710, letra 'a', PCC 2012. En palabras de Gustavo Ordoqui Castilla, "*Así la valorización de la persona humana traducida en un claro ánimo de protección a la víctima tendiendo a una mayor solidaridad a la hora de considerar la reparación del daño supone un ajuste en la estimación de los valores a priorizar que "consciente o inconscientemente" nos está marcando "nuevos rumbos" en la evolución de la materia*". Y esta perspectiva ampliatoria ha sido tenida en cuenta por la doctrina cimera de la Corte federal, no sólo al postular la dignidad de la persona humana (CS, 'Campodónico de Beviacqua'), o al proveer mayor tutela a una franja de personas excluidas de determinada protección (CS, 'Aquino' y sus citas), sino también al "*privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal*" (CS, Fallos 331:858, considerando 6° y 329:2265 y CS, 'F.A.L.', 13.3.2012, considerando 17).

Para no abundar, este requisito de la ausencia de deber jurídico de soportar el daño como el restante del 'daño especial', fue introducido por la Corte federal en el caso 'Columbia', para la responsabilidad extracontractual del Estado, estructura conceptual que varió, como es sabido, a partir del caso 'Devoto'¹⁶, y, en especial, en 'Vadell'¹⁷, 'Gunther', 'Lozano Gómez' y otros, que permitieron establecer la doctrina pacífica de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita; primeramente sostenida en el art. 1113, CC y, luego y definitivamente, a partir de 'Vadell', en el art. 1112, CC, como directa y objetiva. El agregado en 'Columbia'¹⁸ apunta a "*la particular relación que en el caso vincula a las partes, la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial del afectado, como así también la existencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño*". En su fallo, la Corte federal revocó las decisiones de las instancias precedentes, que habían sido favorables a la indemnización del daño causado por el BCRA por el reemplazo de los índices de corrección para préstamos de capitales reajustables. Desde nuestra visión, se trató de una cuestión muy específica por lo que la ley en estudio constituye un regreso inaudito al pasado con el que se pretende borrar el apuntado desarrollo doctrinario y jurisprudencial que, en rigor, ha dado vida a la responsabilidad civil como 'Derecho de Daños'. De todos modos, destacamos otro supuesto

¹⁵ BUERES, Alberto J., *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 122.

¹⁶ CSJN, 1933, 'Tomás Devoto y Cía. Ltda. c. La Nación s. Daños y perjuicios', Fallos 169:11.

¹⁷ CSJN, 1984, 'Vadell, Jorge c. Peia. de Buenos Aires s. Indemnización', Fallos 306:2027.

¹⁸ CSJN, 1992, 'Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. BCRA', Fallos 315:1026.

especial resuelto por la Corte federal en 'Azzetti, Eduardo N. c. Estado Nacional' (CS, 1998, Fallos 321:3363), sobre daños padecidos en actos de guerra, que entran dentro del deber de armarse en defensa de la patria y para lo cual el Estado ha capacitado a sus fuerzas armadas y el aporte de la comunidad en tiempo de paz lo ha hecho posible, según los argumentos esbozados por la Corte para denegar la responsabilidad del Estado por esos daños, los que fueron comprendidos mediante leyes especiales (14.414, 22.674 y 24.652), con lo que el presupuesto contradice, de algún modo, el propósito exculpatario que persigue la ley en comentario.

El art. 5 de la ley 26.944 merece, también, algunas reflexiones negativas de orden axiológico, normativo y jurisprudencial. El inc. 'a', trae dos límites: que la responsabilidad por actividad legítima es, más que restrictiva, excepcional; y que nunca procede el lucro cesante. Según afirma la doctrina, este último proviene de la ley de expropiación¹⁹ y, según nuestro sentir, tampoco tiene justificación, porque no puede haber daños con límite y otros sin otro límite que la reparación integral. El servicio al bien común no se satisface —no debe— avanzando sobre el legítimo interés particular; el derecho de propiedad, según el art. 17, CN, es inviolable y ese concepto no apunta solamente a la propiedad de cosas materiales, sino también a 'bienes'. El concepto 'propiedad' contenido en los arts. 14 y 17, CN, ha dicho la Corte federal, "*ampara a todo el patrimonio, incluyendo los derechos reales y personales, bienes materiales o inmateriales y en general a todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo y de su vida y libertad*" (Fallos 137:47; 294:152; 304:856). Comprende "*Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirle en su goce, así sea el Estado mismo*" (CS, Fallos 145:307). Como citó la Corte federal en 'Aquino', cuando queda subsistente algún daño sin reparar, la indemnización no sólo no es integral sino que no es justa²⁰.

¹⁹ CSJN, 1989, 'Estado Nacional c. Textil Escalada SA. s. Expropiación': "*Es improcedente la tacha de inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 13264 en tanto excluye el lucro cesante del monto de la indemnización*", Fallos 315:2444.

²⁰ CSJN, 1972, 'La Florida S.R.L. c. Nación', Fallos 283: 213: Indemnizar es, en suma, eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento. Ello impone que la indemnización debe ser "integral" —que vale tanto como decir "justa"—, porque no sería acabadu indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte (voto del doctor Marco Aurelio Risolla).

En algunos de los casos resueltos por la Corte federal en supuestos de los daños resultantes de la inundación de campos en la Provincia de Buenos Aires, con motivo de las obras hídricas desenvueltas, la Corte autorizó la reparación del lucro cesante. Se sostuvo allí que *"Tratándose de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que causan perjuicios a particulares, no cabe omitir la reparación del lucro cesante mediante la pretendida aplicación analógica de la ley de expropiaciones"*²¹. De modo tal, el art. 5 contradice una opinión de la Corte federal, última palabra en la interpretación constitucional sobre las garantías y derechos individuales.

El tercero y último párrafo de ese art. 5, en tanto priva de reparación a los daños causados *"por la actividad judicial legítima del Estado"* sienta un principio general inaceptable en el desarrollo actual del Derecho Civil y, de modo especial, frente al impacto que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene en el derecho interno, a partir de la obligación asumida por el Estado de adecuar su derecho interno a las reglas de la Convención ADH, que componen, con otros instrumentos, el plexo de garantías de igual jerarquía que la CN (arts. 75, inc. 12, y 31, CN). Abundar sobre los principios doctrinarios y jurisprudenciales elaborados respecto a la responsabilidad del Estado por la actuación judicial, exorbitaría con creces el propósito de este trabajo, desde que la mayoría de los fallos de la Corte IDH se han pronunciado respecto de las violaciones del debido proceso legal, lo que compromete la responsabilidad de los Estados partes. Dejamos asentada nuestra opinión acerca de que el principio, que debió ser positivo en orden a la responsabilidad, debe dejar librado a la ley, dictada con apego a las antes citadas garantías, los requisitos a que se someta esa responsabilidad, tratando de no dejar demasiado margen de apreciación a los jueces. La Constitución del Chubut, provincia en la que vivo desde hace 49 años, establece bajo el título 'error judicial' en su art. 60, que: *"El Estado garantiza la plena reparación de*

²¹ CSJN, 1989, 'Jucalán Forestal, Agropecuaria SA. c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios', *Fallos* 315:2266; CS, 28.07.1994, 'Fernández Badie, Julio Alberto c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios', *Fallos* 317:816; CS, 11.08.1987, 'El Inca de Hughes S.C.A. c. Provincia de Buenos Aires', *Fallos* 310:1545; CS, 10.08.1995, 'Terrero, Felipe y otros c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios', *Fallos* 318:1440; CS, 08.03.1988, 'Crotto Posse de Daireaux, Valeria y otro c. Provincia de Buenos Aires s. Cobro sumario de pesos', *Fallos* 311:233; se llamó allí 'indisponibilidad productiva'; y exoneró a la Provincia de pagar el daño moral; CS, 25.11.1997, 'Pronar Sociedad Anónima Mineral, Industrial y Comercial c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios', *Fallos* 320:2551, respecto de actividad minera; CS, 10.08.1995, 'Terrero, Felipe y otros c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios', *Fallos* 318:1440; en esta causa liberó a la Provincia de pagar la desvalorización del campo. En CS, 17.04.1997, 'Salvatore de López, Amelia c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios', *Fallos* 320:568, resolvió que *"Si, en virtud de los daños causados por las inundaciones, se indemniza de manera integral el valor real del terreno y de las construcciones e instalaciones hoteleras, corresponde declarar transferido el inmueble al dominio de la Provincia de Buenos Aires"*.

los daños causados por error judicial, sin otro requisito que su demostración. Especialmente indemniza los daños ocasionados por la indebida privación de la libertad, su indebido agravamiento o por incumplimiento de los preceptos referidos al tratamiento de detenidos y presos". La cuestión de cuándo ha mediado error es tarea ardua, pues exige la apreciación de las circunstancias en que se hubiere producido, el contenido de las normas en juego, el ejercicio de las facultades de los sujetos procesales, el respeto de las garantías específicas del sistema vigente, entre otras consideraciones. Este será otro de los motivos por los que la 'invitación' a las provincias a adherir al régimen de la ley 26.944, no será seguida por la Provincia del Chubut. Además, consignamos aquí otra norma constitucional, sumamente valiosa aunque de escasa aplicación por los jueces provinciales, en especial, del Superior Tribunal de Justicia que lia condicionado en forma inadmisiblemente el acceso a los recursos extraordinarios de casación e inconstitucionalidad, con claro apartamiento de la doctrina de la Corte IDH: El art. 10, CPcial., establece que *"Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces"*.

El art. 6, dice: *"El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada"*. Como primer abordaje a esta exclusión, cabe decir que alienta la ausencia de control sobre los concesionarios de los servicios públicos, lo que deja inerme a las personas frente a los abusos que a diario se observan en el entramado social; hay un ejemplo penoso muy reciente como para olvidarnos del caso, como fue el trágico desenlace del tren del Ferrocarril 'Sarmiento'. Aquel principio, antes aludido, sostenido por la Corte federal acerca de que quien pone en funcionamiento un servicio es responsable de las consecuencias de su ejecución irregular, ha sido aplicado por la Corte a varios servicios públicos a cargo del Estado; así, en el caso del servicio de policía de seguridad²²; en el del servicio de medicina a cargo de un estado provincial²³; a la que es inherente

²² CS, 06.10.1992, 'Risso, Claudio Jesús y otros c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios', *Fallos* 315:2330; CS, 08.09.1992, 'Morales, María Beatriz c. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios', *Fallos* 315:1902; CS, 08.09.1992, 'García, Ricardo Mario y otra c. Buenos Aires Provincia de s/ Indemnización de daños y perjuicios', *Fallos* 315:1892; CS, 31.08.1999, 'Izaurre, Roque Rafael c. Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios', *Fallos* 322:2003; CS, 08.08.2006, 'Blackie, Paula Y. y otros c. Provincia de Córdoba s/ daños y perjuicios'.

²³ CS, 22.12.1994, 'Breschi, Noemí Euján c. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios', *Fallos* 317:1921.

a los explotadores de un salón bailable²⁴; la que pesa en el transportador aeronáutico (art. 139 del Código Aeronáutico)²⁵; como la que resulta de la prestación del servicio –contractual entre el usuario y el concesionario– en las rutas concesionadas, aunque la Corte ha admitido ‘grados’ de previsión que no es dable aceptar por el simple hecho de la cercanía o lejanía de centros urbanos²⁶. En la causa ‘Bianchi’, la Corte federal reiteró el criterio sustentado en orden al poder de policía estatal, en que sostiene que “...el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en 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 involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa.. (Fallos 312:2138; 313:1636; 323:3599; 325: 1265)”²⁷. Declaró allí que la relación entre el usuario y el concesionario es contractual y regido por las normas de protección del consumidor (Ley 24.240), aunque por la fecha de los hechos, anterior a la vigencia de la ley, no la aplica, y no descarta la eventual responsabilidad del Estado que, en el caso, no fue sostenida adecuadamente y careció de soporte probatorio en cuanto a la propiedad del animal causante del daño. Agreguemos, que la relación entre concesionario y usuario genera una obligación tácita de seguridad, objetiva, y aneja al contrato que resulta del uso de la vía por el que paga el ‘peaje’. La cuestión es ciertamente compleja y opinable, y ha motivado criterios encontrados pues, no ha de olvidarse, que la vía es de propiedad del Estado, que es de Derecho Administrativo la relación que la concesión liga al concedente y al concesionario, y que se desenvuelven en la actividad relaciones contractuales y extracontractuales de derecho privado que deben ser resueltas en cada caso según las implicaciones respectivas. En nuestro punto

²⁴ CS, 12.09.1995, ‘Scamareia, Mabel y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios’, Fallos 318:1715.

²⁵ CS, 09.11.2000, ‘Fabro, Víctor y otra c. Provincia de Río Negro y otros s/ daños y perjuicios’.

²⁶ CS, 07.11.2006, ‘Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y otro’.

²⁷ CS, 7.11.2006, ‘Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios’, considerando 2; Fallos 329:4944; cambia allí su doctrina sobre la responsabilidad de los concesionarios, quienes asumen “no una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio, calificación jurídica esta última que importa asignarle un deber de seguridad, de origen legal e integrado a la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles según el curso normal y ordinario de las cosas”, según voto del juez Lorenzetti en la causa CS,17.3.2009, ‘Gómez, Mario Félix c. VICOV S.A. y/o responsable s. Daños y perjuicios’.

de vista, la disposición en comentario exigiría una extensión y profundidad que no estamos, ahora, en condiciones de satisfacer, pero que, como ha dicho el juez Lorenzetti en el considerando 5 de su voto disidente en la causa ‘Gómez’, última que registra la información de la Corte en el tema de las rutas concesionadas, “*Que el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley como los invocados por el recurrente*”²⁸.

El art. 7 de la ley, dice: “*El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita*”. La cuestión del plazo de la acción por responsabilidad extracontractual no responde a las últimas previsiones legislativas. En el PCC de 1998 se fijó en cinco (5) años; el PCC 2012, el plazo de la prescripción liberatoria es el mismo (art. 2560). En general, debe entenderse que el inicio del cómputo es a partir del momento en que el daño se exterioriza, se hace cierto; y, también, en la forma prevista, en tanto la acción quede expedita. En el art. 4037, CC vigente (según ley 17.711), como es sabido, el plazo es de dos (2) años, estimando la doctrina que es exiguo. No obstante, el PCC 2012 mantiene ese plazo, entre otros supuestos, para la acción resultante de accidentes de automotores y derivados del transporte de personas y de cosas (art. 2562, incs. ‘c’ y ‘e’). Ahora, es menester considerar los supuestos en que el hecho del que deriva el daño, resulte de aquellos a los que la doctrina considera imprescriptibles; es que el texto que hemos transcrito no efectúa precisión alguna acerca de la naturaleza del acto (delictual o cuasidelictual, ambos ‘extracontractuales’), sin perjuicio de los llamados hechos de lesa humanidad, que se consideran imprescriptibles, lo que ha de comprender su enjuiciamiento penal y las eventuales consecuencias civiles que resulten de los mismos. Además, sigue siendo una aspiración ciudadana que los delitos de los funcionarios no prescriban, como modo de contener, alguna vez, la corrupción. En el régimen vigente, el art. 4037, CC, comprende todos los supuestos de la responsabilidad extracontractual, pues los cuasidelitos y delitos civiles tienen, prácticamente, la misma regulación legal. En la CPcial. de Chubut, el art. 253, para el caso del juicio político de funcionarios (gobernador y vice), establece que “*Mientras no se produzca el desafuero, la acción criminal queda en suspenso sin que corra el término de prescripción, debiendo continuarse el juicio una vez terminado el mandato del funcionario*”. Es otra razón por la que esta ley no podrá ser aplicada en la Provincia. El art. 712, PCC 2012, sólo declara imprescriptibles a las acciones de estado de familia; el art. 1997, PCC 2012, a la acción para pedir la partición

²⁸ CS,17.3.2009, ‘Gómez, Mario Félix c/ VICOV S.A. y/o responsable s/ daños y perjuicios’.

de la cosa común; el art. 2023, la declara respecto de la propiedad indígena por parte de un tercero; el art. 2166, para reclamar una servidumbre forzosa; el art. 2247, a las acciones reales en defensa de los derechos, a salvo la adquisitiva; el art. 2311, la de petición de herencia, sin perjuicio de la adquisitiva; y el art. 2368, la de partición de la herencia.

Volviendo al texto del art. 7, en comentario, reiteramos que la ausente diferenciación del ilícito que origina la responsabilidad extracontractual (cuasidelito, art. 1109, CC, y delito civil, art. 1072, CC, y delitos penales, art. 1107, CC y textos respectivos del Código Penal de la Nación, CP), parece dejar fuera de la responsabilidad del Estado los delitos del derecho criminal cometidos por sus funcionarios. Hay equiparación, como principio general, entre la culpa que origina el causi-delito civil y la que da lugar a la responsabilidad penal en los delitos culposos (a modo de ejemplo, los arts. 84 y 94, Código Penal de la Nación); la ausencia de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (arts. 512 y 901 a 903, CC), ha sido referida en los citados artículos del CP. Pero cuando la responsabilidad civil del Estado se predica como extracontractual y no se hace explícita referencia a la originada por la comisión de delitos comunes, en tanto propios del funcionario en ejercicio u ocasión de sus funciones, se omite uno de los principales supuestos útiles para la lucha contra la corrupción. Sabido es que, como principio general, el funcionario debe responder personalmente (consecuencia penal) y con su patrimonio personal (consecuencia reparatoria o civil), por los delitos que cometa. Pero si tales delitos se ejecutan en ejercicio o con ocasión de la función, comprometen la responsabilidad patrimonial del Estado y éste no puede eludirla con la mera supresión del CC, aún como sistema subsidiario. El dispositivo en análisis se conecta, necesariamente, con el art. 9 de la ley, cuyo texto se refiere a daños que resultan de la "*actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas*"; llama la atención que no se refiere a 'la ocasión' del servicio, que está doctrinaria y jurisprudencialmente equiparada al ejercicio de las funciones. Pero desde que la 'culpa' y el 'dolo' son componentes de ambas especies de ilícitos, más allá de algunas precisiones que quepa hacer en orden a la tipicidad y elementos subjetivos de cada tipo penal, debe entenderse que la norma atrapa los delitos 'penales' cometidos por culpa o dolo por los funcionarios, lo que, obviamente, arroja responsabilidad tanto civil como penal del funcionario y patrimonial del Estado. Parece claro, y no podía ser de otro modo, que el Estado ha de responder en tales casos, desde que el tercer párrafo de la norma refiere a la acción de repetición de la indemnización, en favor del Estado, contra el funcionario. Insistimos en que en la figura del art. 1112, CC vigente, la culpa y el dolo no interesan como presupuestos, ya que la responsabilidad es directa y objetiva. En la Provincia

del Chubut, los hechos de esta naturaleza imponen al Estado traer a juicio a los responsables (art. 69); su texto dice: "*Todos los funcionarios públicos, electivos o no, y aun el Interventor Federal, en su caso, son solidariamente responsables con el Estado por los daños y perjuicios a que dé lugar el mal desempeño de sus funciones. En tales supuestos debe accionarse contra el responsable para que indemnice al Estado los daños que con su actuación le haya irrogado. El Estado y los municipios están obligados a hacer citar al juicio en que son demandados a los funcionarios o ex funcionarios que se encuentren en las condiciones precedentes y a ejercitar la pertinente acción de repetición*". Se entiende que es 'mal desempeño', concepto amplio, la comisión de delitos comunes en el ejercicio de la función. Nos parece obvio que la exclusión del segundo párrafo del art. 10, que deroga las previsiones de los arts. 30, 42 y 43, 1113 y correlativos del CC, son igualmente contrarios a la CN lo que, además de derogar la responsabilidad indirecta o refleja, se contrapone a los compromisos internacionales asumidos en materia de derechos humanos, desde que las obligaciones que de ellos resultan son exigibles para todos los órganos y dependientes del poder del Estado, incluyendo a sus tres departamentos (ejecutivo, legislativo y judicial). Ha dicho la Corte IDH que "*cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana*" (Corte IDH, 'Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) c. Ecuador', sentencia del 28 de agosto de 2013, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 71).

Nos parece atinado recordar aquí el fallo de la Corte federal en la causa 'Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino' (CS, 27.11.2012, elDial.com, AA7B34), más allá de la cuestión de la inconstitucionalidad de oficio que declara (doctrina iniciada en 'Mill de Pereira c. Provincia de Corrientes', CS, 2001, Fallos 324:3219), en dos aspectos: Uno, el relativo a la reparación, en tanto sostiene que "*es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral; ni tampoco si el resarcimiento derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces resulta en valores*

irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (Fallos: 314:729, considerando 4°; 316:1949, considerando 4°; entre otros)". Otro, en tanto estos principios generales, a modo de las cláusulas generales de la legislación española, contenidos en el art. 19, CN según el propio fallo, que *"la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica"*. Con ello, no se advierte que la nueva ley pueda desplazar al CC de la necesaria regulación que efectúa en cuanto a los presupuestos, sujetos y actos de los que se deriva la responsabilidad civil; en el caso, del Estado, como persona jurídica de existencia necesaria, específicamente contemplada en el texto del citado Código. Tampoco se advierte la necesidad y/o posibilidad, de que las provincias puedan establecer regulaciones al respecto, luego de la delegación expresa hecha en favor del Congreso de la Nación en el art. 75, inc. 12, CN.

Desde otra visión, la administrativista, resulta difícil conciliar la aplicación de normas de derecho administrativo en la regulación del deber de responder estatal, cuando el art 32, inc. 'b' de la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley 19.549) exime de interponer el reclamo administrativo previo cuando *"Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual"*. Nos parece que la unidad del derecho común sufre, con el dictado de esta ley 26.944, un grave atentado; y nos pone en alerta frente a la aparente pretensión de sustraer al Estado y a los funcionarios del control jurisdiccional, última garantía del individuo frente 'a los desbordes posibles de los funcionarios'. A todo evento, auspiciamos la impugnación judicial de la ley pues, en palabras de la Corte federal, *"El ejercicio de la petición de inconstitucionalidad de un acto de gobierno ante los estrados judiciales constituye la expresión máxima de autonomía del ciudadano, quien reclama la plena vigencia de sus derechos individuales, no delegados, frente a los excesos en que hubiesen podido incurrir sus representantes"* (CS, 05.03.2003, 'Provincia de San Luis c. Estado Nacional s/acción de amparo'). Entendemos que proveer de conformidad, será Justicia porque, además, la exclusión irrazonable de un Código que fue fuente de civilización y de progreso, nos deja el sabor amargo del amor perdido.

El reciente decreto 196/2015 y la modificación del régimen general de la responsabilidad

El decreto 196/15, fechado en 10 de febrero de 2015 y publicado en el Boletín Oficial el 12 del corriente mes y año, desde su título ('Delimitación de la responsabilidad'), parece tener por objeto dos aspectos de la actuación funcional de dependientes del Estado, en las sociedades en que éste tiene parte, como Directores, Síndicos, Consejeros y Funcionarios; esto es, una amplia gama de partícipes. El primer objeto apunta a que el Estado tome a su cargo la defensa de la actuación de esos 'dependientes' y, en segundo objeto, que asuma sus consecuencias; cabe entender que dañosas. Es decir, que el Estado no sólo asume, en función de esa normativa, la defensa del 'funcionario', que habrá de entenderse desde el origen de una denuncia o cuestionamiento judicial de su conducta; no asumirá las consecuencias —cabe pensar que patrimoniales— de sus actos, si es que se determina que ha obrado con dolo o culpa grave. Adviértase, que la investigación sobre una determinada conducta funcional, es una cuestión de hecho, que requiere de procedimientos y probanzas y, por tanto, de un desarrollo temporal a cuyas resultas, recién, podrá saberse si medió en la actuación funcional, culpa o dolo. Pero el imputado habrá dispuesto en ese procedimiento de la defensa necesaria 'a cargo del Estado'.

Cuándo se aplica. El límite de esa defensa estatal está en que la actuación de que se trate sea obrada con dolo o culpa grave. En tal caso, el funcionario estará 'solo' con su conducta frente a la ley y afrontará de su peculio las consecuencias a que esa conducta haya dado lugar. Así lo sostuvo en su momento Jorge Bustamante Alsina en su *Teoría de la Responsabilidad Civil*; frente a los delitos cometidos por el funcionario, él solo será responsable. En el régimen general del Código Civil vigente (en adelante CC), en el art. 43, con la reforma de la ley 17.711, se regulan dos situaciones: Una, la persona jurídica responde por el hecho de quienes la administran o dirijan, lo que respeta la doctrina de la responsabilidad acuñada en la Ley de Sociedades comerciales, en cuanto que la actuación de los órganos sociales presupone la 'de la sociedad misma'; con apego a la teoría organicista, es la sociedad la que actúa (art. 58, primera proposición, LSC). Otra, es la situación de los hechos 'ilícitos que no son delitos', o cuasidelitos, que son los que acontecen por culpa, negligencia e impericia, en los términos del art. 512, CC, por no haber puesto en sus acciones la diligencia necesaria que exige la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. También responde la persona jurídica por estos hechos de sus dependientes (art. 43, CC, citado; concuerda con el art. 1113, primera parte, CC). Aquella fórmula, que se atribuye al genio de Vélez Sarsfield y que fue adoptada, con mejor redacción, en el CC español, se mantiene en el Código Civil Unificado

de 2014 (CCU en adelante), art. 1724. Esta norma dice: "*Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*". No hay previsto allí un tercer factor subjetivo, con lo que, con deficiente técnica legislativa, aparece la 'culpa grave' mencionada en los arts. 1771, CCU (acusación calumniosa, en donde se asimila dolo y culpa grave); en el art. 1819, CCU (en la adquisición de un título valor) y en el art. 1867, CCU, en las situaciones que allí se indican relativas, también, a la adquisición de títulos valores. No advierto que haya otra mención de la 'culpa grave' en el resto del articulado del CCU. Y vuelve ahora a aparecer en este decreto.

En el art. 160, CCU, sobre la responsabilidad de los administradores, se dice: "*Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión*". Esta posición jurídica es la correcta y debe aplicarse a todo aquel que tiene la administración y disposición de bienes ajenos. Obsérvese que, correctamente, no se menciona ni a la culpa grave ni al dolo que, recuérdese, es la producción de un daño de modo intencional o con manifiesta indiferencia (art. 1754, CCU, antes citado). Significa también un cambio de paradigma frente al vigente CC, en donde el dolo en los actos voluntarios implica la actuación con la intención deliberada ('a sabiendas') de dañar (art. 1072 y su nota, CC). Ese delito civil origina, por cierto, la obligación personal de reparar y, en algún caso, pudiera exonerar al principal, aunque, para nosotros, la responsabilidad de la persona jurídica es objetiva y directa, tal como tantas veces declaró la Corte federal con anclaje en el art. 1112, CC, hoy expurgada del CCU, y de la competencia 'civil', por vía de la ley 26.944. No obstante, el CCU regula la responsabilidad por el hecho de los dependientes declarando que la responsabilidad es objetiva y, por tanto, no está en juego la culpa. El art. 1753, CCU, dice: "*El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.- La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente*". Según el primer párrafo, esa responsabilidad se funda en la garantía y no podrá invocar el principal que fue diligente en el control o vigilancia de su dependiente. Ahora, ¿puede probar que el dependiente no tuvo culpa y, en tal caso, exonerar a ambos? Si la responsabilidad, como la norma indica, es objetiva, no cabrá la prueba de la no culpa. Cifuentes, al comentar

el art. 1113, CC, entre los requisitos de esa responsabilidad, indica que "*debe mediar un acto culposo del dependiente o al menos objetivamente antijurídico. No importa si ese hecho es un delito o un cuasidelito*" (Código Civil. Comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 3ª ed. actualizada y ampliada, 2011, t. II, p. 659); pero, inmediatamente, se refiere a las causas eximentes de responsabilidad y sostiene que es inexcusable; "*esto es, que continúa subsistente aunque el patrón acredite un eximente de responsabilidad*"; se trata—dice—de una presunción *iure et de iure* (op. y loc. cit., p. 660). Un análisis exhaustivo de esta cuestión nos alejaría del objeto de este breve artículo. Pero pensamos que si no hay culpa del dependiente, no nacerá la responsabilidad del principal, pues éste responde en función de la garantía sobre el hecho de otro que, si ha actuado sin culpa, no habría un motivo para imputarle; dicho de otro modo, el dependiente no tendría que responder por su acto conforme a derecho; por tanto, tampoco lo haría su principal. Véase que, por ejemplo, un accidente de tránsito en el que participa el dependiente como conductor del rodado, autorizado por su principal y titular registral, éste podría invocar la culpa exclusiva de la víctima, la de un tercero por quien no deba responder y el caso fortuito extraño a la cosa y a la actividad. Si esto es así en función del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, CC, significa que aún en ese supuesto de responsabilidad objetiva (riesgo o vicios de las cosas), es posible la prueba de la culpa ajena. Habrá de serlo, entonces, también la prueba de la ausencia de culpa y de antijuridicidad en el hecho del dependiente. Permítaseme soslayar la cuestión en función del objeto del presente, no sin hacer constar que, para una parte de la doctrina, la figura de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa finca en una presunción de causalidad (Pizarro) y, para parte de la doctrina, se trata de una 'carga probatoria agravada' (Moisá).

A modo de ejemplo de lo que decimos, respecto de la culpa (lisa y llana), el CCU contiene referencias a la actuación con culpa, lo que respeta el sistema general. Así, en el caso de la tutela, el tutor responde, frente a su pupilo, por su mala administración atribuible a dolo o culpa, sin distinción (art. 134, CCU). En el art. 1310, CCU, el transportista puede convenir que habrá de responder del deterioro de los efectos transportados, cuando se trata de cosas frágiles o mal acondicionadas, solo si media culpa de su parte. En el depósito, si la cosa se pierde sin culpa del depositario, el depositante asume su pérdida (art. 1364, CCU; es la regla *res perit domino*). Para no abundar, la culpa dirime la imputación de las consecuencias por los hechos voluntarios 'ilícitos que no son delitos', lo que no es ninguna novedad en la tradición jurídica y ha repido entre nosotros en el CC, como un sistema 'abierto' de cuasidelitos, presididos siempre por la culpa y sin su distinción en clases, aunque en muchas ocasiones el Codificador se refiriera a ellas. Ello no quita que el CC, haya previsto, además, supuestos específicos de cuasidelitos, además del principio general del art. 1109, CC. Es claro que el CC impone que el acto sea ilícito

o antijurídico (art. 1066, CC), no bastando la mera culpa (art. 1067, CC). En el CCU se responde del daño injusto, lo que tuerce una saludable tradición legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, en donde la norma preexistente ejerce una función ejemplarizadora y docente. El art. 1749, CCU, en cambio, se refiere a los sujetos responsables, diciendo: "*Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión*". La inconveniencia de esta concepción –a excepción de incumplir una obligación–, extraído del CC italiano de 1942, nos parece evidente, pues en la vida social hay infinidad de daños injustos que no se reparan por ausencia de ilicitud que, desde la vigencia del CCU, podrán ser considerados. El habitante, sin la claridad de una norma imputativa de una conducta prohibida, no sabrá a ciencia cierta cuándo deberá responder, perdiendo en seguridad jurídica. No en vano, Guido Alpa ha expresado que los juristas extranjeros no entienden el alcance de su norma particular. Para el CC y en nuestras convicciones, sólo la violación de la ley genera responsabilidad (garantía de legalidad, art. 19, Constitución Nacional y art. 9, Convención ADH) si, además, la acción reúne los restantes presupuestos de la responsabilidad civil.

Ahora, si la responsabilidad del principal es objetiva, el fundamento del decreto 196/2015 para que el Estado concorra a la defensa de sus funcionarios –en sociedades en que el Estado es parte– y asuma las consecuencias de sus actos, es la garantía. Pero en la Ley General de Sociedades, contenida en el CCU, se mantiene la responsabilidad de los administradores y representantes sobre la base de su culpa (falta de diligencia de 'un buen hombre de negocios', art. 59, LSC). Entonces, ¿cómo es que se suprimió en el CCU, la responsabilidad objetiva y directa, basada en el art. 1112, CC? No sabemos si es una falta de coordinación entre las normas involucradas o el decreto 196 apunta a sostener la actuación de los representantes del Estado en las sociedades en que participa, de 'cualquier manera', o a 'cualquier costo'. Por de pronto, habrá, cuando menos, dos centros de imputación directa de responsabilidad por el hecho de esos 'dependientes': Uno, la propia sociedad, en función del régimen general al que remite el art. 59, LSC, mantenido en el CCU; otro, la defensa y la responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que la conducta no responda a dolo o culpa grave. Tal vez, debemos desentrañar qué hay en el expediente que se cita en el 'visto', para lograr más claridad en los fines que alientan esta particular disposición. En cuanto al régimen de la ley de sociedades del Estado, habrá de recordarse que su formación, dirección y control es de sujeción al derecho público, pero las relaciones que anuda con terceros se rige por el derecho privado, por lo que allí también, en virtud de este decreto, se modificaría el régimen general de la responsabilidad civil.

El régimen de las sociedades comerciales

El art. 54 y, en especial, el art. 59, LSC, marca la responsabilidad de los administradores –y de los socios– sobre la base de la culpa, tal como se postula en el régimen general del art. 512, CC. Así resulta de la ley de sociedades comerciales y, ahora, de la Ley General de Sociedades, que integra el CCU. Esos artículos no están incluidos entre los 23 modificados (con uno agregado, el 94 bis) por la unificación de los regímenes civil y comercial. La actuación de tales órganos de la sociedad, como los de control (sindicatura y consejo de vigilancia) está sujeta a los mismos cartabones de la culpa (arts. 274, LSC). Adviértase que este artículo contiene dos supuestos; en el primero, se aplica el cartabón del art. 59, LSC, que, como ya dijimos, remite al régimen general de la culpa. Según el art. 276, LSC, esa responsabilidad puede extinguirse por el *quitus*. En el segundo, cuando la responsabilidad deviene de la violación de la ley, del estatuto o del reglamento, o tiene sustento en culpa grave, o si media oposición del cinco por ciento (5 %) del capital social, resulta inexcusable. Tampoco se extingue esa responsabilidad en el caso de liquidación coactiva o concursal. Por los arts. 296 y 297, LSC, los síndicos (y miembros del consejo de vigilancia) asumen responsabilidad personal, ilimitada y solidaria (entre sí) y con los directores en caso de incumplir sus obligaciones legales. Además, el art. 271, LSC, impone responsabilidad solidaria por los daños causados a la sociedad que resulten de contratos celebrados por los directores, en caso de colisión de intereses y no mediare autorización de la sindicatura o aprobación de la asamblea. Allí la responsabilidad no es 'ilimitada' sino que ha de entenderse con sujeción a la cuantía del daño ocasionado. Esos contratos deben informarse a la asamblea (y a la sociedad) en los términos del art. 65, inc. 'j', LSC.

El decreto en estudio confiere a los representantes del Estado Nacional en las sociedades que integra, una protección desmesurada, pues pone a su cargo no solo la defensa sino las consecuencias de la actuación –dañosa– con culpa del funcionario. A modo de ejemplo de que la culpa propia no excusa a los integrantes de los órganos societarios (y fuera del *quitus* aprobado por la asamblea y sin la oposición antedicha), el art. 184, LSC (y LGS), pone a cargo de la sociedad, con apego a las reglas del art. 274, LSC, las consecuencias de los actos realizados durante la constitución de la sociedad anónima por acto público, pero deja a salvo la responsabilidad personal. La última proposición del artículo, dice: "*La asunción de estas obligaciones por la sociedad, no libera de responsabilidad a quienes las contrajeron, ni a los directores y fundadores que los consintieron*".

No aparece en este decreto una imposición al Estado, como lo establece la sabia Constitución del Chubut, de traer a juicio a quienes, con sus actos, han originado la responsabilidad patrimonial del Estado, a fin de ejercer la acción de repetición (art. 69)²⁹.

Razón de la asunción de las consecuencias de la actuación, por parte del Estado

Baste citar uno de los párrafos de los considerandos en que se sustenta la asistencia y asunción de consecuencias de las conductas de los agentes mencionados, a quienes el decreto refiere como 'funcionarios públicos'. Se dice allí que toda vez que la actuación de los funcionarios aludidos encuentra su origen en una designación estatal, deviene necesario que el Estado Nacional, a través de la jurisdicción que corresponda, o de la entidad estatal involucrada, asuma la asistencia profesional correspondiente, como así también las consecuencias de los eventuales procesos, cuando con motivo o en ocasión del cumplimiento de sus funciones, los referidos funcionarios sean demandados, intimados, denunciados, querellados, imputados o requeridos de cualquier otra forma. Además, el decreto otorga carácter retroactivo a sus disposiciones para atrapar situaciones existentes al tiempo de su dictado, con lo que la sospecha del intento de cubrir las responsabilidades en ciernes de ser dispuestas, da pábulo a la creencia de que el objetivo encubierto apunta a asegurar indemnidad por los daños resultantes de las actuaciones referenciadas. Si se considera que las causas judiciales tienen en nuestro país inusitada demora, no habría razones para excluir del paraguas protector del decreto, a actuaciones funcionales de gobiernos precedentes; ello, porque el decreto se aplica a situaciones preexistentes, sin delimitación temporal alguna (art. 4º). Desde que comprende la asistencia en juicio penal ('denunciados', 'imputados'), parece claro que la defensa debe asumirla el Estado desde el primer momento pues ello hace a la eficacia del derecho a la defensa en juicio. No se aclara si, de las investigaciones de la causa penal, resulta que el funcionario sólo ha cometido un delito de los que se puede ser imputado por culpa, también el Estado asumirá las consecuencias patrimoniales derivadas del mismo.

²⁹ "Artículo 69. Todos los funcionarios públicos, electivos o no, y aun el Interventor Federal, en su caso, son solidariamente responsables con el Estado por los daños y perjuicios a que dé lugar el mal desempeño de sus funciones. En tales supuestos debe accionarse contra el responsable para que indemnice al Estado los daños que con su actuación le haya irrogado. El Estado y los municipios están obligados a hacer citar al juicio en que son demandados a los funcionarios o ex funcionarios que se encuentren en las condiciones precedentes y a ejercitar la pertinente acción de repetición".

Otro de los fundamentos esgrimidos es la aplicación de la doctrina del órgano, con mención de la elaborada por la Corte federal. Pero, adviértase, que ello significa que la sociedad en la que participan los funcionarios es la que debe hacer frente a las consecuencias de los actos, siempre que entren en la categoría de situaciones previstas en su objeto social, en que deben ser considerados actos propios del ente, como hemos afirmado antes. Y, como también hemos indicado, la actuación con culpa genera responsabilidad personal, ilimitada y solidaria, no solo frente a la sociedad, sino también frente a socios y terceros. Esta responsabilidad no admite paternalismos que expongan al tesoro público por las consecuencias patrimoniales de sus actos.

Es preocupante otra cuestión. Tal, la que se refiere en el art. 2 de la parte dispositiva, en cuanto a que el funcionario sea cuestionado por no acatar "*directivas, recomendaciones u órdenes emanadas de las autoridades competentes de la jurisdicción, organismo o entidad que ejerza la representación de los derechos accionarios de las participaciones*" del Estado nacional. Y, que ocurrirá si el denunciado lo es en virtud de acatar esas 'directivas'? En tal caso, el superior que dispone una determinada conducta padecerá las consecuencias 'políticas' de su decisión, pero ello no quita que deba ocupar, también, el sitio del acusado o cuestionado. Ahora, las decisiones políticas que orientan el desempeño de sus actividades por parte de las empresa del Estado o en las que él participa, son justiciables? De allí que pareciera que el decreto en estudio persigue poner a cubierto a esos funcionarios de las acusaciones o cuestionamientos previsibles que puedan resultar de sus conductas funcionales, en las sociedades en que participa el Estado. Y, como es sabido, es muy difícil probar el dolo y la culpa grave, en especial, cuando se siguen directivas y órdenes. Acaso, vuelve a quedar sobre el tapete la cuestión de la 'obediencia debida'?

Para no incurrir en subjetivismos que empañen la crítica jurídica que intentamos, nos aferramos al sistema normativo que nos rige, sin que debamos aceptar las soluciones propuestas que, como las de la ley 26.944, vienen a alterar una doctrina jurídica consolidada. No podemos dejar de señalar la dicotomía que resulta entre desconocer la responsabilidad del Estado -vía de la citada ley- y poner a su cargo la defensa y el resultado dañoso de las conductas funcionales carentes de la más elemental exigencia del derecho de todos los tiempos: la diligencia del buen hombre de negocios, del buen padre de familia. Y no advertimos la razón por la que el Estado deba hacerse cargo de ese obrar culposo y el resto de los habitantes deban asumir las consecuencias de su conducta, si la ley ha de ser igual para todos y soberana reina de la conducta social. Aunque la cuestión habrá de dirimirse en sede judicial, lo que es bueno que ocurra prontamente, es del caso recordar lo que Vélez Sarsfield cita en la nota al art. 3136, CC: "*sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara*".