

## Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos en el Proyecto (\*)

Juan José Casiello

### I. La actualidad del tema

Nos ha parecido de interés el tema a desarrollar, tanto por su rico contenido doctrinario como por su innegable actualidad según su vinculación con hechos notorios recientes habidos en nuestro país: está fresco entre nosotros el recuerdo de dos graves accidentes

ferroviarios de parecidas características, con el penoso resultado de muchas víctimas mortales (cincuenta y cuatro muertos y mucho más de setecientos heridos se contabilizaron entre los dos siniestros), el primero acaecido a fines de Febrero de 2012, y el segundo el 13 de Junio del corriente año, en la localidad de Castelar.

A propósito de ello, merece ser estudiado el tema de la Responsabilidad del Estado porque, pese a la gravedad de tales sucesos que conmovieron a la comunidad, no tenemos noticia hasta ahora de que "alguien" (para nosotros debió ser el Estado Nacional) haya asumido públicamente su responsabilidad de cubrir perjuicios sufridos por las víctimas

o por sus derechohabientes. Es verdad que se han iniciado, como no podía ser de otra manera, las acciones criminales oficiosas para determinar quiénes en esos accidentes del ferrocarril deben responder *penalmente* por los delitos que tipifica el Código de la

CONTINÚA EN LA PÁGINA 2

## Responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos

Carlos A. Parellada

### I. Introducción

La enmienda del Poder Ejecutivo al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación formulado por la Comisión creada por el decreto 191/2011 ha llevado a civilistas y administrativistas (con licencia de la generalización) nuevamente a la mesa de debate so-

bre la responsabilidad del Estado. Cada uno desde su sector académico reivindica para sí, de alguna manera, que es 'su' disciplina la que debe reglar dicha responsabilidad.

Entretanto, el Estado sigue apareciendo como demandado en las carátulas de los expedientes por los habitantes de la Nación en

virtud de diversas situaciones de las que resultan menoscabos que se le atribuyen a su hacer u omitir.

En el fondo del debate la cuestión que se plantea en el ámbito académico es si el Estado debe ser mirado como uno más en la relación sustancial que se establece a partir del

daño, o si, por el contrario, el Estado es un ente excluido de las normas de la responsabilidad civil común por el hecho de gestionar los intereses públicos. También, en forma coyuntural, se debate qué es lo que debe estar normado en el Código Civil y Comercial.

CONTINÚA EN LA PÁGINA 4

## La responsabilidad del Estado y de los empleados públicos en el Proyecto

Ramón D. Pizarro

### I. La responsabilidad del Estado en el Anteproyecto de Código Civil de 2012

El Anteproyecto de Código Civil, elaborado por la comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton, reguló orgánicamente la responsabilidad patrimonial del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en los artículos 1764 a 1766.

Las normas concebidas fueron dejadas de lado por el Poder Ejecutivo Nacional y sustituidas por otras, sumamente cuestionables.

a) Responsabilidad del Estado por falta de servicio

En el artículo 1764 el Anteproyecto establecía que: "El Estado responde objetivamente, por los daños causados en el ejercicio irregular de

sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño"

La Comisión plasmó en una norma excelentemente elaborada la doctrina de la falta de servicio acunada por la Corte Suprema desde la causa "Vadell"(1) del año 1984, con

los aditamentos que el Alto Tribunal formulara, años después, en "Mosca", (2) a la hora de definir la responsabilidad por falta de servicio derivada de omisiones estatales.

La fórmula proyectada permitía dar explícito sustento normativo *de derecho común* a un criterio sustentado desde hace casi treint

CONTINÚA EN LA PÁGINA 8

### DOCTRINA. Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos en el Proyecto

Juan José Casiello..... 1

### Responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos

Carlos A. Parellada..... 1

### La responsabilidad del Estado y de los empleados en el Proyecto

Ramón D. Pizarro..... 1

### BIBLIOGRAFIA. Tratado de Derecho Penal

Autor: Carlos Fontán Balestra y Guillermo A. C. Ledesma. Comentario: Marco Antonio Terragni..... 11

### NOTA A FALLO. La libertad de expresión en la "blogósfera"

Daniel Alberto Sabsay y Cristian Fernández..... 12

### JURISPRUDENCIA

LIBERTAD DE EXPRESION. Utilización del término "siniestro" para referirse a un funcionario público en un blog periodístico. Condena civil que restringe el derecho constitucional (CS)..... 12

CONTRATO DE TRABAJO. Diferencias salariales por distinta categoría. Fraude a la ley laboral. Utilización de beneficios sociales como pago de remuneraciones (CNTrab.)..... 14

COMPETENCIA. Medida de prueba anticipada. Secuestro de contratos de medicina pre-paga. Competencia del fuero comercial. Improcedencia de la intervención de la justicia federal. Demanda que no se relaciona con la prestación de dicho servicio (CNFed. Civ. y Com.)..... 15

# Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos en el Proyecto

VIENE DE TAPA

materia. Pero las víctimas, bien se sabe, no buscan la vindicta ni el castigo del victimario. Ellas claman por la reparación del daño material y moral sufrido, por vía del pago de una indemnización que, con todo, sólo muy imperfectamente podrá cumplir con ese cometido.

De veras que extraña, a esta altura de los acontecimientos, que no se haya conocido de parte del Estado argentino algún llamado u oferta dirigida a las víctimas de tales siniestros, tendientes a indemnizarles el daño tan injustamente sufrido. No conocemos, tampoco, que se hayan iniciado demandas civiles de indemnización por parte de los afectados (aunque seguramente no habrán faltado abogados inteligentes que asesoren en ese camino a las víctimas...).

## II. La modificación del Proyecto de Cód. Único Civil y Comercial dispuesta por el Poder Ejecutivo

Y la sorpresa frente a este silencio del Estado en relación con la reparación civil de esos grandes daños se acentúa, si cabe, con la modificaciones dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional al conocido texto del proyecto de reformas del Código Civil, encomendado por el mismo Poder Ejecutivo a una Comisión de Juristas que fue presidida el Dr. Ricardo Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como se sabe, el Proyecto —o ante proyecto, en rigor— elaborado por la Comisión fue presentado en una audiencia pública y entregado en propia mano a la Sra. Presidenta de la Nación. Esta, luego de analizarlo, dispuso algunos cambios en su texto, y tras cartón lo elevó al Congreso de la Nación como proyecto de ley.

Pero sucede que, en lo que atañe al tema que analizamos, el Poder Ejecutivo modificó radicalmente el texto de las reformas propuesto por la Comisión, cambiando, o mejor suprimiendo, todo el capítulo referido a la Responsabilidad del Estado.

Así sucedió, en efecto. El Proyecto de la Comisión regulaba en tres artículos el tema en trato. Estos preceptos se ubicaban dentro del “*Título V, Capítulo I, Responsabilidad Civil, Sección 9ª*”. Supuestos especiales de responsabilidad”. Veámoslo:

El art. 1764 decía “*Responsabilidad del Estado*”. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor...”.

El art. 1765, a su turno, expresaba: “*Responsabilidad del funcionario y del empleado público*”. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcio-

nario o empleado público y del Estado son concurrentes”.

Por último, el art. 1766 del Anteproyecto, decía: “*Responsabilidad del Estado por actividad lícita*”. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas...”.

Ahora bien; el Poder Ejecutivo de la Nación sustituye estos preceptos proyectados por otros de contenido absolutamente distinto. Así, luego de mantener en plenitud, en su art. 1763, la responsabilidad de la persona jurídica, que “... es responsable por los daños que causen quienes las dirigen o administran...” dice en el siguiente dispositivo:

Art. 1764: “*Inaplicabilidad de normas*. Las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Y sigue:

Art. 1765: “*Responsabilidad del Estado*”. “La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Art. 1766: “*Responsabilidad del funcionario y del empleado público*”. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Como se ve, y no creemos adoptar una postura de crítica severa, puede afirmarse que las modificaciones que en el anteproyecto introdujo el Poder Ejecutivo en lo relativo a la responsabilidad del Estado, declarando inaplicable la normativa de la responsabilidad que se contenía en el proyecto (y en el Código Civil vigente), y derivándola a la legislación administrativa de la Nación y de cada Provincia, implica, en los hechos, *bastardear* la obligación de responder por daños, que según la Constitución Nacional y el derecho natural debe atribuirse al Estado.

## III. Debe afirmarse la responsabilidad del Estado

En primer lugar, preguntémosnos si el Estado Nacional debe ser responsabilizado por daños; y anticipando que la respuesta ha de ser asertiva, veamos por qué:

El principio inconcuso de la libertad del hombre —el don más precioso que Dios ha dado a su creatura— lo compromete en su accionar y lo hace responsable de sus actos. Los actos del hombre *son actos de él, porque obró con libertad* y por ello las consecuencias de esos actos le son imputables. Estos son principios de derecho natural, recibidos (en lo sustancial) en nuestra legislación positiva.

Y así como el hombre (persona humana) responde por sus actos libres, *también debe responder la persona jurídica* (o persona de existencia ideal) creada por ley para realizar una determinada actividad. Y esto se sigue, como precisa Llambías, (1) del principio que sienta el Código Civil sobre “la paridad jurídica, existente entre todas las personas del derecho, sean de existencia ideal o visi-

ble, en orden a su responsabilidad respecto de terceros”.

Coincide con este pensamiento un autor contemporáneo, no del Derecho Civil, sino del Derecho Administrativo, Roberto Dromi, que expresa: “La responsabilidad del Estado *deriva de su personalidad*. Tiene lugar cuando los actos y hechos emitidos por sus órganos en ejercicio de las funciones que les son propias causan un daño o perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria”. (2)

Vale también citar al siempre recordado Profesor Marienhoff, quien pone el acento en la condición del Estado moderno, que es un Estado de Derecho. Y dice textualmente que “la responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos y hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios propios del *Estado de Derecho*. No es concebible un Estado de Derecho *irresponsable*. Lo contrario implicaría un contrasentido. Estado de derecho y responsabilidad, son, en este orden de ideas, conceptos correlativos. Tal responsabilidad existe cualquiera sea el órgano estatal — Legislativo, Ejecutivo o Judicial causante del agravio...” (3)

## IV. El respaldo constitucional de la responsabilidad del Estado

Resta añadir a estas consideraciones una somera referencia al *respaldo constitucional* de esa *responsabilidad del Estado* que estamos afirmando. En rigor de verdad, el respaldo constitucional vale para el resarcimiento del daño causado sin justificación, sea quien fuere su autor. Y el Estado, como persona jurídica que es, se ve alcanzado también por esa amplia previsión constitucional que vemos seguidamente.

Traemos aquí tanto el apoyo doctrinario como el aporte decisivo que resulta de los fallos de la Corte Suprema.

El Profesor Néstor Sagüés (4) señala que el reclamo a la reparación de todo daño injusto, a favor de la víctima y a cargo de quien lo ha causado, “en la Argentina tiende a perfilarse como un *‘derecho inferido’* por los tribunales y por la doctrina principalmente del principio constitucional de Justicia (del preámbulo) y de los arts. 17 y 19 de su texto”.

También sobre el respaldo constitucional de la obligación de responder por daños, incluyéndose al Estado, se han expresado, con toda su autoridad, Aída Kemelmajer, su conferencia en las XXIX Jornadas de Der. Administrativo, (publicadas en RAP, 309, pp. 179/180); Ricardo Lorenzetti, “Fundamento constitucional de la reparación de daños” (LA LEY, 2003-C, 1184); Alejandro Andrada, “Responsabilidad del Estado”, (La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 49 y ss.); Oscar Puccinelli, “¿Derecho constitucional a la reparación?”, (E.D. t. 166-969) y Carlos J. Laplacette, “Derecho constitucional a la reparación de daños” (LA LEY, 2012-E, 1045). Y hay muchos más.

Y vamos a la jurisprudencia. Es de cita obligada el fallo de la Corte de Justicia en “*Santa Coloma c. Ferrocarriles Argentinos*” (del 5/8/86, JA, -IV-624) en el que el Tribunal hace lugar al aumento del resarcimiento por daño moral reclamado por la actora, invocando el “sentimiento de justicia de la sociedad” que repudia el monto infrarresarcitorio que había fijado la Cámara. Pero, ade-

más, también menciona la Corte el art. 19 de nuestra Carta Magna, para indicar que el principio *alterum non laedere*, allí recibido de manera implícita y *a contrario sensu*, autoriza a los Jueces a fijar un resarcimiento adecuado si alguien daña a otro.

En el mismo sentido, aun de manera más precisa, se ha expedido la Corte en otros pronunciamientos. Así, p.ej., en “*Günther, F. c. Nación Argentina*”, (también del año 1986, E.D., t. 120, p. 522) dijo el Alto Tribunal que “los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil sólo consagran el principio general establecido en el art. 19 de la *Constitución Nac. que prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero*. El principio *‘alterum non laedere’*, entrañablemente unido a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y *la reglamentación que hace el Cód. 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. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas y públicas (Estado), y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa, por lo que resulta indudable, también desde ese ángulo, la existencia de la responsabilidad estatal en el *sub-lite*”.

En ligerísima referencia histórica cabe señalar algunos fallos que fueron verdaderos hitos en la marcha progresiva hacia una afirmación acabada de la responsabilidad del Estado.

Como punto de partida mencionamos el famoso caso “*Devoto*”, (de hace ya mucho tiempo, año 1933), que significó un cambio de singular importancia respecto de la jurisprudencia, hasta entonces imperante, que no reconocía la responsabilidad extracontractual del Estado. Sucedió que en razón de la reparación de una línea telegráfica nacional por obreros agentes del Gobierno, la culpa o negligencia de éstos produjo un incendio ocasionando daños a terceros. Se obligó a los causantes del daño a repararlos extendiéndose esa responsabilidad a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño”. La Corte declaró aquí la responsabilidad extracontractual del Estado, con base en normas contenidas en el Código Civil (factor imputativo “culpa” de los agentes).

Aparecen luego otras decisiones que corroboraron la imputación de daños al Estado, en materia extracontractual. Entre las más significativas se cuenta el caso “*Ferrocarril Oeste*”, de 1938, con fundamento en la teoría de la “*falta de servicio*”, nacida en el Derecho Administrativo. Esta se reitera, años después, en el caso “*Vadell*” (1984, Fallos 306: 2030) y pronunciamientos posteriores del mismo tenor. (5)

En el final de la evolución, se llega a la responsabilidad del Estado por *acto lícito* que, si bien ya insinuada en fallos precedentes, se plasma con precisión en el caso “*Laplacette, Juan — Sucesión*”, de 1943. Se dispuso en este juicio indemnizar al propietario de un campo que quedó invadido por los aguas en forma permanente e inutilizado para toda explotación, a consecuencia de la realización de una obra pública, luego abandonada por el Estado.

La Suprema Corte ha sido singularmente fecunda en su creación de soluciones en

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Sobre la base de la ponencia enviada por el autor a las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(1) LLAMBIAS, Parte General, t. II, N° 1149.

(2) DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo”, Edit. Ciudad Argentina, 7ª ed., Buenos Aires, 1998, pp. 128/29.

(3) MARIENHOFF, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. IV, seg.

edic. pp. 701/02.

(4) SAGÜÉS, Néstor, “Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación”, E.D. t. 202, p. 843.

(5) Un desarrollo muy completo sobre la figura de la “falta de servicio”, puede verse en la obra de Alejandro ANDRADA, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, Edit. La Ley. Buenos Aires, 2008, Cap. IV

este ámbito de la responsabilidad. Al margen de los fallos señeros que hemos mencionado, hay pronunciamientos de la Corte (y también fallos de las Cámaras de Apelaciones de la Capital en innumerable cantidad de casos) que han decidido la responsabilidad del transportista en supuestos de daños sufridos por el pasajero en el transporte oneroso de personas, en especial referido al transporte por ferrocarril. Ello, con fundamento en el art. 184 del Código de Comercio y el concordante art. 65, apartado segundo, de la ley general de ferrocarriles nacionales N° 2873. Norma que si bien aludía al transporte ferroviario, muy pronto (a partir de 1945) la jurisprudencia de las Cámaras de la Capital la hizo extensiva a todo tipo de transporte utilizado, sean ferrocarriles, buques, automóviles, etc., siempre que existiere un contrato de transporte. Y claro que cuando se trataba de un transporte público, se responsabilizaba al Estado. (6)

La jurisprudencia a que se alude se tornó uniforme. Con el agregado de que, con las nuevas ideas sobre el deber de responder, y con la aparición de la ley de derechos del consumidor, la responsabilidad del transportador, que era de *imputación objetiva* conforme al texto del Código de Comercio, se aduna y refuerza con la *obligación de garantía o de seguridad* respecto de la integridad del transportado y de su equipaje.

Culminando estas reflexiones debe admitirse, pues, que coinciden doctrina, legislación y jurisprudencia, en nuestro país como en todo el mundo, en que el Estado como tal, y sus agentes que actúan en su nombre, responden por los daños injustos causados a terceros.

#### V. ¿Qué legislación aplicaremos para regular la afirmada responsabilidad del Estado?

Como capítulo postrero, queda por atender al punto sustancial que se plantea en este trabajo relativo a la norma positiva que ha de regular en concreto la responsabilidad del Estado. Ya vimos que las modificaciones que dispuso el Poder Ejecutivo Nacional en el Anteproyecto de Código elaborado por la Comisión, en orden a la responsabilidad del Estado, concluyen, como en una vuelta hacia atrás, por negar toda vigencia a la normativa que había proyectado la Comisión. Recordemos que se afirma en el modificado art. 1764 que “Las disposiciones de este título (es el referido, obviamente, a la responsabilidad civil) *“no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”*. Y, por el contrario, dispone que rigen en este campo *“las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”* (art. 1765, también modificado).

Hemos dicho antes que estas modificaciones del proyecto implican, en los hechos, “bastardear” el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. ¿Y por qué? Pues porque esas “normas del derecho administrativo nacional o local”, a las que se quieren remitir los reclamos de daños que se formularan al Estado no existen (por lo menos no existen agrupadas en un texto regular); o bien, de existir en alguna jurisdicción provincial, no tienen aptitud ni comprensión para regular aceptablemente el “derecho de daños” en todas sus manifestaciones. La legislación completa, moderna, adecuada para regir en plenitud el derecho de daños, está en el Código Civil y en la riquísima ju-

risprudencia que se ha venido elaborando en los últimos años, que incluye, naturalmente, la cantidad de juicios de daños promovidos contra el Estado y regularmente fallados en esos mismos años.

Habrà que interrogarse entonces sobre si esta nueva normativa introducida por el Ejecutivo que modifica el texto del Proyecto elaborado por la Comisión *ad hoc*, y reenvía la materia de la responsabilidad del Estado a ser juzgada por las normas administrativas de cada jurisdicción federal del país, podrá dar satisfacción del mismo modo a la reparación plena de todo daño injusto que sufra una persona, cuando proviniera de acciones u omisiones del Estado.

Este es el punto conflictivo. Adelantamos nosotros una respuesta negativa al interrogante, afirmando que sólo en el derecho privado, específicamente en el Código Civil y leyes complementarias (como es, por caso, la ley del consumidor), se encuentra el camino ya hecho para lograr una adecuada reparación en justicia del daño que ha sufrido un particular. Cualquiera que sea su fuente. Claro que, ante esta respuesta nuestra, seguramente se escuchará un coro de voces que parten del ámbito administrativo que enunciarán razones encaminadas a proveer al ente público de su propio régimen normativo de responsabilidad, adecuado a los fines y funciones del Estado, y además, que lo habilite para rechazar los eventuales reclamos abusivos de los particulares, movidos muchas veces por el pensamiento egoísta de quien pretende aprovecharse de la “inextinguible” solvencia del Estado. Descontando que si el abuso no se resiste, ello derivaría en perjuicio para toda la comunidad.

Insistimos, sin embargo, en que hay motivos de peso para preferir la ley común del Código Civil. Por el mayor desarrollo casuístico normativo, y sobre todo porque se ha enriquecido con una jurisprudencia viene aplicándolo desde hace más de cien años.

Pero en busca de encontrar soluciones conciliatorias, caminemos por otros caminos. Se nos ocurre que distraemos mucho tiempo en discernir cuál es, entre dos, la legislación más adecuada. Más importante es precisar que no se trata aquí de elegir el mejor entre dos sistemas de responsabilidad. Se trata de enfrentar la realidad y advertir que en verdad no existen esos “dos” sistemas. Porque más allá de la presencia de ciertos principios fundamentales del deber de responder que se descubren en la Constitución Nacional (remitimos a la citada jurisprudencia de la Corte) y son de aplicación en cualquier rama del Derecho, lo cierto es que la normativa grande de la responsabilidad, el “derecho de daños” como se lo llama ahora, se incorporó desde sus primeros orígenes al Código Civil, entonces en un conjunto de pocos artículos. Y hoy se ha convertido en un sistema autónomo completo y sin fisuras que se despliega en múltiples soluciones puntuales, pulidas por la jurisprudencia a través de los años. Ese rico depósito de derecho, como sabemos, ha quedado consolidado en la codificación civil, que por eso es la ley común para los conflictos de esta índole, y para todos los habitantes del país.

Nada de eso sucede con alguna normativa, o con ciertos principios que se han ideado para regular la responsabilidad del Estado por daños, especialmente en materia

extracontractual. Sólo existe un sistema, el sistema clásico del Código Civil (que viene utilizando desde antiguo la Corte de Justicia para cualquier reclamo de daños aunque concierna al Poder Administrador); pero no existe el otro, el pretendido sistema autónomo atinente al ámbito administrativo que respondería en sus diversas expresiones a la organización federal del país.

Véase cómo algunas Constituciones de Provincia remiten al “derecho común” en lo que hace a la responsabilidad del Estado. Citamos, a manera de ejemplo, la Constitución de la Prov. de Santa Fe, que dice en art. 18: “En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que le competen, sin perjuicio de la obligación de reintegro de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del Derecho común en cuanto fueren aplicables”.

Muy similar previsión se contiene en la Constitución de la Provincia de San Juan. Y no hemos encontrado en las demás Constituciones Provinciales normas concretas que regulen la responsabilidad civil por daños referida específicamente al Estado.

Concluimos así nuestro discurrir sobre la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Estimamos que la regulación de esta responsabilidad, en su aspecto específico, ha sido delineada durante años por una jurisprudencia creativa de la Corte de Justicia, y había sido recibida de manera expresa en los tres artículos que se contenían en el Anteproyecto de nuevo Código elaborado por la Comisión, y que infortunadamente fueron dejados de lado por las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo. Mas, por lo que explicaremos seguidamente en los párrafos finales de esta nota, pensamos que la intervención del Congreso de la Nación puede volver el Proyecto a su texto original, *con algún agregado* y, así las cosas, quedará *integrado* en plenitud el “derecho de daños” en el Código único Civil y Comercial. En el siguiente párrafo procuramos fundar nuestra postura final.

#### VI. ¿Puede insertarse en el Código Civil, junto al régimen general de la responsabilidad por daños, un capítulo especial referido a la responsabilidad del Estado?

Sobre el tema, nos parece de interés traer aquí las opiniones de un eximio administrativista, el Profesor Juan Carlos Cassagne, quien se ha expedido en esta misma Revista sobre el Proyecto de reforma del Código Único Civil y Comercial específicamente en lo que atañe a la responsabilidad del Estado.

Al respecto, debe señalarse que el Profesor Cassagne, que ha escrito mucho y bien sobre la autonomía y la completividad del Derecho Administrativo, incluso en punto a la responsabilidad del Estado, parece no acordar en principio con que la normativa del Código Civil referida al deber de responder por daños, especialmente en materia extracontractual, sea aplicable sin más a la responsabilidad del Estado. Pero muestra un criterio amplio y no descarta una salida que permita compatibilizar ambos sistemas. En ese camino, señala este autor dos obstáculos que, en su entender, dificultan el sometimiento a un mismo régimen. Así, *en primer lugar*, menciona “que los objetivos que persigue el sistema público de la responsabilidad estatal difieren notoriamente de los fines propios de la responsabilidad privada, que, como se ha reconocido en el seno del Derecho Civil, mira, ante todo, la situación de la víctima del daño, y la necesidad de articular técnicas eficaces que aseguren su reparación...conforme a criterios pertenecientes a la justicia conmutativa...”.

Mientras que, de otro lado, “el Derecho Público (Constitucional y Administrativo) tiene en cuenta los intereses de la víctima armonizándolos con los del Estado y los ciudadanos, es decir, atiende a las relaciones entre el individuo que padece el perjuicio y la comunidad”. (7)

*En segundo lugar* el Profesor que citamos observa otro obstáculo para que “la regulación de la materia de la responsabilidad estatal, provincial o municipal pertenezca *“in totum”* al derecho civil”, y advierte que “una posición semejante choca abiertamente con el reparto de competencias que ha hecho la Constitución al consagrar el sistema federal y, obviamente, con el carácter local del derecho administrativo (art. 121 C.N.)”.

Sin ánimo de réplica, sino identificados nosotros en el mismo afán de lograr una unificación, o por lo menos una compatibilización razonable entre dos pretendidos sistemas de responsabilidad, que en definitiva están creados para proteger a las mismas personas, atendemos a las objeciones mencionadas precedentemente.

En cuanto a las *diferencias de finalidades* respecto de uno y otro régimen de reparación de daños, nos parece que desaparecen si se identifica una *finalidad común obvia* para ambos regímenes, cual es la de *lograr la justicia del caso*: que consiste, no se dude, en reparar plenamente el entuerto, con la plenitud o integridad *relativa*, que es la que señala la norma de derecho. Esta *justicia solutoria* a que aludimos no se ve alterada, en absoluto, aunque se señale alguna diferencia de enfoque entre preferir los intereses de la víctima, por un lado, y, por el otro, atender también a los intereses de la víctima (pero) *“armonizándolos con los del Estado y los ciudadanos.”* Si se aspira a llegar al desiderátum de la Justicia, no ha de variar la solución del caso, pues la justicia plena está informada por el principio capital de “igualdad ante la ley” que no consiente que se le otorgue al damnificado una suma mayor o menor según sea el Estado o un particular el condenado a indemnizar.

La sentencia, en cualquier caso, se ajustará a los límites que resulten de la ley, y de los *“estándares”* de la jurisprudencia. Sin dejar de ponderar, además, los márgenes y la flexibilidad que han de concederse a la ciencia y prudencia del Juez, quien es el último que aprecia *en derecho* el contorno *particularísimo* de cada conflicto judicial.

Y por lo que hace a las *diferencias de jurisdicción*, el mismo Profesor Cassagne, en el ánimo de lograr una razonable unificación, ha dicho que “desde esta óptica las autonomías provinciales no deberían constituir un freno para el dictado de una legislación que unifique los presupuestos mínimos y los alcances de la responsabilidad pública en todo el territorio nacional. En cualquier caso, la mayoría de los presupuestos y requisitos de la responsabilidad (adoptados por la jurisprudencia de la Corte) constituyen una derivación razonable de los principios constitucionales (vgr. la igualdad ante las cargas públicas, la garantía de la propiedad, la obligación de reparar los daños causados injustamente, etc.)”. (8) La jurisprudencia de la Corte Nacional, ya lo hemos señalado antes, marca un innegable orientación en ese sentido.

El autor que citamos continúa argumentando en su tesis de compatibilización de ambos regímenes, inclusive aún superando el inconveniente que resulta de las infortunadas reformas dispuestas por el Poder Ejecutivo. Así, por ej., el art. 1764 del Proyecto manda *ahora* que las normas de este título que se contienen en el Código “no serán aplicables a la responsabilidad del Esta-

#### { NOTAS }

(6) Ver. TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad del transportista frente al pasajero, en el contrato oneroso de personas”, nota a fallo, en LA LEY, 1996-D, 667.

(7) CASSAGNE, J. C., “La responsabilidad del Estado (Balance y perspectivas)”, LA LEY, 2009-F, 1226.

(8) CASSAGNE, J. C., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en el Cód. Civil y Comercial proyectado”, LA LEY, 2012-E, 1202. Todas las citas de CASSAGNE las hemos tomado de estos dos arts. citados en esta nota y en nota 7.

## ● VIENE DE LA PÁGINA 3

do de manera directa ni subsidiaria”; y razona el Dr. Cassagne que “el precepto sólo impide la aplicación de las prescripciones del Código en forma directa o subsidiaria, pero admite *a contrario sensu* la analogía, lo que es algo radicalmente diverso...” de modo que no existiendo previsión en el derecho administrativo sobre el supuesto que se juzga (‘laguna legislativa’), procede aplicar la normativa civil.

## ✎ NOTAS

(9) CASSAGNE, J. C., op. cit.

El mismo razonamiento hace el autor que glosamos con relación al art. 1766 como quedó *ahora* en el proyecto “que no se refiere a las faltas personales desconectadas del servicio, sino a las faltas de los agentes cometidas en el ejercicio irregular de sus funciones y, por lo tanto, sujetas al derecho público... (La falta personal desconectada del servicio se regirá por el C.C.C.N., como en el sistema del actual Código). En consecuencia —concluye este autor— si el derecho administrativo nacional o local no legislara el alcance de la responsabilidad del funcionario cuando cometiere falta de servicio, se aplicará analógicamente el C.C.C.N. ...” (...) (9). No seguimos con las citas de Cassagne para no extendernos en demasía, pero creemos que su pensamiento, al que adherimos, es convincente para

validar la legislación uniforme proyectada del C.C.C.N.

En definitiva, y para terminar: En relación con el último proyecto de reformas del Código Civil, ya hemos manifestado nuestra disconformidad con la intervención del Poder Ejecutivo Nacional sobre el Anteproyecto de la Comisión, que consistió en eliminar los tres artículos que contenían referidos a la responsabilidad del Estado. Nuestra crítica explicaba que esa modificación dejaba sin regulación *legal* a un sector muy importante y comprensivo del deber de responder por daños; y *por eso expresamos que debía volverse al texto original de la Comisión redactora del Proyecto*. Ponderando ahora las sabias palabras del Prof. Cassagne, estimamos que esos tres artículos del Pro-

yecto en su redacción primigenia, que refieren a daños con origen en la actividad de la Administración Pública, podrían ser enriquecidos, *además*, con alguna normativa de aplicación específica al ámbito de la aludida Administración (por ej. y, entre otras, la incorporación como norma del concepto de “falta de servicio”), y ello concretaría sin violencia la aspiración de un régimen o normativa unificada de la responsabilidad civil. De esta forma, el “derecho de daños”, en su denominación actual, prevería soluciones indemnizatorias de todo daño injusto que sufriera un sujeto de derecho, venga de donde viniere el agravio. ●

Cita on line: AR/DOC/3319/2013

## ● VIENE DE LA PÁGINA 1

Sin perjuicio de las convicciones que nos animan desde uno y otro extremo de la controversia académica, nos parece que el hombre común está preocupado por saber cuál es el destino de sus daños: si la eventual vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación frustrará su indemnizabilidad o la disminuirá.

## II. Las competencias legislativas en el Estado Federal y las Provincias

La cuestión se conecta con nuestra organización nacional, porque la sociedad argentina pretendió organizarse bajo la forma representativa, republicana y federal (art. 1º C.N.). En orden a nuestro tema, nos importa el carácter federal, ya que la inclusión de normas relativas a la responsabilidad civil patrimonial está reglada en los Códigos de fondo, con independencia de su carácter de normas de derecho público o privado.

Todas las normas de uno u otro carácter conforman un sistema jurídico único: el ordenamiento jurídico argentino, integrado por el derecho federal, el derecho común y el derecho provincial.

Tal convicción se ajusta a nuestro régimen constitucional en el que el derecho federal es dictado por el Congreso de la Nación y aplicado por la jurisdicción federal, con exclusividad. El derecho provincial creado y, en principio, aplicado por la jurisdicción provincial, sin perjuicio de la aplicación que correspondiera hacer a los tribunales federales, cuando así correspondiera. El derecho común cuya creación fue delegada en el Congreso Nacional, pero que, mediante la reserva de jurisdicción (art. 67 inc. 11, hoy 75 inc. 12), es aplicado por “*los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones*”.

En tal sistema, la materia del derecho común comprende las normas generales de convivencia que la Constitución (o el Poder Constituyente) previó procurando que fueran únicas y uniformes, a diferencia de otros sistemas federales en los que los Estados miembros (provincias) se reservaron el dictado de las normas de derecho común. (1)

La forma lingüística utilizada, en el art. 67 inc. 11 de la Constitución originaria, 75 inc. 12 de la reforma de 1994 fue la “*dictar los códigos Civil, Comercial...*”. No obstante ello, no cabe duda de que se trataba de una clara defini-

ción por la existencia de derecho sustancial o de fondo -por oposición al derecho adjetivo o de forma (2)- que unificara los derechos sustanciales de los habitantes de todo el país evitando desigualdades entre los de las diversas provincias. Se valoró especialmente que a diferencia de lo que ocurría en los Estados Unidos de Norteamérica —descendientes de los anglosajones-, en el país resultaba conveniente seguir el criterio de Alberdi, acerca de la unidad legislativa pues “*semejante anarquía de la legislación civil y comercial volvería un caos de ese país...*” (3), a los efectos de resguardar la integridad de la Nación.

Es cierto que en algunas oportunidades no hay un claro criterio distintivo para determinar cuáles son las normas de derecho común. (4) Es certero, en cambio, que la organización administrativa es de la competencia legislativa local (5), ya que la Constitución en el art. 123 expresamente establece que cada provincia regla el alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. No obstante destacada doctrina sostiene que tiene carácter de derecho común y sustantivo (6), lo que -en nuestro criterio- refuerza la argumentación que avala que debe ser regulada, con sus particularidades, por el Congreso de la Nación y se aplique por los

tribunales provinciales.

Tampoco es dudoso que la responsabilidad patrimonial y el régimen de las obligaciones es una materia propia del derecho común (en su acepción constitucional) sea de las personas jurídicas privadas o del Estado. (7) De tal modo, que sin perjuicio de la reserva de aplicación de las normas comunes que corresponde a la jurisdicción local, el ámbito especial de validez de las normas que la reglan es todo el territorio de la Nación. (8)

Correlativamente, el art. 126 de la Constitución Nacional veda a las provincias ejercer los poderes delegados. (9) En virtud de esa norma es que no puede pretenderse que la legislación local de las provincias regule la responsabilidad patrimonial de las personas -sean públicas o privadas, humanas o jurídicas-. El derecho a la reparación y el modo en que se responde, en general, por deudas y daños es el efecto jurídico patrimonial de una fuente de las obligaciones y, consecuentemente, sólo el Congreso de la Nación puede establecerla para las personas humanas, jurídicas privadas y públicas.

Al respecto median razones indudables desde el punto de vista jurídico. El régimen obligacional, el modo en que se constituye

## ✎ NOTAS

## Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) EKMEKDJIAN, Miguel A. “Tratado de derecho constitucional”, Buenos Aires, Depalma, 2001, t. IV p. 491, señala: “Nuestros constituyentes, inspirados en Alberdi, se separaron aquí del modelo norteamericano y crearon un tercer tipo de leyes: las de derecho común o códigos de fondo, que por su origen se asemejan a las leyes federales, ya que son creadas por el Congreso nacional, pero por su aplicación se asemejan a las leyes locales, ya que son aplicadas -en principio- por los tribunales provinciales... (las leyes federales) A diferencia de lo que sucede con las leyes de derecho común, las que -a veces- pueden ser aplicadas por los tribunales federales; las leyes federales siempre son aplicadas por los tribunales federales en todo el país”. Conf. GONZALEZ CALDERON, Juan A. “Derecho constitucional argentino”, Buenos Aires, Lojaune Ed., 1931, t. III pp. 168 Nos. 1249 y 1250 y 487 No. 1596, respectivamente, nos recuerda el autor que las objeciones de los convencionales Zavala y Zenteno respecto a la redacción propuesta motivó la variación de la redacción impresa en la sesión del 28 de abril de 1853, sustituyendo la referencia a la ‘materia civil, comercial, mineral y penal’ por ‘Códigos’. La intervención de Gorostiaga determinó claramente que las provincias tendrían la competencia legislativa de la materia adjetiva o procedimental. En igual sentido, QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel Á. y CENICACELA, María de las Nieves “Derecho constitucional argentino”, Buenos Aires-Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 2009, t. II, p. 960, No. 11.1; GELLI, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada” Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª ed. act. y ampl., p. 675 No. 1 de la glo-

sa al art. 75 inc. 12; GOMEZ, Claudio Daniel “Constitución de la Nación Argentina. Comentada, concordada, anotada”, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2007, p. 578 y ss. C.S.J.N., 1930, “González, Modesto c/Provincia de Santiago del Estero” Fallos: 159:326, en el cual se dijo que “consagrada la unidad de la legislación civil como consecuencia de la unidad política de la República, no cabe admitir que los Estados autónomos puedan destruir aquella al dictar sus instituciones, concediéndose ellos mismos privilegios o exenciones al margen de la legislación general”.

(2) La afirmación que se hace en el texto es la aceptada hoy por la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime. Sin embargo, no han faltado opiniones que entendían que la única atribución que quedaba reservada a las provincias, era la organización de los tribunales provinciales, pero que las normas rituales referidas al procedimiento correspondían a la Nación. Al respecto, se destacan las opiniones de Mercader y Bibiloni en el último sentido indicado.

(3) ALBERDI, Juan B. “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. Elementos de derecho público provincial argentino”, Buenos Aires, Ed. Luz del Día, 1952, p. 286, ap. I; Conf. con dicha conclusión: MOSSET ITURRASPE, Jorge “Responsabilidad por daños”, Buenos Aires Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 2004, t. X p. 67 No. 4.3; PIZARRRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo “Instituciones de derecho civil. Obligaciones”, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, t. V p. 241 No. 1106 b); PIZARRRO, Ramón D. su opinión en “Responsabilidad del Estado” LA LEY, 2011-1279, Derecho Comparado, especialmente en p. 1286, al responder el segundo interrogante planteado; GONZALEZ ZABALA, Rodolfo M.

“El Estado y derecho de daños” D.J. T. 1999-2 p. 807, especialmente ap. IV *in fine*; RAMOS, María Florencia - MARQUEZ, José Fernando, “La supresión por el Poder Ejecutivo nacional de la disciplina de la responsabilidad del Estado y del funcionario en el marco del Derecho Privado ¿Constituye una opción ajustada a derecho?” en R.D. Daños, Rubinzal y Culzoni, t. 2012-3 “Proyecto de Código Civil y Comercial”, p. 479, No. II-3, hablan de “la mayor de las anarquías”.

(4) GELLI, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª ed. act. y ampl., p. 675 No. 1 de la glosa al art. 75 inc. 12.

(5) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, t. I p. 160 No. 33.

(6) Desde una visión crítica a la inclusión de normas sobre responsabilidad del Estado en el Código Civil, el maestro Cassagne reconoce el carácter de derecho común y sustantivo del derecho administrativo, cuando afirma “El propio proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, de elaboración reciente (1999) contiene prescripciones especiales y diferentes en cuanto a la responsabilidad del Estado, regulada, erróneamente a nuestro juicio, como si fuera una responsabilidad especial del derecho civil -a fin de mantener aquella pretendida unidad del derecho de daños- cuando en realidad se trata de regular supuestos de responsabilidad de otro derecho común y sustantivo, como es el derecho administrativo”.

(7) La Corte Nacional ha tenido oportunidad de decidir que “los plazos extraordinarios acordados a las provincias por las legislaciones locales para que puedan hacerse efectivos en sus bienes los créditos reconocidos

localmente, afecta la estructura del Código Civil que no ha creado beneficio alguno al respecto a favor de las personas jurídicas sobre los que legisla, estableciendo por el contrario una perfecta igualdad entre aquéllas y los simples particulares” (CSJN, 1930 “González, Modesto c/Provincia de Santiago del Estero” Fallos: 159:326); en fecha reciente, la Cámara Octava de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba ha declarado la inconstitucionalidad de la ley provincial 9504 que estableció una suerte de inembargabilidad de los fondos públicos presupuestarios (14/02/2013, autos “Fontaine, Julio L. c. Prov. de Córdoba p/Cob. Hon.” Rubinzal on line RC J 6154/13). El análisis de la cuestión se abordó a través de la consideración de la frustración de las atribuciones judiciales, pero obviamente desde el ángulo del alcance de la responsabilidad patrimonial se llegaría a la misma conclusión, pues la integración del patrimonio y su afectación a la garantía patrimonial de los acreedores resulta materia sustancial delegada a la competencia del Congreso de la Nación, potestad que ha ejercido el órgano competente al dictar el Código Civil.

(8) QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel Á., CENICACELAYA, María de las Nieves “Derecho constitucional argentino”, Santa Fe - Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni, 2009, 2ª ed. act., t. II p. 959, No. 11.1; Específicamente, sosteniendo que la materia de la responsabilidad del Estado es de derecho común que es competencia exclusiva del Congreso de la Nación: GONZÁLEZ ZABALA, “El Estado y...”, D.J. t. 1999-2 p. 807, especialmente ap. V *in fine*.

(9) BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de la constitución reformada”, Buenos Aires, EDIAR, 2004, t. III p. 171, No. 73.

alguien acreedor y deudor -y sus consecuentes derechos y deberes-, en tanto es materia del derecho común no puede ser regulado localmente, sino en la medida en que corresponde a poderes reservados, como el poder tributario provincial o el derecho administrativo en orden a los derechos de naturaleza administrativa. Sin embargo, ni el derecho tributario ni el derecho administrativo pueden establecer restricciones o desnaturalizar el régimen obligacional y/o de la responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas que establece el derecho delegado a la Nación.

Bien afirma Borda que el derecho civil cumple la función de servir de telón de fondo al resto de las derecho ramas del derecho privado y que, a veces, trasciende del campo del derecho privado e influye en el público. (10) Por ello, no resulta aceptable el criterio de que la responsabilidad patrimonial por los daños causados por el Estado pueda ser materia de derecho local provincial. Lo que ya era cierto en el régimen del Código de Vélez resulta más certero en un Anteproyecto que ha superado la dicotomía de principios entre el derecho público y privado.

Existe un obstáculo constitucional, en nuestro criterio insalvable, constituido por la vocación unificadora de las normas del derecho común o sustancial, a fin de que todos los habitantes de la Nación gocen de derechos sustanciales iguales cualquiera fuere su radicación territorial. También en este aspecto la idea inspiradora del Anteproyecto surge de los Fundamentos que se acompañaron, al decir que se trata de un “código de la igualdad” y que se busca plasmar “una igualdad real” (11), que ciertamente no se ve concretada si el derecho a la reparación de los habitantes de la Nación es diverso en las diversas jurisdicciones político-administrativas en que se divide y según sea la persona del dañado. (12)

Pero en apoyo de esas consideraciones de orden estrictamente jurídico, se advierten razones de conveniencia o de sentido común. No es conveniente ni sensato que las relaciones jurídicas establecidas por la provocación de daños tengan tantos regímenes como jurisdicciones provinciales o municipales existen.

No puede confundirse el ámbito de la disciplina jurídica que estudia el tema, con la competencia normativa a la que corresponde reglarlo. No se trata del resguardo de la unidad pretendida del Derecho de Daños, que puede ser meramente didáctica a pesar de ser plenamente lógica, sino de la unidad del ordenamiento jurídico, que no puede fraccionar la regulación de la responsabilidad por la lesión a los derechos o bienes individuales o colectivos de acuerdo a la persona que los vulnera. La causación de un daño no justificado es fuente de la obligación de reparar de acuerdo al derecho de

fondo cualquiera sea el autor del daño injusto, porque el Estado a través de su sistema jurídico garantiza la incolumidad de la persona y su patrimonio y niega el derecho de dañar.

Ello, en modo alguno, significa desconocer que ciertas responsabilidades -indudablemente, de derecho común o naturaleza civil- puedan ser tratadas conforme a particularidades que presente el dañado o la relación entre dañado y la víctima; relación que siempre tendrá carácter sustancial conforme el régimen obligacional establecido por el derecho de fondo. Ello sucede aun dentro del derecho estrictamente privado -sin connotación alguna del derecho público- en el que se admiten variantes en la relación obligacional, como sucede en la norma vigente del art. 1069 del Código Civil de Vélez y las proyectada en los numerales 1742 y 1750 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, cuando se confieren facultades moderadoras al juez en los supuestos de daños derivados de actos involuntarios o simplemente por razones de equidad atendiendo a la disimilitud de los patrimonios del deudor y el acreedor, la situación de la víctima y las circunstancias del hecho dañoso.

La doctrina de la prevalencia de las normas del derecho común ha sido mantenida en forma reiterada por nuestro más Alto Tribunal, y así ha resuelto que “*Que la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber delegado en la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan (doctrina de Fallos: 176:115, 226:727, 235:571, 275:254, 311:1795 y los citados en éste, entre otros)*”. (13) En particular, ese criterio de la Corte de la Nación se ha vertido con relación a la extinción de las obligaciones (14), pero es perfectamente extensible, por su paralelismo, a las fuentes de las obligaciones.

Por tal razón, no es posible sostener que un Estado Provincial no se constituye en deudor cuando daña injustamente a una persona o que los alcances de la obligación de reparar son distintos de los que corresponden a otra persona jurídica, si el derecho común no establece un régimen diverso para los daños causados por ese autor, en mérito a sus particularidades específicas.

La mejor demostración del acierto de esta afirmación son las propias normas proyectadas bajo los numerales 1764 y 1766 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que incluyen en el propio derecho común la prescripción expresa de que a la responsabilidad del Estado y del funciona-

rio público no se aplican las disposiciones de la responsabilidad civil.

¿Por qué un Código de derecho privado necesita disponer que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos se rige por las normas de derecho administrativo? ¿Por qué incluye estas normas si la competencia legislativa sobre la responsabilidad estatal está reservada por las Provincias en la Constitución Nacional? ¿Por qué no fueron lisa y llanamente suprimidas las disposiciones originarias del Anteproyecto?

Si se entendió que debía decirse expresamente por la ley es porque haber omitido establecer la inaplicabilidad al Estado de estas normas, hubiera quedado comprendido en las normas del derecho común que disponen que “*la violación del deber de no dañar, o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado, conforme las disposiciones de este Código*” (art. 1716). El bagaje jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la responsabilidad del Estado, con apoyo en el Código Civil de Vélez que no incluyó normas sobre el tema, resulta igualmente demostrativo de la respuesta al interrogante planteado.

La sujeción de los Estados -nacional, provincial y municipal- a la Constitución Nacional, a las normas del derecho común y federal es el efecto natural del Estado constitucional de Derecho (15), que concibe al Estado como una persona jurídica pública que actúa dentro de una Constitución, con sujeción a ella y a las leyes que se dicten con arreglo a los procedimientos legislativos por los órganos competentes.

### III. Los principios del derecho público y privado se uniforman y coordinan

Los Fundamentos que acompañan al Anteproyecto destacan que “*la mayoría de los códigos existentes se basan en una tajante división entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En ese aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la doctrina jurídica argentina*”. (16) La presentación editorial del Proyecto, vuelve sobre esta cuestión, y de la pluma del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti se destaca que en él “*existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado*”, contrastándolo con la mayoría de los códigos existentes que “*se basan en una división tajante entre el derecho público y privado*”. (17)

Se comprende a través de esas consideraciones que la responsabilidad del Estado

esté normada en el Código Civil y Comercial, pues si el derecho público y el privado tienen principios comunes o comunicables, no hay razón para que se lo excluya de ese cuerpo legal, que es paradigmáticamente el derecho común. Pero, además, porque si en el derecho común no existe previsión especial para tal responsabilidad, el Estado queda en su carácter de persona jurídica dentro de las previsiones de la responsabilidad de las personas jurídicas, porque no existe norma alguna constitucional que establezca esa inmunidad. Por el contrario, el art. 15 de la Constitución Nacional, al establecer que “una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar” la supresión de la esclavitud en la República, demuestra que el Estado fue concebido por el Poder constituyente como una persona responsable. Esa convicción fue la que inspiró a la Comisión del decreto 191/2011 a normar la responsabilidad del Estado receptando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto.

La idea que el derecho público maneja criterios de justicia distributiva y el derecho privado de justicia conmutativa no constituye -en modo alguno- excluir la materia de un tratamiento unitario, pues en el campo del derecho de daños el criterio es distributivo de los daños y conmutativo respecto de los bienes dañados. En efecto, la función del factor de atribución es la de justificar la distribución del daño, desplazándola del patrimonio que lo ha sufrido al aquel de cuya esfera ha partido la fuerza dañadora. Una vez establecido que hay razón suficiente para el desplazamiento, es entonces que se conmutan los bienes dañados con la reparación correspondiente. Las técnicas de la justicia distributiva o conmutativa no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina o rama jurídica, sino que forman un fondo común del Derecho, de acuerdo a los fines que se propone.

Es igualmente injustificado el argumento de que el derecho público supone una relación de subordinación y no de coordinación como sucedería con el derecho privado, que daría lugar a un distinto arsenal de técnicas. Tanto uno como otro -si se admite que son diversos, lo que hoy está en revisión- utiliza todas las técnicas jurídicas para regular la subordinación y coordinación las conductas de las personas y del propio Estado al bien común.

Pretender que subsiste una división entre derecho público y privado que obsta la comunicabilidad de los principios entre uno y otro es negar la esencial unidad del ordenamiento jurídico (18), que tiene su centro en la persona humana a la satisfacción de cuyas necesidades está ordenado todo el Derecho. Ese punto de confluencia de ‘todo el Derecho’ es el que deja sin sentido las distincio-

CONTINÚA EN LA PÁGINA 6

#### { NOTAS }

(10) BORDA, Guillermo A., actualizado por Guillermo J. Borda, “Tratado de derecho civil. Parte general”, Buenos Aires, La Ley, 2008, 13ª ed., t. I p. 35 No. 21.

(11) “Fundamentos del Anteproyecto...” cit., p. 507, ap. I) Aspectos valorativos.

(12) VILLAGRAN, Santiago “La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código” LA LEY, 2013-A, 635, especialmente, cap. III b), sosteniendo que no es lógico que se apliquen regímenes distintos según sea la persona del dañado.

(13) C.S.J.N., junio 29/2004, “Barreyro, Bernarda R c. Municipalidad de Posadas” Fallos: 327:2631; La Ley Online AR/JUR/6455/2004; C.S.J.N., setiembre 30-2003 “Filerosa S.A. s/quiebras s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda” Fallos: 326:3899, LA LEY, 2004-D, 267, con nota de DOBLIANI, Juan F., J.A. t. 2003-IV p. 727 y La Ley Online AR/

JUR/1976/2003; C.S.J.N., julio 8-1997, “Sandoval, Héctor c/Provincia del Neuquén” Fallos: 320:1344; C.S.J.N., agosto 10-1956 “Liberti, Atilio G. (suc.)” Fallos: 235:671 y LA LEY, 84-469, en este fallo se decidió que prevalecía el régimen societario del derecho común en orden al ejercicio de la facultad impositiva indudablemente reservada por la Provincia. En el caso, la Provincia de Buenos Aires ha dispuso gravar con el impuesto a la transmisión gratuita de bienes la participación que el causante tenía en sociedades radicadas en otra jurisdicción; dijo la Corte nacional que esa pretensión impositiva contrariaba el derecho sustancial en tanto el patrimonio social es distinto del de los socios, por lo que el poder provincial indiscutible no podía desconocer ese principio y entender que subsistiera ambos derechos de dominio: el del socio fallecido -que hubiera podido ser gravado- y el de la sociedad radicada en una jurisdicción diversa.

(14) C.S.J.N., agosto 19/2004 “Verdini, Edgardo U. c. Instituto de Seguridad Social de Neuquén”, Fallos: 327:3187, La Ley Online AR/JUR/6176/2004. En el caso, se decidió: “Debe revocarse la sentencia que entendió que la aplicación de la prescripción quinquenal de la acción procesal administrativa prevista en la ley 1284 -Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia- prevalece sobre el plazo decenal del art. 4023 del Código Civil, ya que las legislaciones provinciales que reglamentaban la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local.”

(15) Tercera Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan (1986), despacho unánime (punto 3º Funda-

mentos de la responsabilidad estatal por actos lícitos) de la comisión No. 4.

(16) “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 2012, p. 507, ap. I) Aspectos valorativos.

(17) Aut. cit., en la Presentación del Proyecto publicado por las editoriales La Ley y Rubinzal y Culzoni, ap. III.

(18) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado” en “Responsabilidad del Estado”, Tucumán, UNSTA, 1982, p. 159 cap. II C, dice allí la autora “... el Derecho no puede dividirse en compartimentos estancos”; MERA SALGUERO, Ana Laura, “Otro ejemplo del avance del fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado” LLBA, 2010-1233, especialmente en el ap. III. Dice la autora: “Las grandes clasificaciones y dicotomías que

## ● VIENE DE LA PÁGINA 5

nes intelectuales que se vuelven puramente instrumentales, pierden esencialidad, al servicio de la idea central. (19) Esa idea es la que domina el Derecho desde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “*el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*”. (20) En este sentido se recuerda con frecuencia que “*la protección de la persona frente a la globalización pasa por reforzar su autonomía más que por optar por leyes imperativas que se impongan sin considerar las necesidades del individuo*”. (21) La centralidad del hombre no se relaciona únicamente con el sistema jurídico interno (nacional), sino también con el orden internacional. (22)

Aparece de ese modo claro que la división entre derecho público y privado no tiene el carácter fundamental que tuvo en épocas pretéritas, cuando prevalecían los valores de la ordenación jerárquica de las normas o derechos y de la sociedad misma, con sus correlativas ideas de superioridad y subordinación. La persona humana como centro del sistema lleva a que sea a partir de ella y sus derechos cualquier ordenación normativa. La mirada en el hombre, y la idea de que todo gire a su alrededor, *horizontaliza* en lugar de jerarquizar, pues se descubre la igual dignidad de todos los hombres, por lo que la coordinación de los derechos públicos y privados que concurren en su vida y conducta así lo requieren. Es allí donde encuentra sentido la autoridad que orienta con la razonabilidad de las interpretaciones la ejemplaridad de la conducta estatal y la prestación responsable de los servicios públicos, y pierde sentido el autoritarismo que -algunas veces- campea en derecho público. (23)

La comunicabilidad de los principios del derecho público y privado es un imperativo de la hora, por el rechazo ciudadano a la diferencias arbitrarias, como las provenientes de la persona del dañado o del incumplidor. Bien se ha dicho que no es posible distinguir entre responsabilidad nacida a raíz de los daños injustos causados durante la atención en una clínica privada o en un hospital público. (24)

En el derecho privado no ha estado ausente la preocupación por el resguardo de los intereses públicos, de lo que constituyen claro ejemplo las normas contenidas en el art. 953 (sobre el objeto de los actos jurídicos), 1047 (sobre la nulidad absoluta), 1101 y ss. (sobre la prevalencia del juzgamiento penal), 2611 (sobre las restricciones impuestas

al dominio (25)), 2618 (sobre la contemporización de las exigencias de la producción y el uso regular de la propiedad), los límites a la duración de ciertos derechos -como las indivisiones- para no inmovilizar bienes, entre otros varios.

Pero mucho mayor es la necesidad de coordinación y comunicación entre el derecho público y privado cuando se avizora un Derecho Civil Constitucional en el que se persigue “*reaccionar contra el fraccionamiento del saber jurídico, la insidiosa y excesiva división del Derecho en ramas y en especializaciones que prevaleciendo inevitablemente harán del jurista, encerrado en su microsistema, un componente específico, dotado de refinados instrumentos técnicos sectoriales, pero acrítico, insensible hacia el proyecto completo de sociedad...*”. (26)

Se ha destacado, además, la sinrazón de una remisión al régimen de una disciplina que no ha elaborado un sistema normativo concreto (27), pues crea inseguridad e incertezas, que están lejos de contribuir a la seguridad, claridad y certezas que persigue el Derecho.

Por el contrario, la normativa que se propuso por la Comisión creada por el decreto No. 191/2011, receptaba en sus líneas generales la jurisprudencia elaborada desde 1933 por la Corte Suprema de la Nación, ya consolidada en sus aspectos principales.

#### IV. Derecho civil vs. Derecho administrativo

No se ignora la importantísima corriente doctrinal predominantemente administrativa que ha defendido que la materia corresponde al régimen administrativo local, entendiendo que la competencia legislativa encuadra en el art. 123 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, a la luz de las reflexiones vertidas en el apartado anterior creemos que resulta manifiesta, en nuestro modesto criterio, la debilidad de los argumentos con los que se ha pretendido reivindicar exclusivamente para el derecho público el tema de la responsabilidad estatal. Toda la construcción que se ha estructurado para sustraerla de las normas de derecho común se ha apoyado en una dicotomía desvanecida a la luz de la centralidad del hombre en el sistema jurídico, la unidad del orden jurídico y la comunicabilidad de los principios entre el derecho privado y público.

Nunca se ha negado que la consideración de lo que es daño jurídico sea competencia del derecho común ni que las indemnizaciones que paga el Estado por los daños sufridos por las víctimas de su actuación -en cualquier esfera- por la privación de bienes

de naturaleza civil revistan ese carácter. Ni siquiera se ha negado en el caso ‘Barreto’, en el que el Ministerio de Justicia apoya las normas proyectadas, y que analizamos seguidamente. Ello así, como bien ha sostenido Mayer: “*todo lo que es igual por naturaleza debe ser también regulado igualmente*”. (28)

Al respecto ha de tenerse en cuenta que la carencia de previsiones normativas en los derechos locales, salvo las normas constitucionales que han previsto la responsabilidad del Estado en forma genérica o por remisión a las de derecho común (29), obligará a los jueces a emitir “decisiones razonablemente fundadas” -art. 3º del Proyecto- que pueden encontrar sus fundamentos en la analogía con las previstas en propio Código u otras leyes, para situaciones que guarden similitud fáctica, existan identidad de razones para resolver el conflicto en la misma forma, la solución sea razonable, y se apoyen en el mismo principio, que en el caso es el *alterum non laedere*.

Los distintos caminos por los que ha transitado la doctrina administrativa y civil no justifican soluciones disímiles, tal como se ha demostrado a través del intercambio de opiniones realizado en las intervenciones de destacados administrativistas y civilistas en el seno del IX Congreso Iberoamericano de Derecho Privado, llevado a cabo en San Juan, entre el 23 y 26 de abril de 2013 (30), que exhibieron la preocupación común por la satisfacción de los derechos de las víctimas de los daños causados por la actividad del Estado.

#### V. Los alcances del fallo “Barreto” y la competencia originaria de la Corte Suprema de la Nación

La razón alegada para justificar la enmienda al Anteproyecto de la Comisión, es la doctrina sentada por el más Alto Tribunal nacional en la causa “*Barreto, Alberto D. y ot. c. Prov. de Buenos Aires y ot.*” (31), abandonando el criterio amplio que se había consagrado en anterior composición en la causa “*De Gandía, Beatriz Isabel*”. (32)

En la causa mencionada en primer término, el Tribunal consideró que la doctrina sentada en el precedente de 1992 -la segunda- “*ha tenido, como consecuencia de su amplia formulación semántica, una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local, con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conoci-*

*to y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitución Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema*” (considerando 5º). Que en mérito a las razones que desarrolla perfiló el concepto de causa civil a los efectos de la competencia originaria de la Corte en la siguiente forma: “(se) impone entender por “*causa civil*” -a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería- a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible”. La Corte no dice que la materia de la responsabilidad del Estado sea competencia legislativa exclusivamente local, sino que su competencia originaria sólo ha de ejercerse cuando los litigios suscitados por razón de extranjería o distinta vecindad se rijan exclusivamente por normas o principios del derecho privado, mas no cuando sea necesario examinar normas o principios del derecho local juntamente con las del derecho privado.

El Tribunal también valoró que la restricción a su competencia originaria “*no frustra la intervención del Tribunal a fin de conocer sobre las cuestiones federales que pudieran suscitarse en el proceso, mediante la instancia revisora que -verificados los demás recaudos que condicionan su admisibilidad- regla desde septiembre de 1863 el art. 14 de la ley 48, y de la cual no está excluida la cuestión concerniente a la violación de garantías constitucionales por la ausencia de imparcialidad del órgano judicial interviniente*” (Considerando 16).

Alguna doctrina ha destacado que el cambio del criterio para el entendimiento de lo que es ‘causa civil’ tiene base en la “*la necesidad de preservar y fortalecer el rol institucional que le compete, lo que hace conveniente una aplicación de su competencia originaria más rigurosa y compatible con el responsable ejercicio de otras atribuciones que hacen de modo directo a sus funciones jurisdiccionales*”. Pero también se ha interpretado que “*la naturaleza de la responsabilidad civil de las administraciones locales por los actos de sus dependientes cometidos en servicio, que se la ubica dentro del campo del derecho público provincial*”. (33)

Ciertamente, esta última interpretación respecto de que la responsabilidad del Estado se ubica “*dentro del campo del derecho público provincial*” excede de lo afirmado por

#### { NOTAS }

plantea el Derecho como área de conocimiento tienen, según nuestra consideración, fines esencialmente didácticos, debiendo manejarse con suma prudencia tales encapsulamientos al tiempo de analizar una realidad jurídica concreta”.

(19) LORENZETTI, Ricardo L., “Normas fundamentales de derecho privado”, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1995, p. 97.

(20) C.S.N., setiembre 21-2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, LA LEY, Sup. Especial 2004 (septiembre), 39, con nota de PIZARRO, Ramón D., “La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)” y en Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, t. I p. 529.

(21) JAYME, Eric, “Le droit international privé du nouveau millénaire”, Rec. des Cours, año 2000, No. 282, p. 13 y ss.

(22) CANÇADO TRINDADE, Antonio A. “El deber del Estado de proveer reparación de los derechos inherentes a la persona humana: génesis, evolución, estado

actual y perspectiva” JA, 2012-I del 06/03/2013, p. 28, cap. VI.

(23) ARIAS, Luis Federico, “Emergencia y empleo público: Una distorsión ideológica en la teoría de la contratación administrativa y los derechos sociales”, LA LEY, Sup. Especial “El contrato administrativo en la actualidad” (mayo 2004), p. 86. No puede dejar de señalarse que la finalidad misma del derecho administrativo se contradice con ese perfil autoritario en cuanto entre sus propósitos se encuentra la tutela del administrado frente a la autoridad que no conforma su conducta a la juridicidad.

(24) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado” en “Responsabilidad del Estado”, Tucumán, U.N.S.T.A., 1982, p. 65.

(25) HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra en Bueres, A. J. (Dir.) - Highton, E. I. (Coord.) “Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.”, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. 5 p. 466, No. 2 de la glosa al art. 2611.

(26) PERLINGIERI, P., “Il Diritto Civile nella legalità costituzionale”, cit. por MOSSET ITURRASPE, Jorge “Derecho civil constitucional”, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2011, p. 35, No. 2.

(27) RAMOS, María Florencia-MARQUEZ, José Fernando, “La supresión...” en R.D. Daños, Rubinzal y Culzoni, t. 2012-3 “Proyecto de Código Civil y Comercial”, p. 491, No. II-4.5.6.

(28) MAYER, Otto, “Derecho administrativo alemán”, Buenos Aires, Depalma, 1949, trad. de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, t. I p. 184, No. II.II. Conf. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al derecho”, Buenos Aires, Depalma, 1976, 5ª ed., p. 294 y sgtes., No. 300 y 301, lo analiza en relación a la falta de previsión normativa en las fuentes formales, lo que sucede en el tema en análisis, por la carencia de normas sobre la responsabilidad del Estado en los órdenes locales.

(29) BORETTO, Mauricio, “Reformas al Derecho Privado Patrimonial: En busca de los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el nuevo Código Civil”, RCyS, 2013-III p. 54.

(30) Panel sobre “La responsabilidad del Estado y sus temas acuciantes” integrado por los Dres. Oscar Cuadros, Pedro José Jorge Coviello y Pablo Perrino y la conferencia pronunciada por el Dr. Juan Carlos Casagagne “Panorama de la responsabilidad del Estado en el derecho argentino y comparado en el nuevo milenio”. En particular, por la propuesta del dictado de una ley a la que puedan adherirse las provincias, que conforme contenidos mínimos que uniformicen el derecho a la reparación.

(31) Trib. cit., marzo 21-2006, Fallos: 329:759, LA LEY, 2006-C, 172, con nota de PALACIO de CAEIRO, Silvia B.; RCyS, 2006-789; LA LEY, 2006-B, 598 con nota de MORELLO, Augusto M., LA LEY, 2006-B, 391 con nota de CALOGERO PIZZOLO, LA LEY, 2006-E, 266 con nota de PEREZ HUALDE, Alejandro; BUSTELO, Ernesto N.; J.A., 2006-II, p. 92 y La Ley Online AR/JUR/153/2006.

(32) C.S.J.N., octubre 6-1992, Fallos: 315:2309.

(33) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “Actualidad en la jurisprudencia de la CSJN en materia de competencia originaria”, LA LEY, 2006-C, 171.

el Tribunal que sólo se está refiriendo a su competencia originaria y que, precisamente, ha dejado a salvo “la naturaleza civil de la indemnización” (considerando 5º) cuando se refiere a que “más de su fuente”, que es -indudablemente- civil. Por ello, se ha señalado que interpretar que el caso ‘Barreto’ ha sentado el criterio de que la responsabilidad del Estado corresponde a la competencia legislativa exclusiva de los respectivos estados significa “confundir una política estratégica de reducir el cúmulo de causa en el seno de la SCJN, con un ‘supuesto’ reconocimiento del enfoque publicista de la responsabilidad estatal”. (34)

Como bien señalan Tonelli y Oyhanarte (h.), no es presumible que los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco hayan suscripto el fallo ‘Barreto’ y que de sus mismos puños y letras emanase la redacción de normas que lo contradicen, que resultarían inconstitucionales por violentar las competencias exclusivamente locales -que ellos mismos entienden invasivas- como las de la redacción del Anteproyecto respecto al mismo tema. (35) Lo lógico es pensar el decisorio de la Corte tiene el limitado alcance de resolver una cuestión de competencia originaria del Tribunal, de carácter netamente procesal constitucional, y no de competencia legislativa local o nacional. Por tanto, no parece correcta la interpretación que se hace del fallo Barreto cuando pretende proyectarse sus términos a la cuestión de cuál es el órgano legislativo competente para regular la responsabilidad estatal.

Conferir el alcance que se pretende por parte de los cultores del derecho administrativo -y el Poder Ejecutivo-, persiguiendo que la responsabilidad del Estado quede en el ámbito del derecho local llevaría a ese ámbito la facultad de reglar situaciones que exceden ampliamente las facultades legislativas provinciales que están limitadas al dictado de la normativa que hace al desarrollo de la función administrativa, pero que no alcanzan a la responsabilidad patrimonial del Estado.

Ciertamente, no podría pretenderse que las normas locales abarcasen los daños producidos en el desempeño de funciones jurisdiccionales propias del Poder Judicial (36); también es difícil de justificar en lo que tradicionalmente se ha denominado la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños que resulten de las cosas bajo su guarda o de su propiedad o por las actividades riesgosas que lleve adelante, ya que ellas exceden evidentemente de lo que hace a la función administrativa.

## VI. El derecho del consumo y la responsabilidad del Estado

El panorama que presenta el Proyecto enviado al Congreso de la Nación exhibe una manifiesta inconsecuencia, porque, por un lado, veda aplicabilidad a la responsabilidad del Estado de las normas del Título V del Libro III Derechos personales; y, por otro, queda sujeto a las normas de la Ley de Defensa del Consumidor.

En primer lugar, una digresión de orden metodológico. Es preciso señalar que se ha deslizado un error metodológico de la norma del art. 1764, en cuanto dispone la inaplicabilidad de las normas de “este Título” en referencia al Título V ‘Otras fuentes de las obligaciones’, que es comprensivo no solamente de la responsabilidad civil, sino también las de la gestión de negocios (capítulo 2), del empleo útil (capítulo 3), enriquecimiento sin causa (capítulo 4, incluyendo el pago indebido), la declaración unilateral de voluntad (capítulo 5) y títulos valores (capítulo 6). La inaplicabilidad, pese a la mención del Título V, debe entenderse únicamente referida al capítulo I, pues sería contrario a la razón interpretar que la responsabilidad del Estado queda desprovista de normas relativa a esos tópicos. Así, no parece que pueda sostenerse razonablemente que el Estado no está sujeto a la responsabilidad por los enriquecimientos incausados que resulten en su favor, o por la restitución de lo pagado sin causa o por la suscripción de títulos valores. En verdad, tan contrario a la razón como entender que queda desobligado de la prevención de los daños o de responder por los daños causados en virtud de la guarda o propiedad de sus cosas o actividades riesgosas o como titular de los establecimientos educativos, etc. Sin embargo, esta última es una decisión de política legislativa, en tanto que el error en la alusión parece ser un desliz en la mención de “este Título” en lugar de “este Capítulo”. (37)

La inconsecuencia o incoherencia que resulta destacable resulta de la disposición subsistente del art. 2º de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240), que en la redacción impresa por la ley 26.361 reza que proveedor: “... la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”.

También el Capítulo VI de la Ley 24.240 establece los deberes que deben cumplir las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y las consecuentes responsabilidades que pueden alcanzar al Estado en su carácter de proveedor.

Tales normas no exceptúan sino que comprenden entre los legitimados pasivos al Estado, por lo que la disposición del art. 1764 del Proyecto sólo tendrá una eficacia relativa, pues la inaplicabilidad del Capítulo I del Título V del Libro III del Código Civil y Comercial de la Nación (si resulta aprobado) quedará reducida a todo el ámbito de la conducta estatal que no se vincule con una relación de consumo, en virtud de que las normas indisponibles o imperativas de la ley especial prevalecen (art. 1094 P.C.C.C.N. (38)). De este modo, y teniendo en cuenta el carácter de servicio público de la educación, podría superarse el escollo de la falta de aplicación de la responsabilidad civil al Estado, a través de su carácter de prestador público de los servicios educativos.

Cuando un daño resulte de la prestación de un servicio público a cargo del Estado o empresas estatales -en sus diversas modalidades- la norma aplicable será el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, o sea, una responsabilidad objetiva y solidaria que pesa sobre todos los integrantes de la cadena de comercialización del servicio. (39)

Dicha sujeción resulta de la técnica constitucional consistente en consagrar los derechos de los consumidores (o sea, a partir del hombre como centro del sistema) sin prestar atención al carácter público o privado del prestador o del servicio prestado.

## VII. La responsabilidad estatal y los tratados internacionales

La República Argentina ha suscripto y ratificado los Tratados Internacionales y los ha incorporado como normas constitucionales propias (art. 75 inc. 22 C.N.), lo que tiene una alta repercusión en esta temática.

En primer término, porque la CIDH ha sentado el criterio de que los daños sufridos por las víctimas individuales en virtud de las violaciones del Derecho Internacional provocan el deber de repararlos en forma adecuada por parte del Estado que ha incurrido en el hecho violatorio de las garantías o libertades que ha reconocido. (40)

La CIDH entiende que los Estados miembros se han comprometido -en mérito al art.

2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- “a adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”; y que la Corte está facultada a disponer -en virtud del art. 63.1- la reparación de “las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Se ha sentado, asimismo, que “las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado”. (41) También ha decidido que la Corte es competente para establecer la responsabilidad internacional de un Estado “si la Comisión Interamericana sostiene que ésta fue privada de la vida por un agente de dicho Estado cuya conducta le resulta imputable, pues no se trata de determinar la responsabilidad penal de la persona que dio muerte a aquel individuo, sino la que cabe al Estado en el orden internacional”. (42)

Ello así, ha de advertirse que aun en ausencia de normas internas que establezcan la responsabilidad estatal por los daños ocasionados, las víctimas en su carácter de sujetos titulares del derecho a la reparación reconocido en la Convención gozan de tal derecho, porque la vulneración de sus derechos humanos, aunque pudiera entenderse que el derecho interno no la oblige (43), no desliga al Estado de su obligación internacional. En tal sentido, la CIDH no ha admitido la alegación estatal de la falta de previsión normativa en el derecho interno para hacer efectiva la responsabilidad estatal. (44)

A la luz de una mirada realista de la sociedad argentina, ofrecer a los particulares el camino de reclamar sus derechos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, implicaría una restricción -casi absoluta o que afectaría a gran parte de sus integrantes- de acceso efectivo a la justicia para las víctimas. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -siguiendo el criterio de la CIDH (45)- ha decidido que los jueces están obligados a efectuar el control de convencionalidad de las normas del derecho interno de oficio. (46)

En consecuencia, los jueces están obligados a juzgar si las normas legales (de cualquier materia que fueran (47)) de orden interno se ajustan a los principios de la Convención, a la luz de la jurisprudencia de la CIDH, y deben abstenerse aplicar aquellas que agraven

CONTINÚA EN LA PÁGINA 8

## { NOTAS }

(34) CAPACCIO, Jeremías, “Responsabilidad del Estado por su actividad judicial en un caso de adopción”, RCyS, 2012-X, p. 239, especialmente en nota al pie de p. No. 44.

(35) TONELLI, Pablo Gabriel; OYHANARTE (h.), Martín, “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-B, 809.

(36) CAPACCIO, Jeremías “Responsabilidad del Estado...” cit. RCyS, 2012-X, p. 239.

(37) De allí que parezca aconsejable corregir esa mención demasiado comprensiva.

(38) Reza la norma proyectada: “Artículo 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”. De tal modo, la duda acerca de la aplicabilidad o no de las normas de la ley especial debe resolverse a favor de su aplicabilidad en tanto favorezca al consumidor.

(39) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, conferencia pronunciada el 21 de marzo de 2013, organizada junto con la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de La Plata y el Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, disponible en [www.vimeo.com/62599608](http://www.vimeo.com/62599608).

(40) CANÇADO TRINDADE, Antonio A., “El deber del Estado...” cit. JA 2012-I del 06/03/2013, p. 21, cap. II *in fine*; OLIVERO, Eduardo R. - FERNANDEZ, Yanina V., “El Estado argentino y las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, RCyS, 2012-VII p. 255; RAYA de VERA, Eloísa, “Las reparaciones especiales en el caso “Torres Millacura” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, RCyS 2012-II p. 237, cap. III. Por ello, la CIDH al analizar la cuestión de la reparación comienza por establecer quienes revisten el carácter de víctimas (lo que en nuestro derecho sería el “damnificado”), sin distinguir el carácter de damnificado directo o indirecto; véase C.I.D.H., agosto 31-2012, “Furlan y Familiares c. Argentina”, RCyS, 2013-II p. 276 con nota de YUBA, Gabriela; J.A. t. 2013-I p. 14; DJ, Supl. 17/04/2013 p. 5 con nota de OLIVERO, Eduardo R.; FERNÁNDEZ, Yanina V. y La Ley Online AR/JUR/5208/2012, especialmente párr. No. 274 a 277.

(41) C.I.D.H., noviembre 28/2005 “Cantos c. Argentina” LLOnline AR/JUR/9411/2005, especialmente párr. No. 5.

(42) C.I.D.H., febrero 4-2000 “Las Palmeras” LA LEY, 2000-D, 414 y La Ley Online AR/JUR/4193/2000.

(43) El planteo condicional del texto es meramente hipotético, pues en el orden interno el respeto de tales derechos resulta igualmente obligatorio en virtud de la incorporación de los Tratados al orden constitucional, de acuerdo al inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional.

(44) C.I.D.H., noviembre 28/2005 “Cantos c. Argentina” La Ley Online AR/JUR/9411/2005; ídem., mayo 4-2004 “Liliana Ortega y ot. Medidas Previsionales respecto de Venezuela”; ídem, noviembre 17-2004, “Bulacio c. Argentina”, La Ley Online AR/JUR/7371/2004; conf. art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

(45) C.I.D.H., setiembre 26-2006 “Almonacid Arellano c. Chile” párr. No. 124; dijo el Tribunal en ese caso: 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última

de la Convención Americana”. Conf., ídem, agosto 12-2008 “Heliodoro Portugal c. Panamá”, en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf), especialmente párr. No. 180; ídem, noviembre 26-2010, “Cabrera García y Montiel Flores c. México” en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf), especialmente párr. No. 225; ídem, febrero 24-2011, “Gelman c. Uruguay” en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf), especialmente párr. No. 193; ídem, noviembre 23-2011 “Rodillo Pacheco” en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf), especialmente párr. No. 339.

(46) C.S.J.N., julio 13-2007, “Mazzeo, Julio Lilo y ots.” Fallos: 330:3248, LA LEY, 2007-D, 401 con nota de CALOGERO PIZZOLO; LA LEY, 2007-D, 426 con nota de BARCESAT, Eduardo S., LA LEY, 2007-F, 158 con nota de GÓMEZ, Claudio D., LA LEY, 2008-A, 350 con nota de DEL SEL, Juan María; J.A. t. 2007-III p. 573, J.A. t. 2007-IV p. 598 y La Ley Online AR/JUR/2751/2007; conf. CNac. Trabajo, sala VI, julio 13-2007 “F., C. E. T. c. Losada, Antonio M. y otro” Abeledo Perrot Online AP/JUR/2293/2012. REVIRIEGO, José A., “El control de convencionalidad del juez argentino a la luz de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las causas ‘Forneron’ y ‘Furlan’.

(47) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída conferencia pronunciada el 21 de marzo de 2013, organi-

## VIENE DE LA PÁGINA 7

el derecho indemnizatorio de las víctimas de la actividad dañina del Estado o frustren el derecho a la reparación integral tal como lo comprende el Tribunal supranacional. Al respecto debe tenerse en cuenta que se reconoce los daños materiales e inmateriales que sean *'consecuencia directa'* de la violación de la obligación internacional, sin que ello implique que el daño haya sido necesariamente de su autoría directa (48)-, pues lo que interesa es que la violación de la obligación internacional lo haya sido y que las víctimas no hayan sido adecuadamente reparadas. (49)

De este modo, la responsabilidad del Estado por los llamados actos de imperio que afecten derechos garantizados en el orden internacional de los Tratados incorporados resultará indirectamente de la necesidad de las autoridades públicas (lo que incluye a los jueces) de no comprometer la responsabilidad internacional de la República, y encontrará -en el caso de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación- claro fundamento en los arts. 1º y 2º del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto imponen *"la interpretación conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que la República sea parte"* y teniendo en cuenta *"las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos"*.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que las normas del Proyecto afectan el principio de progresividad en tanto nos reconduce a las proximidades de la vieja distinción entre actos de imperio y actos de gestión, ligada a la superada teoría de la doble personalidad del Estado. (50)

## VIII. La responsabilidad de los funcionarios públicos

A este respecto el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación establece, en el art. 1766, que *"Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda"*.

Mientras la responsabilidad del Estado -por las características particulares que reviste- puede haberse considerado susceptible de controversias -y de hecho, ha dado lugar a ellas-, no resulta explicable que sea el derecho administrativo el que regule la responsabi-

dad patrimonial de una persona por sus hechos propios dañosos para otra persona, por la circunstancia de que haya sido realizado en el ejercicio irregular de sus funciones.

La inaplicabilidad de las normas de la responsabilidad civil a los funcionarios públicos provoca una clara desigualdad de regímenes de responsabilidad patrimonial entre los dependientes de un particular -sometidos al Código Civil- y de un ente público -sometidos, según se proyecta, a normas locales-, por la sola circunstancia de ser funcionario público. Tal parece la creación de un fuero personal, que permite cambiar de régimen de responsabilidad mediante el ingreso de la persona al desempeño de las funciones públicas. Si la responsabilidad establecida legalmente no fuera la misma -sea por ser mayor o menor- podría ser impugnada por ser violatoria del derecho a la igualdad garantizados por los arts. 16 de la Const. Nacional y 1º y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; si fuera mayor, por el propio funcionario (51); si fuera menor, por el damnificado.

A través de esa propuesta el Código Civil y Comercial de la Nación se aparta abiertamente de la idea de constituir el *'Código de la igualdad'* para convertirse en un cuerpo que está procediendo al desguace de la responsabilidad, aun de la personal. Algo así, como si la ley de contrato de trabajo dispusiera sobre la responsabilidad de los trabajadores por los daños ocasionados a tercero en el ejercicio de sus labores, excluyendo las del Código Civil. Parece muy obvio que el contrato de empleo público, como el de trabajo, no puede pretender la absorción de las relaciones que excedan la relación de empleo público o del contrato de trabajo, para reglar también las que con motivo de ella se establezcan frente a terceros, que son típicamente civiles por tratarse de una relación entre habitantes.

Fácil es advertir que aquí no concurren razones de exorbitancia del derecho público, pues la relación entre dañador (funcionario, órgano persona) y dañado (cualquier habitante de la Nación, sea o no funcionario) no es de naturaleza pública, sino netamente civil. De lo que se trata es del hecho personal del funcionario público que ha cumplido en forma irregular sus funciones o las ha dejado de cumplir ocasionando daños a otra persona. Tal relación no tiene la característica especial de la subordinación que puede predicarse -algunas veces- de la relación entre el Estado y el habitante, pues el funcionario dañador puede o no estar en el desempeño de sus funciones, pero

su responsabilidad es meramente 'personal'.

El régimen de la responsabilidad personal del funcionario público, no tiene relación con su carácter de tal, sino con su carácter de persona humana, por lo que no se advierte la vinculación exclusiva con el derecho público. En tal sentido, el maestro Llambías enseña que el art. 1112 del Código Civil -que contempla ese supuesto: cumplimiento de manera irregular de sus obligaciones legales- *"se refiere a la responsabilidad civil del funcionario. No se trata de responsabilidad política... ni de responsabilidad penal..."* y que no excluye la responsabilidad indirecta del Estado, a que se refieren los arts. 43 y 1113. (52)

Abandonar el régimen de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros por el ejercicio irregular de sus funciones importa una clara sustracción de una materia típicamente civil, que ha sido delegada a la Nación (art. 75 inc. 12 C.N.) y vedada al ámbito provincial (art. 126 C.N.).

## IX. Breves conclusiones

En virtud de las argumentaciones que anteceden, concluimos, en que:

1. La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados debe estar reglada por normas de derecho común, en su significación constitucional.

2. La unidad del orden jurídico y la comunicabilidad de los principios y valores de los derechos público y privado, imponen que los derechos de los habitantes del país estén reglados el Código de derecho común.

3. La vigencia de la Ley de Defensa del Consumidor y el carácter de proveedor que reviste el Estado vuelve incongruente la solución normativa del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que establece la inaplicabilidad de las normas de la responsabilidad civil al Estado.

4. La responsabilidad del Estado por los llamados actos de imperio en cuanto importen violación de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional surge de la violación de las obligaciones internacionales, a cuya reparación tienen derecho las víctimas, conforme lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5. Los jueces argentinos tienen el deber de revisar la constitucionalidad y la convencionalidad de las normas de orden interno que limiten la responsabilidad del Estado de acuerdo a la jurisprudencia de la C.I.D.H. y, en consecuencia, abstenerse de aplicar las que priven de los derechos allí reconocidos, e interpretarlas de conformidad a los principios sentados por CIDH, lo que encontrará claro fundamento en los arts. 1º y 2º del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, si adquiriera vigencia de Ley.

6. Las normas sobre responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños ocasionados a terceros en virtud del irregular ejercicio de sus funciones establecidas en el orden local, resultan, en principio, inconstitucionales, por tratarse de materia evidentemente comprendida en el derecho común y repugnante a las disposiciones de los arts. 75 inc. 12 y 126 que veda a las Provincias ejercer el poder delegado a la Nación.

De allí que valga la pena preguntarse si el debate al que nos ha llevado el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación es inconducente, pues el Estado está y estará obligado frente a las víctimas de los daños que cause, a la luz de las normas de derecho internacional, ya sea por el derecho interno -que debe ser interpretado en consonancia con él- o por el internacional.

Estamos convencidos que normas contenidas en el Anteproyecto eran más adecuadas para satisfacer las inquietudes de todos los sectores implicados, pues las leyes no están destinadas a satisfacer inquietudes intelectuales, sino las necesidades de la sociedad ante el conflicto. Las normas proyectadas inicialmente no ponían fin a la discusión académica, pero, en cuanto consagraban legislativamente la esencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (53), aseguraban una continuidad pacífica en el goce y consagración de los derechos, que en cierta forma se verá alterada por la vacuidad de la remisión a los ordenamientos provinciales. En ese sentido, las normas del Proyecto afectan gravemente la seguridad jurídica, el principio de progresividad y, creemos -desde nuestra mirada-, el orden constitucional federal que ha estructurado nuestra Constitución Nacional. La última palabra... ¡como siempre! la tendrán los jueces... ¡en quienes confiamos! ●

Cita on line: AR/DOC/3185/2013

## { NOTAS }

zada junto con la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de La Plata y el Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, disponible en [www.vimeo.com/62599608](http://www.vimeo.com/62599608). En general: BAZÁN, Víctor, "Acercas de ciertos desafíos temáticos de la justicia constitucional en Latinoamérica" J.A. t. 2010-I p. 1187 y Abeledo Perrot Online 0003/014854; "Sobre la materia administrativa: GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A. "Título: El control de la Administración Pública y el reto de la incorporación de los criterios internacionales en materia de protección de los derechos humanos" JA, 2009-I-370; sobre la procesal: DE LOS SANTOS, Mabel "Principales tendencias de la reforma procesal

en la Argentina", JA, 2009-II-1352, cap. III y Abeledo Perrot Online 0003/014456; en el derecho laboral: SERRANO ALOU, Sebastián "El iura novit curia y la primacía constitucional en caso de accidente y/o enfermedad del trabajo. Jurisprudencia de la Corte Suprema", RDLSS, 2011-14-1226.

(48) ABRAMOVICH, Víctor, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo algodón' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", JA, Supl. 06/03/2013, Gialdino (Coord.) "Derecho internacional de los Derechos Humanos" p. 3, especialmente cap. V y VI.

(49) Sobre la variedad de medidas de reparación admitidas por CIDH, véase KEMELMAJER de CARLUC-

CI, Afda, "Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", JA, Supl. 06/03/2013, Gialdino (Coord.) "Derecho internacional de los Derechos Humanos" p. 68.

(50) La teoría en cuestión hoy ha quedado francamente reducida al ámbito de la admisibilidad de las prórrogas de jurisdicción internacional, vinculada a la actuación comercial o soberana de los Estados. Véase SPOTA, Alberto G., "La responsabilidad aquiliana de la administración pública", La Ley, "Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales", t. IV, p. 853 y "Los daños causados por los bienes públicos y la responsabilidad extracontractual de la administración", en la misma obra, t. IV p. 867, especialmente ap. 4.

(51) La suerte de esta impugnación dependerá de la ponderación que se haga acerca del carácter de contenido mínimo que pueda tener la norma que establece la responsabilidad menor.

(52) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Código civil anotado. Doctrina y jurisprudencia", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, t. II-B p. 449, Nos. 2 y 3 de la glosa al art. 1112; conf. ECHEVESTI, Carlos A. "Responsabilidad civil de los funcionarios públicos", Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 94.

(53) Sin perjuicio de las reservas que pudieran existir en cuanto a la limitación de la extensión de los daños en el supuesto que afectase la continuación de una actividad.

## VIENE DE LA PÁGINA 1

ta años, con base en principios de derecho público, que eran extraídos "con fórceps" del texto actual del art. 1112, haciéndole decir, por cierto, lo que su letra no dice. También reflejaba los grandes ejes que actualmente dimanan de la jurisprudencia de la Corte en esta temática: una responsabilidad directa y objetiva del Estado por el ejercicio irregular de sus funciones, con basamento en la

falta de servicio, sin que sea menester identificar al autor. La doctrina "Vadell" en su formulación normativa pura. Y en su última parte fijaba los estándares necesarios para apreciar la falta de servicio, estableciendo que, para ello, debía ponderarse la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y la previsibilidad del daño. Esto último no es otra cosa que la consagración normativa de la doctrina sentada en "Moscá", para los casos de faltas de servicio por

omisión. Una fórmula normativa impecable, sin duda alguna.

b) Responsabilidad del Estado por actividad lícita

En el art. 1765, el Anteproyecto regulaba la responsabilidad del Estado por actividad legítima que sacrifica intereses individuales con desigual reparto de cargas públicas: *"El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de actos lícitos que sacrifican inte-*

*reses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente, pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro"*.

La norma proyectada por la Comisión des tacaba, acertadamente, los requisitos que la jurisprudencia de la Corte Suprema exige para que se configure esta responsabilidad



objetiva de *excepción*: licitud de la conducta estatal y sacrificio especial del particular afectado, con desigual reparto de las cargas públicas. Todo con basamento evidente en la garantía de igualdad constitucional. (3)

Sin embargo era pasible de tres observaciones:

1) Sólo hacía referencia a daños derivados de “actos lícitos” (de la Administración pública) que sacrifican intereses de los particulares, con desigual reparto de cargas públicas. La fórmula luce muy restrictiva, pues la tipología de dañosidad que nos ocupa puede surgir no solamente de “actos” lícitos de la Administración pública, sino también de hechos lícitos emanados de la misma. En uno y otro supuesto se impone la reparación.

2) No hacía referencia a uno de los requisitos de procedencia de la reparación en el caso que nos ocupa: que no haya deber jurídico del damnificado de soportar el menoscabo. (4)

3) Equivocadamente, y en concordancia con el precedente “El Jacarandá”, (5) se adoptó un criterio que la actual jurisprudencia de la Corte ha superado, que rechaza la aplicación del principio de reparación plena en tales supuestos. (6)

*c) Responsabilidad del funcionario y del empleado público*

Finalmente, en el art. 1765 el Anteproyecto en el art. 1765 se regulaba la responsabilidad del funcionario y del empleado público en términos similares al actual art. 1112 del código civil: “El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del empleado o funcionario público y del Estado son concurrentes”.

El Anteproyecto mantenía, en su esencia, una de las mejores normas del Código Civil, como lo es el citado artículo 1112, que tanta utilidad ha reportado a la doctrina y jurisprudencia. Si algo había que elogiarle, en este tema, era su realismo y pragmatismo, pues volcaba en textos legales, *de derecho común (público y privado)*, en letra y espíritu, casi toda la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia vigente en la actualidad.

## II. La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Proyecto

### *a) Responsabilidad del Estado*

El Poder Ejecutivo Nacional descartó drásticamente estos tres artículos del Anteproyecto y los sustituyó por otros que lucen orientados lisa y llanamente a dos objetivos: a) Impedir la aplicación de las normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado, de manera directa o subsidiaria, dejándola regida por normas de derecho administrativo nacional o local según corresponda; b) obstruir la aplicación de las normas del Código Civil a la responsabilidad del fun-

cionario público derivada de la omisión de cumplimiento de sus obligaciones legales, rigiéndola también por normas y principios del derecho administrativo.

Los textos del Proyecto, enviados al Congreso de la Nación, que sustituyen los elaborados por la comisión redactora del Anteproyecto, dicen ahora lo siguiente:

*Artículo 1764: Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.*

*Artículo 1765: Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.*

*Artículo 1766: Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.*

La normativa proyectada por el Poder Ejecutivo Nacional no sólo emplaza la responsabilidad del Estado en el terreno del derecho público nacional o provincial, sino que va mucho más lejos: veda lisa y llanamente la aplicación directa o subsidiaria del código civil en esta materia. Algo que no tiene precedentes en el derecho argentino y que, veremos luego, deviene claramente *inconstitucional*.

Al no ser la responsabilidad estatal un instituto reglado por el Código Civil, sino por normas y principios de derecho administrativo, las provincias y —por qué no— también algunas municipalidades contarían con facultades suficientes para legislar sobre dicha materia. El Congreso de la Nación, cada Legislatura Provincial y algunos Concejos Deliberantes podrían, cada uno en su órbita, dictar leyes sobre responsabilidad del Estado. Y estaría vedada la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil a la responsabilidad del Estado. Una solución *escandalosa*, que traspasa las posiciones más radicales que sobre el tema han exhibido algunos sectores del derecho administrativo. De manera absolutamente regresiva, incluso para la mayoría de los autores que consideran que la responsabilidad del Estado se rige por normas y principios de derecho público, se quiere cerrar todo punto de contacto entre las normas del Código Civil con la responsabilidad estatal. ¡Hay que huir del Código Civil! ¡Esa es la premisa! Sería bueno preguntarnos por qué.

Se afirma en apoyo de la solución proyectada que la actual doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sustentada a partir de la causa “Barreto”, (7) se inclinaría por estas ideas, con basamento en los arts. 121 y siguientes de la Constitución Nacional.

Conforme al texto del Proyecto, no sólo no existiría en el país un marco normativo de

derecho común que regule la responsabilidad del Estado (nacional, provincial o municipal), sino que se legitimaría que cada provincia legisle al respecto lo que crea conveniente. O peor aun, que no legisle, dejando entonces un vacío legal preocupante y pernicioso.

Vale remarcar que los partidarios más extremos de esta teoría reconocen la posibilidad de que las normas del Código Civil puedan ser aplicables con carácter meramente subsidiario, algo que, veremos seguidamente, el Proyecto también veda.

Esta posición conduce a un verdadero mosaico normativo, en el que las soluciones para supuestos similares de daños causados por la actividad ilegítima o legítima del Estado podrían variar radicalmente de una provincia a otra, según lo que ellas hayan regulado sobre el particular. No habría, de tal modo, una normativa de derecho común, de fondo, que regule bajo parámetros unitarios la responsabilidad del Estado. La respuesta debería ser buscada en derredor de algunos preceptos constitucionales pretendidamente fundantes de aquélla, todos ellos de gran laxitud, pero siempre en el marco de derecho público federal o provincial aplicable, con anclaje final, claro está, en la Constitución Nacional. La responsabilidad de un Estado provincial o del Nacional, causada por una ambulancia pública sería distinta, según el cual sea la regulación normativa de cada uno de aquéllos, de la generada por una ambulancia particular; las mismas conclusiones valdrían para una mala praxis en un hospital público o privado, o para cualquier ilícito causado por el Estado a través de sus agentes (dependientes). (8)

Lo más grave es la total falta de regulación en el derecho público de la responsabilidad del Estado, particularmente en los aspectos específicos que hacen a la aplicación de la figura: determinación y requisitos del daño resarcible, extremos que rigen la relación causal, factor de atribución aplicable, legitimación activa y pasiva, extensión del resarcimiento, supuestos específicos de responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, responsabilidad por hecho ajeno, relaciones entre acción civil y acción penal, etcétera. (9)

Nosotros creemos que el derecho público provincial no puede establecer normas que regulen la responsabilidad por daños del Estado, particularmente en materia extracontractual, sobre la base de parámetros resarcitorios más laxos que los establecidos en el derecho de fondo, so riesgo de incurrir en notoria inconstitucionalidad. (10) La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha mantenido invariable en este punto, sosteniendo que no basta apelar a la autonomía del derecho público “para desconocer la uniformidad de la legislación de fondo perseguida mediante la atribución que se confiere al poder central para dictar los códigos según el art. 67 inc. 11 CN (actual art. 75 inc. 12, luego de la reforma de 1994); uniformidad ésta que no sería tal si las provincias pudieran desvirtuarla en su esencia, legislando con distinto criterio instituciones fundamentales de carácter común,

*so color del ejercicio de los poderes que les están reservados”. (11)*

No ignoramos que las normas provinciales pueden tener importancia en esta materia, no para reglar las consecuencias que emergen de la causación del daño y las atinentes a su regulación (que es resorte exclusivo de la legislación de fondo), sino a la hora de brindar parámetros normativos a la luz de los cuales pueda comprobarse, por ejemplo, si hubo falta de servicio, o modularse si la actividad dañosa de la administración puede ser reputada legítima. La doctrina de la falta de servicio, consagrada por la Corte Suprema, conduce necesariamente a eso. Ponderar si hubo o no falta de servicio supone, en la mayoría de los casos, indagar sobre una gran diversidad de aspectos fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia derivada de aquélla, o regulados por el derecho común y el derecho público local, lo cual puede tornar aplicable, también en esta materia, la normativa provincial, imponiendo someter dichas cuestiones a los tribunales competentes. Nos parece que ése es el sentido que tiene la actual jurisprudencia de la Corte Nacional, a partir de la doctrina sentada en “Barreto”, en cuanto admite la aplicación de normas de derecho público local a la responsabilidad del Estado, al tiempo de acortar la noción de causa civil y de restringir su competencia originaria. Pero una vez producido el daño, su reparación se rige por las normas y principios de derecho común que deben ser aplicadas paritariamente en todo el territorio de la Nación, salvo claro está que una disposición de derecho público igualmente común disponga lo contrario. Remarcamos que en “Barreto”, la propia Corte se encargó de precisar que para resolver las cuestiones sobre responsabilidad del Estado deba acudir a normas del Código Civil “*pues todos los principios jurídicos — entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por los daños ocasionados, aunque contenidos en aquel cuerpo legal, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y la naturaleza de la relación de que se trate*” (considerando 12). Y agregó a continuación que frente a la ausencia de normas propias del derecho público local, debían aplicarse “*subsidiariamente disposiciones del derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo (...)*”. Con lo cual las normas sobre responsabilidad, contenidas en el Código Civil se aplican al Estado, como mínimo, de manera subsidiaria.

El texto proyectado por el Poder Ejecutivo cierra también esta posibilidad, pues veda no sólo la aplicación directa del Código Civil, sino también la subsidiaria.

¿Qué hacer frente a este panorama?

De sancionarse el Proyecto tal como lo ha elaborado el Poder Ejecutivo, cabrán dos posibles soluciones:

CONTINÚA EN LA PÁGINA 10

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CS, 18/12/84, “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 306: 2020 y LA LEY, 1985-B, 3.

(2) CS, 06/03/2007, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos, 330:563.

(3) Nos hemos ocupado del tema con detenimiento en nuestra obra “Responsabilidad patrimonial del Estado y del funcionario público”, Astrea, Buenos Aires 2013, en prensa, capítulo X.

(4) LOPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS - LOPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2ª ed., t. V, p. 1022; GHERSI, “Responsabilidad del Estado por actos lícitos o cumplidos en realización de políticas”, Revista

de Derecho de Daños, n. 9, “Responsabilidad del Estado”, p. 279, n. IV, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2000.

(5) CS, “El Jacarandá”, 28/07/2005 LA LEY, 2006-A, 828 y DJ, 2005-3-983.

(6) CS, “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c. Estado Nacional”, 09/06/2009, Fallos: 332: 1367 y RCyS, 2009-VIII, p. 71 (con disidencia de la Dra. Highton); CS, 20/09/1984 “Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A. c. Dirección Nacional de Vialidad”, Fallos: 306: 1420; ídem, Motor Once SA c. Municipalidad de Buenos Aires, Fallos: 310: 943. Ver, asimismo, 23/11/1989, “Jucalán Forestal Agraria S.A. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 312: 2266; ídem, 28/7/94, “Fernández

Badie c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos, 317:816. Nos ocupamos del tema con mayor detenimiento en nuestra obra “Responsabilidad patrimonial del Estado y del funcionario público”, cit., cap. XVII.

(7) CS, 21/03/2006, “Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro”, Fallos: 329: 759 y LA LEY, 2006-C, 172; CS, 17/03/2009. En sentido coincidente, CS, “Basigaluz Sáez, Laura Ema c. Provincia de Entre Ríos”, Fallos: 332: 549; CS, 23/06/2009, “Oscar Jorge Castelucci y otra c. Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos: 332: 1528.

(8) IBARLUCÍA, Emilio A., “El derecho constitucional a la reparación en el Proyecto de Código Civil 2012”,

RCyS, 2013-I, 5, en esp. n. IV.

(9) Conf.: BORETTO, Mauricio, “Reformas al Derecho Privado Patrimonial: En busca de los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el nuevo Código Civil”, RCyS, 2013-III, 54.

(10) Nos ocupamos del tema con mayor profundidad en nuestra obra “Responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos”, cit., Buenos Aires, 2013 (en prensa), cap. IV y V.

(11) CS, 10/08/1956, “Liberti, Atilio César (Suc.)”, Fallos: 235:571 y LA LEY, 84-469 con especial referencia al derecho tributario y con disidencia importante de Alfredo Orgaz.

## ● VIENE DE LA PÁGINA 9

1) Pensar en la declaración de inconstitucionalidad de la normativa de derecho público provincial que se dicte sobre responsabilidad del Estado, cuando ella consagre estándares de protección inferiores a los que dispense el derecho común a los damnificados. (12) Lo cual, en la realidad que vivimos, podría ser altamente probable, pues ante los crónicos déficit públicos, es bastante utópico, e ingenuo, suponer que una legislación específica sobre el tema sea más generosa que el Código Civil. Más aún: de la lectura de los textos proyectados por el Poder Ejecutivo de la Nación sobre responsabilidad del Estado queda la amarga sensación de que quienes redactaron esos artículos (13) creyeron que estaban legislando para una ley de presupuesto y no en un código de derecho común. Lo más probable es que se multipliquen las exigencias y condiciones de responsabilidad del Estado para entorpecer el acceso a la justicia y el derecho a la reparación de los damnificados. Y peor aún, que se establezcan regímenes de inmunidad (en verdad, de impunidad) para funcionarios públicos, particularmente los más encumbrados, que suelen ser los que mayor capacidad de daño suelen tener. Todo esto está en abierta contradicción con las más modernas tendencias en materia de derecho de daños, que ponen epicentro en el damnificado y en todo lo que hemos dicho y hecho durante los últimos cincuenta años. (14)

La garantía de igualdad ante la ley (art. 16 CN), el derecho de propiedad de los damnificados y el derecho a la reparación que la Corte ha emplazado con rango constitucional desde “Santa Coloma”, (15) en adelante, pasando por “Aquino”, (16) son las llaves para esa declaración de inconstitucionalidad.

Habrà que ponderar, igualmente la lectura en clave constitucional de tales normativas, particularmente cuando su aplicación se halle en pugna con los estándares de protección igualitaria que surgen de los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores coherentes con todo el ordenamiento jurídico, tal como lo impone el magnífico art. 2 del Proyecto, emplazado en el título preliminar.

La solución propiciada, destinada inexorablemente a ser inconstitucional en casos como el que analizamos, conduce a que los damnificados tengan que acudir a la justicia para obtener dicha declaración. Y es aquí donde radica la mayor insensatez y falta de sentido común de esta doctrina. En forzar al ciudadano al perverso mensaje que desde hace tiempo el Estado y sus funcionarios emiten a la hora de justificar sus arbitrariedades: “Si no le gusta, vaya a la justicia, recorra el camino empedrado de obstáculos, supere todos los vallados (los existentes y, también, tenga la seguridad de ello, los que le pondremos en el futuro)”. Años y años de litigio. “Dejad los que aquí entráis toda esperanza”. Eso decía la inscripción en las puertas del infierno, en la *Divina Comedia* de Dante. A eso puede compelerse al ciudadano con construcciones como las que analizamos y rechazamos enfáticamente.

Por lo demás nos preguntamos: ¿Cómo buscar argumentos “constitucionales” a una tesis que desde su misma formulación degrada groseramente la garantía de igualdad ante la ley, generando arbitrariamente distintas categorías de dañados, distinguiendo —en lo que hace al derecho a la reparación de daños idénticos— según el dañador haya sido un particular o el Estado Nacional o Provincial?

2) Cuando, como seguramente ocurrirá en la mayoría de los casos, las Provincias o la Nación en su ámbito de incumbencia no regulen específicamente las cuestiones resarcitorias derivadas del obrar estatal, lícito o ilícito, se producirá un vacío normativo, una laguna del derecho, que llevará esforzadamente a aplicar por analogía las disposiciones del Código Civil. Remarcamos, en tal sentido, que el Proyecto veda la aplicación directa y la aplicación subsidiaria (que es indirecta) de las normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado, pero no impide, ni prohíbe, que una laguna normativa, como la que apuntamos, pueda ser integrada por vía de analogía con las disposiciones del Código Civil, tal como lo ha venido haciendo desde siempre la doctrina y jurisprudencia administrativista y civilista dominantes. Es lo que creemos ocurrirá, por expreso mandato establecido en el art. 2 del Proyecto. Con lo cual, lo que no puede entrar por la puerta, ingresará por la ventana. Un absurdo total.

## b) Dudas y perplejidades

El Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional en materia de responsabilidad del Estado genera otros interrogantes:

## 1) Desprotección de los consumidores y usuarios

¿Se aplicará al Estado la normativa de la ley de defensa del consumidor cuando la Administración Pública centralizada o descentralizada asuma el cada vez más creciente rol de proveedor profesional? ¿Quedarán los establecimientos públicos educativos excluidos del régimen de responsabilidad previsto en el art. 1767 del Proyecto (similar al actual 1117, Cód. Civil), cuando se configure una relación de consumo?

Remarcamos que en todos estos casos —y en tantos otros que podrían concebirse por aplicación de la ley 24.240— las disposiciones aplicables en caso de daños producidos en el marco de una relación de consumo son las del Código Civil, pues aquella no regula la cuestión resarcitoria y remita a este último.

## 2) Acción civil y acción penal

¿Las normas que regulan los efectos del proceso penal sobre el proceso civil y de la acción penal sobre la acción civil serán aplicables al Estado (o a sus funcionarios) cuando sea civilmente demandado?

Una respuesta negativa conduciría a un verdadero escándalo jurídico y dejaría abierta la posibilidad de sentencias contradictorias.

## 3) Desnaturalización del federalismo

Bajo la bandera del federalismo se pretende cobijar la impunidad del Estado y de

sus funcionarios y justificar la desigualdad de tratamiento de los damnificados por el obrar de aquéllos.

Es también *desnaturalizante*, porque el reclamo de federalismo no legitima ni justifica que el Estado Nacional, Provincial o Municipal se sustraiga de un régimen unitario de responsabilidad por daños. El federalismo, en una sociedad moderna, democrática y republicana, sólo puede ser invocado *para ampliar derechos y garantías de los ciudadanos y no para sustraerse de la responsabilidad estatal y de los funcionarios*. No puede, en cambio, ser enarbolado para justificar constitucionalmente la degradación de los derechos y garantías de los ciudadanos que se deberían proteger en términos de igualdad constitucional (art. 16 CN). Eso es lo que impone rectamente un sistema federal mixto, de corte fuertemente Alberdiano, como el que tenemos. Un régimen en el cual hay un solo Código Civil, que regula unitaria y paritariamente el derecho a la reparación, sin reconocer categorías de dañadores privilegiados y correlativamente de damnificados discriminados.

El Federalismo no puede ser seriamente invocado para que el Estado Nacional, Provincial o Municipal, se eximan de sus responsabilidades, particularmente de aquellas que surgen del bloque de constitucionalidad. Las Provincias y los Municipios no pueden ampararse en sus pretendidas competencias para reglamentar su propia responsabilidad civil, ni alegar que obligarlas a resarcir sobre estándares que surgen de normas de derecho común —incluso con jerarquía constitucional— implicaría avasallar su autonomía local.

El verdadero reto es, entonces, rebelarse contra este aspecto del Proyecto y enarbolar las banderas de la igualdad real, contenida en los artículos 16, 75 inc. 23 y concordantes de la Constitución Nacional, que conducen necesariamente a una cosmovisión paritaria del derecho a la reparación de los damnificados, sin importar quién sea el dañador, si un particular o el Estado, Nacional, Provincial o Municipal. Es, por lo demás, la solución que fluye de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

## 4) Responsabilidad internacional del Estado Argentino

El sistema proyectado conducirá a que haya fuertes asimetrías en el derecho resarcitorio de los damnificados del obrar estatal, según quien haya sido el dañador y el dañado. Y ello determinará que, tarde o temprano, el *Estado Nacional* sea *internacionalmente* condenado por organismos supranacionales de derechos humanos, por falta de regulación y operatividad de la responsabilidad estatal en forma paritaria para los ciudadanos del país. A quien es aplastado por un automóvil le importa poco qué vehículo fuese manejado por un particular, o por un empleado de la administración pública nacional, provincial o municipal. Su derecho a la reparación no debería variar por cualquiera de dichas circunstancias.

Un sistema como el que se propone puede llevar a la condena internacional del Esta-

do incumplimiento de sus deberes de respetar, garantizar y proteger. El artículo 28 de la Convención Americana —cláusula federal— es claro en delimitar que el Estado Nacional es responsable por el cumplimiento de las obligaciones que surgen de ésta. El Estado Nacional no puede oponer como eximente de dicha responsabilidad internacional el pueril argumento de que en el diseño de derecho constitucional interno de distribución de competencias entre la Nación y las Provincias es posible que éstas regulen a su antojo su responsabilidad, con fuertes asimetrías que terminen degradando el derecho de los ciudadanos, o dándoles un trato arbitrariamente desigual. (17) El citado artículo 28 impone al Estado Nacional dos deberes específicos: en primer lugar, ser él quien deba responder por las violaciones, sin importar si el acto u omisión es de origen nacional o provincial; en segundo término, adoptar las medidas pertinentes para el cumplimiento de la Convención. Nada de esto se cumple — más bien todo lo contrario! — con el texto proyectado.

## 5) Enriquecimiento sin causa y repetición del pago indebido

Según el art. 1764 del Proyecto, “las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa, ni subsidiaria”. La norma hace referencia al título 5 (“Otras fuentes de obligaciones”) del libro Tercero (“Derechos personales”). Con lo cual quedan comprendidos todos los capítulos que integran ese título: responsabilidad civil, gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa, pago indebido y declaración unilateral de voluntad, cuestiones que también quedarían sujetas a laxos principios de derecho público provincial, lo cual es a todas luces inaceptable.

He aquí otra muestra concreta de los absurdos a los que conduce la legislación proyectada.

## b) La responsabilidad del funcionario público en el Anteproyecto y en el Proyecto

¿Qué decir de la responsabilidad del funcionario y del empleado público?

El Anteproyecto reproducía en lo sustancial el excelente texto del art. 1112 Cód. Civil, cuya interpretación ha dado lugar a un interesante debate doctrinario que no viene al caso reproducir.

Esa norma desaparece y es reemplazada por otra que dice que “*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda*” (art. 1766).

Una vez más, el derecho administrativo nacional o local es erigido en la vía de indemnidad (o de impunidad) de los funcionarios y agentes de la administración.

¿Cuál es el sentido que cabe asignar a esta disposición? ¿Significa que cuando un funcionario público en ejercicio de sus funciones, obra irregularmente y daña a un

## } NOTAS }

(12) Ver, sobre el tema, IBARLUCIA, “El derecho constitucional a la reparación en el Proyecto de Código Civil 2012”, RCyS, 2013-I, 5, en esp. n. IV.

(13) Es una pena que no se sepa quiénes han sido los operadores jurídicos que elaboraron los textos que el Poder Ejecutivo terminó enviando al Congreso. Sería bueno conocerlo. Un proceso de reforma integral al Código Civil y comercial requiere que la comunidad y la historia sepan quienes han intervenido en el mismo. En el caso del Ante-

proyecto se conoce la identidad de sus tres prestigiosos coautores y de los muchos juristas de distintos lugares del país que colaboraron con ellos, en grado de menor importancia, claro está. No se sabe, en cambio, la identidad de quienes escribieron los tres artículos que nos ocupan en texto. Sería bueno conocerlo. También aquí se impone transparencia, conclusión que se potencia en tiempos en los cuales las corporaciones —incluso la que nuclea a funcionarios públicos, políticos y sectores del poder eco-

nómico muy ligados a ellos, lícita o ilícitamente— se mueven en las sombras en procura de consolidar su poder o garantizar su impunidad en el futuro inmediato.

(14) CALVO COSTA, Carlos, “La nueva responsabilidad en el Proyecto de Código: un paso adelante y un interrogante”, RCyS, 2013-VI, tapa.

(15) CS, 5/8/86, “Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos”, Fallos: 308:1160 y JA, 1986-IV-625. En el mismo sentido: CS, 5/8/86, “Günther, Fernan-

do c. Gobierno Nacional”, Fallos: 308: 1118 y JA, 1987-IV-653; CS, 5/8/86, “Luján, Honorio c. Estado Nacional”, Fallos: 308: 1109.

(16) CS, 21/9/2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, Fallos: 327:3753.

(17) Ver, CLÉRICO, María Laura, “El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno?”, trabajo de sumo interés LA LEY, 2009-D, 902.

particular, no se aplican las normas del Código Civil?

Una calificada doctrina parece entenderlo de ese modo, (18) distinguiendo entre faltas personales de los agentes públicos “desconectadas con el servicio” y “faltas de servicio”. Las primeras, lógicamente, estarían atrapadas por el Código Civil. Las segundas, “cometidas en ejercicio irregular de sus funciones y por tanto, sujetas al derecho público” quedarían regidas por normas locales de ese calibre y supletoriamente por el Código Civil.

Nosotros creemos que una interpretación semejante viola evidentemente la garantía de igualdad ante la ley que consagra la Constitución Nacional en su artículo 16, en consonancia con la gran mayoría de las Convenciones, Pactos y Tratados que integran el bloque supranacional de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 CN) y torna a la norma proyectada inconstitucional. Amén de ello, facilita y favorece la irresponsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, lo cual es desde todo punto de vista pernicioso. Vale tener presente, a esta altura, que buena parte del fenómeno de la responsabilidad del Estado hunde sus raíces en algo que Gordillo ha denominado, muy lúcidamente, “la vieja utopía de la responsabilidad del funcionario”. (19) “El problema de la responsabilidad del Estado —dice— no debe considerarse separadamente del problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Lamentablemente son muy pocos los casos en que el actor ha hecho efectiva esa responsabilidad en forma conjunta”, realidad que se comprueba mediante una simple consulta de repertorios jurisprudenciales en donde resulta muy difícil encontrar precedentes en tal sentido. (20) El funcionario suele ser el principal artífice de las conductas estatales que generan daños, razón por la cual el panorama que nos ocupa difícilmente habrá de modificarse, si ellos no son también demandados y alcanzados por los efectos de una oportuna sentencia de condena en su propio patrimonio. (21)

La solución propiciada por el Poder Ejecutivo Nacional apunta exactamente a lo contrario.

En nuestra opinión, los daños causados por funcionarios y empleados públicos, conectados o desconectados de su función, comprometen su responsabilidad personal —independientemente de la que pueda gravitar sobre el propio Estado— por aplicación de las normas del Código Civil. Ningún funcionario o empleado público puede ampararse “en sus fueros” para evadir las normas del derecho común y ampararse

en laxos principios de derecho público, o en normas de esta naturaleza, en búsqueda de estándares de responsabilidad inferiores a los que establece el derecho común. Las faltas de los funcionarios conectadas o desconectadas con el servicio deben generarle responsabilidad personal como a cualquier otro ciudadano. Rechazamos de plano esta categoría de dañadores privilegiados y que la recta interpretación del precepto del Proyecto que nos ocupa conduzca a una solución semejante.

Nos parece, de tal modo, que la única interpretación razonable del texto proyectado es la siguiente: sólo regula la responsabilidad del funcionario público frente al propio Estado, al que está ligado por una relación de derecho público. En ese contexto puede ser entendible que se rija por disposiciones de esa naturaleza. Pero aún en tal caso, las normas del Código Civil serán aplicables de manera supletoria (o por analogía), ya que no media prohibición alguno para esto último.

Lógicamente, si el damnificado es un particular, no hay motivo para que el funcionario o empleado no responda a tenor de las reglas y principios del código civil, de manera concurrente con la Administración Pública. (22)

La responsabilidad civil de los funcionarios públicos y agentes de la administración debe estar sujeta a las mismas reglas que se aplican para los particulares. Ello ha constituido un avance republicano y democrático significativo. La fórmula proyectada, si no es rectamente interpretada, vuelve a tiempos primitivos y sienta estándares de protección a favor de los funcionarios públicos, propios de regímenes autoritarios, que resguardan a sus funcionarios —directa o indirectamente— ante los reclamos de los particulares damnificados.

### III. Los verdaderos fines perseguidos

¿Qué se ha buscado con todo esto?

¿Proteger el federalismo? Ya hemos visto que no.

Las razones hay que buscarlas en la realidad.

Se ha dicho alguna vez que *una persona es lo que ha hecho*. Y que no importa lo que sea en su interior o lo que declame, siempre son sus actos los que la definen.

Eso es plenamente aplicable en este caso.

Uno piensa en que el Poder Ejecutivo de la Nación pretende que el cumplimiento de

las órdenes judiciales que se dictan bajo apercibimiento de *astreintes* se rija por normas y principios de derecho administrativo y no por el Código Civil; y no puede dejar de relacionar esa realidad con las sentencias incumplidas de la Corte, particularmente en materia de jubilados o lo sucedido hace tiempo en la Provincia de Santa Cruz.

Uno piensa en la exclusión de las acciones de clase del Proyecto, particularmente en los casos de daños derivados de lesión a intereses individuales homogéneos, que no era sino la recepción normativa de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sentada en “Halabi”, (23) y no puede dejar de relacionar las modificaciones introducidas con los reclamos de los jubilados insatisfechos por la Administración Pública, pese a haber sentencia firme, o con las legítimas pretensiones resarcitorias de quienes sufren contaminación ambiental por el accionar de empresas mineras, o con las víctimas de la tragedia de Once y otras similares.

Uno piensa en la pretensión de sacar del Código Civil a la responsabilidad del Estado y del funcionario público y buscar ámbitos de tutela más laxos en el derecho público.

Uno observa muchas modificaciones que el Poder Ejecutivo de la Nación ha introducido al Anteproyecto y termina con una amarga sensación: lo que se declama, desde el relato, no condice con lo que se hace. Y cuando esto sucede, prevalece siempre lo que se hace. *Res ipsa loquitur*.

### IV. Conclusión

Ha llegado el momento de superar polémicas estériles que separan a “civilistas” y “administrativistas”. Debemos ser conscientes que detrás de las controversias doctrinarias se esconde la pretensión de alcanzar una responsabilidad menguada del Estado y si es posible la irresponsabilidad de sus funcionarios públicos en el plano de sus efectivas concreciones.

Es necesario buscar hoy, más que nunca, coincidencias, que permitan asegurar, a través de una normativa de fondo, aplicable paritariamente en todo el país, un régimen de responsabilidad del Estado Nacional, Provincial y Municipal que garantice en toda su plenitud el derecho a la reparación de los damnificados por el obrar del Estado y de sus funcionarios y empleados públicos. De manera predecible, conforme los estándares de seguridad jurídica que hoy la sociedad demanda. Poco importa dónde se ubiquen esas normas, si en el Código Civil o en una legislación especial. Menos interesa

aún su naturaleza jurídica, que se trate de normas de derecho privado o público, o que formen parte del basamento común del sistema, con anclaje en la Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Lo importante es *concretarlas*, para coadyuvar no solo a una justicia eficaz, en el plano de los hechos concretos y no de las meras declamaciones. Y para alcanzar un sistema que garantice —en clave constitucional— que los dañados serán resarcidos y que el Estado dañador y sus funcionarios dañadores serán responsables de manera efectiva y no en el terreno de las declamaciones. Este es el verdadero desafío que hoy tenemos los juristas argentinos.

Lamentablemente el debate sobre el Código Civil luce hoy postergado. Un debate que es absolutamente necesario e impostergable. Esperemos —aunque no somos optimistas— que el Poder Legislativo de la Nación se muestre a la altura de las circunstancias, que actúe con la seriedad y el patriotismo que es dable exigirle y que, en el tema que nos ocupa, efectúe un profundo replanteo de los textos propuestos por el Poder Ejecutivo Nacional, que son, sin duda alguna, inconstitucionales y regresivos. ●

Cita on line: AR/DOC/2710/2013

### MAS INFORMACION

- Calvo Costa, Carlos A.**, “La nueva responsabilidad civil en el Proyecto de Código: un paso hacia adelante y un interrogante”. RCyS, 2013-VI, en tapa.
- Tonelli, Pablo Gabriel - Oyhanarte (h.), Martín**, “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código”. LA LEY, 2013-B, 809.
- Gherzi, Carlos A.**, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en el Proyecto de Código”. LA LEY, 2013-A, 532.
- Mazzucco Cánepa, Martín**, “La Responsabilidad estatal y el proyecto de reforma del Código Civil”. RCyS, 2013-I, p. 12.
- Cassagne, Juan Carlos**, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado”. LA LEY, 2012-E, 1202.
- Ritto, Graciela B.**, “La responsabilidad del estado en la reforma del Código Civil con las observaciones del Poder Ejecutivo Nacional. La remisión a los principios del derecho administrativo nacional o local”. DJ, 2012/10/03, p. 99.

### { NOTAS }

(18) CASSAGNE, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado”, LA LEY, 2012-E, 1202.

(19) GORDILLO, “Tratado de derecho administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, t. 2, “La defensa del usuario y del administrado”, 8ª ed.,

F.D.A., Buenos Aires, 2006, XX-2, 1.2; ídem, “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos”, en “Estudios de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1963, p. 61.

(20) COLAUTTI, “Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003 p. 26.

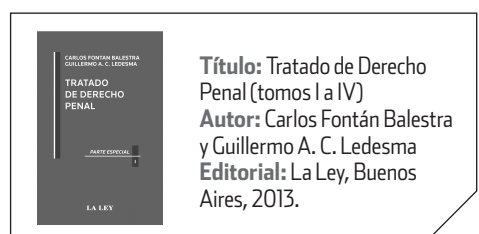
(21) Señala GORDILLO, “Tratado de derecho administrativo”, t. 2, XX-2, 1.2: “los mayores desaguisados, los mayores daños y perjuicios a los habitantes no han sido jamás causados por funcionarios intermedios y mucho menos pequeños. Son los más altos titulares del poder ejecutivo nacional, quienes ejerciendo poderes que ni siquiera la Constitución les confiere, quienes siempre han

cometido los más grandes daños a la economía del país y a sus habitantes”.

(22) Conf.: GHERZI, Carlos, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-A, 532.

(23) CS, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c. P.E.N.”, Fallos: 322:111.

## BIBLIOGRAFIA



**Título:** Tratado de Derecho Penal (tomos I a IV)  
**Autor:** Carlos Fontán Balestra y Guillermo A. C. Ledesma  
**Editorial:** La Ley, Buenos Aires, 2013.

El 21 de noviembre de 1976 el diario “La Nación” de Buenos Aires publicó una nota dando cuenta del fallecimiento de Carlos Fontán Balestra. De ella extraigo el siguiente párrafo: “En el Derecho Penal Fontán Balestra encontró cauce para volcar su sensibilidad, su penetración psicológica y una severa formación de jurista, abonada por la vastedad de su bibliografía, los numerosos cursos y las visitas y viajes de

estudio formalizados, entre otros, a las Universidades de Munich, Heidelberg y Frankfurt”.

A su vez, en ocasión de la muerte del Sumo Maestro de Pisa, Enrique Ferri dijo que Carrara “tenía un diamante en el cerebro”.

Hilvano ambas citas para hacer notar que los destellos que emanaron de ciertas mentes

llegan hasta nosotros no obstante el paso del tiempo. Es el caso de los que dejó Fontán Balestra en el “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, conforme aparecen en la edición actualizada y ampliada por Guillermo A.C. Ledesma y los colaboradores Carlina Bressia, Ignacio Fornari, Jorge Ilharrescondo, Vale-

## VIENE DE LA PÁGINA 11

ria Andrea Lancman, Matías Ledesma, Juan Pablo Nardín, Bruno Netri y Viviana Sánchez Rodríguez.

La obra tiene una estructura metodológica inmejorable y es muy útil no sólo para el estudioso e investigador del derecho, sino también, muy especialmente, para el abogado litigante.

Además de las ideas primigenias de Carlos Fontán Balestra están las de todos quienes han intervenido para que sea posible esta edición de La Ley, que tiene el mérito excepcional de comentar todas las reformas que se le han ido introduciendo al Código Penal; incluso las más recientes.

Se advierten hilos conductores a lo largo de toda la obra, que no se desdibujan -más bien todo lo contrario- por la presencia de una pluralidad de autores. Es éste uno de los mayores méritos que presenta esta obra colectiva y ello pone en evidencia el sólido trabajo que han realizado el actualizador y los colaboradores. Como dice el primero en el "Prólogo": En el texto primigenio de Fontán Balestra, "con lenguaje claro, casi al pasar, el lector encuentra las cuestiones más profundas, aquellas que parecen reservadas para

una original tesis doctoral. Está el problema. También la respuesta".

A su vez, desde 1979, fecha en que actualizó por primera vez uno de los tomos de la Parte especial de este tratado, nuestro país y el mundo han sufrido numerosos cambios que afectaron notablemente al Código Penal. Todo ello debió ser recogido en las sucesivas actualizaciones que efectuó, especialmente en la que estoy reseñando, en la que se incluye hasta el delito de aprovechamiento económico ilegítimo del trabajo infantil (art. 148 bis) incorporado al Código Penal por la ley 26.847 (B.O. 12/4/2013).

El tomo I comienza con una "Introducción a la Parte especial" encabezada con reflexiones sobre "La llamada parte general de la parte especial". Aparecen luego analizados los Delitos contra las personas, y contra el honor, concluyendo con un capítulo sobre "Información falsa de datos personales".

En el tomo II aparecen los comentarios sobre los delitos contra la integridad sexual, contra el estado civil, contra la libertad y contra la propiedad. Al final se ha ubicado el aprovechamiento económico ilegítimo del trabajo infantil; incorporación que mencioné más arriba.

En el tomo III continúa el desarrollo de los delitos contra la propiedad, siguen los delitos

contra la seguridad pública, contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación, los delitos contra la salud pública y termina con los delitos contra el orden público.

En el tomo IV quedan agrupados el resto de las figuras, siguiendo el método del Código: Delitos contra la seguridad de la Nación, delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, delitos contra la administración pública, delitos contra la fe pública y delitos contra el orden económico y financiero.

Este último comentario es particularmente importante, teniendo en cuenta la necesidad que existe de fijar los alcances de las relativamente recientes incorporaciones al Código de figuras y reubicaciones. El primer párrafo anticipa el contenido de la Sección 160: "La ley 26.683 (B.O. 21/06/2011) añadió al Código Penal el Título XIII, designado *Delitos contra el orden económico y financiero*, en el que ubicó el delito de lavado de activos provenientes de un ilícito penal; mientras que las leyes 26.733 y 26.734 incorporaron al título los delitos de financiamiento de actos terroristas, abuso de información privilegiada, agiotaje financiero, ofrecimiento fraudulento de valores negociables e instrumentos financieros, informes o balances falsos, intermediación financiera no autorizada, simulación u omisión de registro de operaciones financieras y bursátiles, co-

hecho pasivo financiero e introdujo sendos artículos sobre la responsabilidad de las personas jurídicas".

Como puede advertirse, se trata de una obra completa, que aborda de manera exhaustiva todos los aspectos fundamentales de la normativa agrupada en el Código Penal. En particular, uno puede leer los comentarios a cualquier tema; por ejemplo, los delitos de *abusos de armas* (Sección 89) y se encontrará con la exposición de la idea básica: la *agresión*, consistente en el acometimiento contra una persona, que crea para ella una situación de peligro. El fin de la ley: "Las discutidas figuras de abuso de armas tienden a evitar que queden impunes los hechos que pueden constituir, en realidad, tentativas de hechos más graves, que no aparecen plenamente probados como tales". Se exponen a continuación los antecedentes legislativos, comienza el análisis de las figuras, luego habla de la materialidad, de la tentativa y del aspecto subjetivo, qué ha dicho la jurisprudencia, cuál es el alcance de las disposiciones y qué intenta hacer los proyectos de reforma.

En suma: se trata de un trabajo sumamente útil. Constituye un acierto de la Editorial La Ley haber habilitado esta fuente de consulta dándole a los tomos -por añadidura- una presentación impecable.

Marco Antonio Terragni



## JURISPRUDENCIA

### Libertad de expresión

**Utilización del término "siniestro" para referirse a un funcionario público en un blog periodístico. Condena civil que restringe el derecho constitucional.**

Véase en esta página, Nota a Fallo

**Hechos:** El Subsecretario de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Universidad de Buenos Aires interpuso demanda contra un periodista, a fin de obtener una indemnización por los daños sufridos a raíz de una publicación en el blog de este

último de un documento suscripto por otra persona, agregando en el título el término "siniestro" para referirse al funcionario. En primera instancia y en la Cámara se hizo lugar a la acción. Se distinguió entre una "opinión" y un "insulto". Interpuesto recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia impugnada.

1. - La publicación en un blog de un documento suscripto por una persona distinta al periodista demandado no es apta, para generar la responsabilidad de aquél, ya que se mencionó expresamente la fuente de la que provino, por lo que la decisión apelada

que lo responsabilizó civilmente constituye una restricción indebida a la libertad de expresión que debe ser revocada (del dictamen del Procurador General).

2. - Si el periodista demandado utilizó la palabra "siniestro" en el titulado de un documento suscripto por otra persona y publicado en su blog, para referirse a un funcionario público y así sintetizar su crítica, y ello fue un recurso periodístico que apuntaría a traslucir el contenido del texto, sin dar base alguna para considerarlo como un producto intelectual autónomo de aquél, o atribuirsele una suerte de coautoría, no puede derivarse de él responsabi-

lidad alguna, pues aun cuando se admitiera que pudo tener un contenido desdorado para el funcionario, debe extremarse la tolerancia en pos de la libertad de expresión (del dictamen del Procurador General).

117.300 — CS, 2013/08/01. - Sujarchuk, Ariel Bernardo c. Warley, Jorge A.

Cita on line: AR/JUR/38100/2013

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, o en [laleyonline.com.ar](http://laleyonline.com.ar)]



## NOTA A FALLO

# La libertad de expresión en la "blogósfera"

**SUMARIO:** I. Blogs y libertad expresiva.- II. La decisión objeto de comentario.- III. El debate democrático y el control del ejercicio de la función pública.- IV. Exposición pública y tolerancia a la crítica.- V. Conclusiones.

Daniel Alberto Sabsay y Cristian Fernández

### I. Blogs y libertad expresiva

Los artículos 14 y 32 de nuestra ley fundamental se ocupan de la libertad de expresión y de prensa. El primero de ellos se refiere a la libertad de todos los habitantes "de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa"; mientras que el segundo adopta casi textualmente el texto de la primera enmienda a la constitución estadounidense, al prohibirle al Congreso el dictado de "leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

Teniendo en cuenta que nuestro constituyente desconocía los medios de expresión

actuales, corresponde efectuar una interpretación dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas. Ello, a efectos de satisfacer el objetivo del Preámbulo de "asegurar los beneficios de la libertad". (1) Indudablemente, las transformaciones históricas en comunicación social permiten tomar un concepto amplio de libertad de expresión y concluir que la Constitución tutela cualquier forma expresiva: diarios, revistas, radio, cine, teatro, televisión, etc. (2) A esta enumeración, debe sumarse el ciberespacio. En rigor, Internet resulta el medio ideal para la difusión, circulación y recepción de pensamientos y expresiones

en virtud de sus posibilidades técnicas. Cabe destacar que a través de la red es posible acceder a imágenes, libros, diarios, revistas, radios, audios, películas, chats, redes sociales, conferencias online, etc.

La horizontalidad e informalidad que caracteriza a la *blogósfera*, espacio virtual en el que coexisten diferentes sitios web conocidos como *blogs*, permite que cualquier persona vuelque allí opiniones e informaciones de cualquier tipo. Se trata de un medio que ha revolucionado a la sociedad de la información, modificando las formas de comunicación entre las personas y multiplicando voces por doquier.

La literalidad del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en

adelante CADH) (3) constituye un nuevo fundamento para sostener que la protección constitucional resulta extensiva a todas las formas en las que se traduzca la expresión de las ideas.

A mayor abundamiento, el alcance de la libertad de expresión a los servicios de Internet fue reconocido por nuestra legislación en el año 2005 mediante la sanción de la Ley 26.032. Esta norma estableció que "la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión".

En esta línea de pensamiento, la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura considera que la libertad de expresión trasciende las fronteras de los medios de comunicación tradicionales para tutelar a las plataformas de comunicación más recientes que vienen a contribuir con el desarrollo, la democracia y el diálogo. (4) También corresponde mencionar la declaración conjunta de los Relatores que se ocupan de la libertad de expresión de las Naciones

Unidas, la OEA, la Organización para la Seguridad y Cooperación de Europa y la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos efectuada en el año 2011. (5) Cabe destacar la equiparación en la aplicación de la libertad de expresión a todos los medios y la obligación que tienen los Estados de garantizar el acceso a Internet a fin de asegurar, no sólo el derecho a ejercer libremente la expresión, sino también a la educación, al trabajo, al derecho de asociación, etc.

Al panorama protectorio reseñado, debemos sumar un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia, que constituye el primer pronunciamiento del Tribunal sobre una controversia, originada en una publicación de un *blog*, en la que se debaten los derechos a la honra y a la libertad de expresión. A partir del precedente “Sujarchuk, Ariel Bernardo c. Warley Jorge Alberto s/daños y perjuicios”, evaluaremos los alcances de las expresiones vertidas en plataformas virtuales, cuando éstas involucran a funcionarios públicos.

## II. La decisión objeto de comentario

Previo a sumergirnos en el análisis de lo resuelto en el dictamen del Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos adhirió la Corte Suprema en forma unánime (6), y a fines de un mejor entendimiento, corresponde describir brevemente los hechos del caso y mencionar la decisión de la cuestión controvertida en las instancias judiciales anteriores.

El actor, Subsecretario de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Universidad de Buenos Aires, demandó por daños y perjuicios al periodista administrador de un *blog* llamado “Desde el aula” por haber alojado en este sitio digital dos artículos de autoría de un tercero que criticaban en duros términos al demandante. (7)

El título de la publicación cuestionada decía: “Noticias sobre la presencia del siniestro Ariel Sujarchuk en la UBA” y en el contenido de la misma el actor era señalado como un tráfugo y vendedor de imagen relacionado con oscuros episodios.

En primera instancia, el juez hizo lugar a la demanda. Luego, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil confirmó dicha decisión. Para ello, distinguió entre opinión e insulto, indicando que la primera no genera responsabilidad civil mientras que la descalificación no contribuye con la formación de una opinión libre, ubicándose fuera de la esfera de protección de la libertad de informar.

La sentencia de Cámara dedicó especial atención al significado del término “siniestro” y luego de revisar sus diferentes acepciones, concluyó que en el caso se trataba de un insulto. Desde esta perspectiva, los jueces de Cámara consideraron que la doctrina de la “real malicia” no resultaba aplicable al demandado, ni tampoco la doctrina “Campi-

llay”. Si bien la fuente había sido mencionada, según los camaristas, la publicación carecía de neutralidad pues el demandado había adherido allí a lo expuesto por ésta.

Contra el pronunciamiento reseñado, el demandado interpuso recurso extraordinario federal por encontrarse comprometidas las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión. Finalmente, nuestro Máximo Tribunal revocó el fallo de Cámara y rechazó la demanda por daños y perjuicios, remitiéndose, en honor a la brevedad, a los fundamentos desarrollados en el dictamen de la Procuración.

## III. El debate democrático y el control del ejercicio de la función pública

El dictamen firmado por el Procurador Luis Santiago González Warcalde comienza su desarrollo poniendo el eje en la libertad de divulgar información y expresar ideas como un bastión para el desenvolvimiento institucional de la República. Desde este enfoque, recuerda la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que ubica a la libertad de prensa como una de las que reportan mayor entidad, advirtiendo que, en caso de no ser protegida ésta, sólo existiría una democracia puramente nominal. (8)

Sin dudas, las voces críticas fortalecen los cimientos del debate democrático. En este caso, se trata del debate público sobre la política universitaria.

Los comentarios que se efectúen sobre quienes ejercen posiciones de impacto institucional en casas de estudios no deben ser silenciados ni amenazados mediante acciones judiciales que persigan altas indemnizaciones, so pretexto de la defensa del derecho al honor. En efecto, una sociedad temerosa de las repercusiones económico-patrimoniales que podrían tener sus dichos o denuncias sobre servicios y figuras públicas opacaría la posibilidad que brindan la red de redes, en general, y los *blogs* y redes sociales, en particular, de concentrar las más diversas miradas sobre nuestra realidad. Precisamente, en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, de fecha 29 de noviembre de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos advirtió sobre la peligrosa relación entre sanción económica y autocensura. (9)

El Dictamen que aquí comentamos cita artículos de diferentes Tratados de Derechos Humanos (10), que gozan de jerarquía constitucional, para recordarnos el compromiso asumido por la República Argentina en relación a la tutela de la libertad de investigar, opinar y difundir el pensamiento sin molestias, sin limitación de fronteras y por cualquier medio, comprendiendo los medios electrónicos. También utiliza citas de precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para poner de relieve que una democracia sin debate libre resulta inconce-

bible (11) y que las restricciones a la divulgación de ideas implican un límite al derecho a expresarse. (12)

En la misma dirección, es dable destacar que la “Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” de la Organización de Estados Americanos expresó que los países deben reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de información, opiniones e ideas. Mediante el documento conocido como “Marco jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión” determinó la relación directa que existe entre libertad de expresión, democracia, pluralismo y transparencia. A saber:

*“El funcionamiento de la democracia exige el mayor nivel posible de discusión pública sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado en todos sus aspectos, esto es, sobre los asuntos de interés público. En un sistema democrático y pluralista, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben ajustarse a un escrutinio riguroso, no sólo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública. La gestión pública y los asuntos de interés común deben ser objeto de control por la sociedad en su conjunto. El control democrático de gestión pública, a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones, y es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana. De allí que el adecuado desenvolvimiento de la democracia requiera la mayor circulación de informes, opiniones e ideas sobre asuntos de interés público.”* (13)

Entre los argumentos a favor de una amplia libertad de expresión en el ciberespacio podemos destacar el debate de las políticas públicas, el control ciudadano sobre los asuntos de interés público, la conversión de los consumidores de información en productores activos de la misma y el fortalecimiento de la democracia. (14)

El control democrático del ejercicio de la función pública a través de las distintas herramientas que nos entrega la tecnología es un valor que debemos defender con convicción. Entendemos que aquí radica la importancia del precedente objeto de nuestro comentario.

A esta altura, no podemos dejar de señalar la diferencia de criterio que existe en materia de libertad de expresión entre el dictamen del Procurador Fiscal González Warcalde en el caso “Sujarchuk”, al que adhirió por unanimidad la Corte Suprema (15), y el dictamen de la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, en la causa “Grupo Clarín”. En rigor, al dictaminar acerca de la constitucionalidad de las restricciones a la multiplicidad de licencias y a la propiedad cruzada de medios, previstas en el art. 45 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, la Procuradora General de la Nación sostu-

vo que el derecho al voto se torna ilusorio en tanto la posición de los votantes se verá fuertemente marcada por los “conglomerados mediáticos”. (16) Así las cosas, pareciera sugerir un carácter de peligrosidad que los medios audiovisuales, que ponen en el centro de la escena las acciones y omisiones del poder político, implicarían para el sufragio universal; y dejarnos frente a un dilema: democracia o libertad de expresión. Desde ya, rechazamos tal dilema por resultar falso y contradictorio con la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que enlaza la idea de libertad de expresión con democracia, al punto que esta última no tendría contenido sin la primera. Esta concepción consideramos que deriva de una ideología reñida con la esencia de una sociedad democrática y pluralista. Se trata de una actitud prejuiciosa que lejos de centrarse en la protección del interés de los gobernados, en realidad trata de erigir un manto de protección a favor de las autoridades. Además, se asienta en la presunción de un poder omnímodo de los medios, los que tendrían una capacidad de influencia sobre sus destinatarios a los que éstos no podrían resistir. Se pone de manifiesto una actitud paternalista que en el fondo menosprecia la capacidad de discernimiento de los miembros de una sociedad democrática y que bajo esta suerte de modalidad tuitiva en realidad los perjudica al retacearles el acceso a la información que necesitan para ejercer el debido control de quienes ejercen autoridad y son sus representantes.

Nos alarma la postura adoptada por la máxima autoridad de la Procuración General de la Nación y nos brinda tranquilidad que lo expuesto por el Procurador Fiscal en el caso “Sujarchuk” fuera ratificado por el Alto Tribunal. Quizás la diferencia de criterios señalada con anterioridad, esté vinculada con la renuncia del Procurador Fiscal. (17) En honor a la verdad, desconocemos la respuesta.

## IV. Exposición pública y tolerancia a la crítica

No debemos perder de vista que el sujeto pasivo de la información publicada en el *blog* “Desde el aula” es Subsecretario de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Universidad de Buenos Aires. En efecto, desarrolla una tarea pública que lo ubica en un umbral más atenuado de protección frente a expresiones e informaciones que pudieran causarle molestias. Por ello, su situación no puede equipararse a la de cualquier ciudadano que se viera molestado por publicaciones críticas. Es necesario tener en cuenta que quien se sube “a los estrados públicos” debe hacerse cargo de sus consecuencias y de ningún modo pretender una suerte de *bill de indemnidad* que lo cubra de posibles críticas y comentarios a la actividad de interés general que lleva a cabo. En el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que “la

◉ CONTINÚA EN LA PÁGINA 14

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Fallos CSJN 322:111. Considerando 16.

(2) ZARINI, Helio J; “Constitución argentina comentada y concordada”, Astrea, p. 56.

(3) “ Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (las comillas simples nos pertenecen).

(4) <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-expression-on-the-internet/>

(5) Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, Frank La Rue, la Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, Dunja Mijatovi, la Relatora Especial

de la OEA para la Libertad de Expresión, Catalina Botoero Marino, y la Relatora Especial de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Faith Pansy Tlakula, “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, adoptada el 1° de junio de 2011.

(6) El fallo fue firmado por los Ministros Lorenzetti, Fayt, Maqueda, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay. El Ministro Zaffaroni no suscribió el fallo.

(7) En el blog “Desde el aula” fueron transcritos dos documentos redactados por Marcos Britos, Delegado General de la Comisión Gremial Interna (APUBA-Rectorado), indicándose los sitios web de donde los comentarios habían sido extraídos.

(8) Fallos CSJN 248:291; 315:1943 y 321:2250.

(9) “El temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una

sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”.

(10) Art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(11) OC 5/85, serie A, N° 5 párr. 69, 13 de noviembre de 1985.

(12) Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo”, párr. 65, 5 de febrero de 2001.

(13) “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, p. 11. Relatoría Especial para

la libertad de expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA. Aprobado por la CIDH el 30 de diciembre de 2009 por el pleno de la CIDH integrada por Luz Patricia Mejía Guerrero, Víctor E. Abramovich, Felipe González, Sir Clare Kamau Roberts, Paulo Sérgio Pinheiro, Florentín Meléndez y Pablo G. Carozza.

(14) ORTIZ, Tulio, “La libertad de expresión en el ciberespacio”, en “Cuarto Poder, expresión, información y comunicación social”, Instituto de Investigaciones Ambrosio Luis Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, pp. 273/4.

(15) Con excepción del Ministro Zaffaroni, que no firmó el fallo.

(16) Dictamen de la Procuradora General de la Nación en la causa “Grupo Clarín y otros c. PEN s/acción meramente declarativa”, p. 36, 12 de julio de 2013.

(17) Decreto 336/2013.

(18) Considerando 16 del fallo de la CIDH.

## ● VIENE DE LA PÁGINA 13

Comisión Interamericana consideró que la cuestión central a resolver es ‘si la sociedad argentina tenía derecho a conocer la información publicada y, en consecuencia, debía prevalecer la libertad de expresión de los periodistas, o si, por el contrario, el entonces presidente tenía derecho a mantener en secreto los datos revelados’ (se trataba de Carlos Menem). Resaltó las dos dimensiones de la libertad de expresión y el diferente umbral de protección respecto de las expresiones relativas a los funcionarios públicos y a los que aspiran a serlo, quienes están sometidos a un mayor examen por parte de la sociedad. No obstante, recordó que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y desarrolló el régimen de restricciones permisibles a dicho derecho.”(18)

En el amplio marco de respeto a la libertad de expresión, el principio que se impone es el de presunción de cobertura para todo tipo de expresiones, incluidos los discursos ofensivos. Es decir que, como principio, todas las formas de discurso están protegidas por el derecho a la libre expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuentan.

Para que una restricción a la libertad de expresión sea compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, aquella debe ser necesaria en una sociedad democrática. Se entiende por “necesaria” la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción. En efecto, la legalidad de cualquier restricción al derecho consagrado en el art. 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estará supeditada a satisfacer un interés público imperativo.

El criterio descripto fue adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (19)

En el precedente “Kimel c. Argentina”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enseña que en un sistema democrático los funcionarios públicos tienen un umbral distinto de protección, que los expone en mayor grado al escrutinio y crítica del público, sencillamente porque se han expuesto voluntariamente a un examen más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. (20)

La Convención Americana de Derechos Humanos protege tanto las expresiones inofensivas como “aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector de la población”. (21) Frente a éstas, quienes ejercen funciones públicas deben ser tolerantes y, de esta manera, favorecer la li-

bertad de expresión. Ello así, podemos hablar de una relación directamente proporcional: a mayor exposición pública, mayor será el deber de tolerar la crítica.

Al exponerse de manera voluntaria al escrutinio social, el margen de aceptación y tolerancia a la crítica de un funcionario público debe ser mucho mayor que en el caso de los particulares. (22)

La protección más débil de la intimidad y honor de quienes ocupan cargos públicos reside en que gozan de una mayor influencia social y, por ende, mayor acceso a los medios de comunicación. Ergo, cuentan con más posibilidades de dar explicaciones o responder a los cuestionamientos a las críticas que se le formulan. (23)

En el caso “Barrantes, Juan Martín c. Arte Radio Televisivo Argentino”, fallo decidido por la Corte Suprema en la misma fecha que “Sujarchuk”, el Tribunal recuerda las diferencias entre ciudadanos y funcionarios públicos, destacando que estos últimos se han expuesto, en forma voluntaria, a un riesgo por falsedades difamatorias sobre ellos. (24)

A mayor abundamiento, la Corte Interamericana destaca el deber de tolerancia y apertura crítica frente a afirmaciones efectuadas en ejercicio del control democrático. A saber: “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. ... Además, al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”. (25)

Con relación a las opiniones, ideas o juicios de valor agresivos respecto de la reputación y el honor de terceros, coincidimos con la visión del Dr. Petracchi, en su voto en el fallo “Patitó José Ángel y otros c/ Diario La Nación”. (26) Allí, explicó que resulta insuficiente indagar los significados literales de los términos utilizados para efectuar un reproche jurídico. Agregó que para que se configure la responsabilidad civil por expresiones, las mismas deben carecer de relación con las ideas u opiniones expuestas. Evidentemente, la línea de pensamiento trazada por el Juez Petracchi no fue seguida por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el caso “Sujarchuk” ya que el núcleo de su sentencia se basó en el término “siniestro”, del título de la publicación, soslayando que el mismo representaba una síntesis de los artículos de opinión transcritos en el blog “Desde el Aula”. De esta manera lo interpretó la Corte

al revocar la sentencia en mérito a los fundamentos desarrollados por el Procurador.

Si bien el dictamen hace mención de la doctrina “Campillay” (27), por la cual, al citar la fuente, el difusor de cierta información se exime de responsabilidad civil, corresponde señalar que tal doctrina resulta irrelevante para la resolución del caso. Ello, en atención a las circunstancias personales del actor. En rigor, una de las consideraciones finales del dictamen resalta que, aun cuando se admitiera que la opinión pudiera tener un contenido negativo sobre el funcionario en cuestión, debe extremarse la tolerancia en favor de la libertad de expresión. En este orden de ideas, es dable concluir que la doctrina “Campillay” será de suma utilidad en los casos en los que el sujeto agraviado sea un particular pero en los casos de figuras públicas, el centro de gravedad del asunto estará dado por la relación directamente proporcional que indica que a mayor grado de exposición pública, mayor será el nivel de tolerancia a la crítica.

No es ocioso recordar que en el año 2004, en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que estaba especialmente protegida la reproducción fiel en un diario local de ciertas afirmaciones publicadas en la prensa europea, que comprometían seriamente la reputación de un alto funcionario público costarricense destacado en Bélgica. La Corte, resaltando que en relación con las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, siempre debe distinguirse las expresiones referidas a personas públicas de las que aluden a particulares, explicó que “es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático”. (28)

Compartimos el criterio adoptado por el fallo objeto de nuestro comentario cuando explica que las molestias ocasionadas al actor constituyen el precio a pagar por vivir en un Estado que respeta la libertad expresiva. Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que vale la pena pagar ese precio, ya que la recompensa consiste en una democracia fortalecida. En ella la información actúa como un insumo básico para la participación de sus integrantes en el debate público y la fiscalización de los actos de gobierno; si ellos carecieran de este elemento tan importante, se debilitaría necesariamente el sistema en su conjunto.

## V. Conclusiones

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de la vida democrática de un país.

La difusión de información o ideas que son consideradas inofensivas o indiferentes debe ser garantizada así como también las de aquellas que resulten ingratas para el Estado o cualquier sector de la población, pues tales son las demandas del pluralismo, que implican tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. (29)

La protección convencional de discursos sobre funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones, se torna fundamental en el ciberespacio en atención a la multiplicidad de formas expresivas que permite la red de redes. Ello, estimula la discusión sobre asuntos de interés público y la participación ciudadana. No olvidemos que, a partir de convocatorias lanzadas por redes sociales, en nuestro país y en numerosos rincones del planeta, se han gestado multitudinarias movilizaciones ciudadanas exigiendo a la clase política, una sensibilidad distinta frente a los problemas que aquejan a las sociedades contemporáneas.

En este contexto, celebramos la resolución del caso “Sujarchuk” que revocó la sentencia de Cámara y rechazó la demanda iniciada por el Subsecretario de Relaciones Institucionales de la UBA. Un fallo en sentido contrario hubiera sentado un peligroso precedente ya que en los blogs y redes sociales suelen comentarse notas que tienen como protagonistas a quienes ejercen cargos públicos. En efecto, si la Corte Suprema hubiera ratificado la condena civil de las instancias judiciales previas, los impulsos de cualquier ciudadano de plantear críticas o efectuar comentarios, que podrían ser considerados ofensivos, desde los espacios de expresión virtuales, podrían verse frenados. Así las cosas, asistiríamos a un escenario en el que la autocensura ganaría terreno, en desmedro de la libre circulación de información, ideas y opiniones.

Afortunadamente, al adherir a los fundamentos del Procurador Fiscal, nuestro Máximo Tribunal puso las cosas en su lugar. Ahora, quienes deberán pensar dos veces antes de presentar una demanda son los funcionarios públicos. Mal que les pese, deberán extremar su tolerancia a la crítica y aceptar de una vez por todas que al formar parte de la esfera pública, gozan de una menor protección frente a informaciones o expresiones negativas sobre ellos. ●

Cita on line: AR/DOC/3190/2013

## { NOTAS }

(19) TEDH, Case of Editions Plon v. France, Sentencia de 18 de mayo de 2004, párr. 42 y Case of MGN Limited v The United Kingdom, Sentencia de 18 de enero de 2011, párr. 139.

(20) Corte IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, sentencia de 2 de mayo de 2008.

(21) *Ibidem*.

(22) Corte IDH, caso “Canese Ricardo c. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004.

(23) Corte IDH, caso “Tristán Donoso”, sentencia del

27 de enero de 2009. “Marco jurídico...”, p. 11. En idéntico sentido, Corte IDH, caso “Kimel”, sentencia de 2 de mayo de 2008; Corte IDH, caso Claude Reyes y otros, sentencia del 19 de septiembre de 2006; Corte IDH, caso Palamara Iribarne, sentencia del 22 de noviembre de 2005; Corte IDH, caso Herrera Ulloa, sentencia 2 de julio de 2004.

(24) Fallos CSJN “Barrantes, Juan Martín; Molinas de Barrantes, Teresa - TEA S.R.L. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”. Considerando 9, 1 de agosto de 2013.

(25) Corte IDH, caso “Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia del 22 de noviembre de 2005.

(26) Fallos CSJN 331:1530.

(27) Fallos CSJN 308:789.

(28) Corte IDH, caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia 2 de julio de 2004. En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió dejar sin efecto una sentencia de un tribunal de Costa Rica que había ordenado a un periódico retirar el “enlace” de su

versión digital entre el apellido de un funcionario y los artículos querrelados, y el establecimiento de una “liga” en su sitio web entre los artículos querrelados y la parte resolutive de la sentencia. El fundamento de la resolución unánime de la Corte Interamericana consistió en la violación, por parte del Estado costarricense, de la libertad de pensamiento y expresión.

(29) Corte IDH, caso “Ríos y otro c. Venezuela”, sentencia de 28 de enero de 2009.

## Contrato de trabajo

**Diferencias salariales por distinta categoría. Fraude a la ley laboral. Utilización de beneficios sociales como pago de remuneraciones.**

**Hechos:** La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia que hizo lu-

gar a la demanda en forma parcial, se agravia de la categoría laboral tenida en cuenta y del rechazo del rubro en incrementos salariales por sustitución de tickets canasta. La Cámara hizo lugar al recurso.

1.- Resulta procedente el reclamo por diferencias salariales por distinta categoría laboral, pues los testigos aportados por el trabajador lucen convincentes a efectos

de probar la categoría laboral reclamada, en tanto describen en forma detallada y con conocimiento profesional el modo en que se desarrollaban las tareas en la empresa y las labores de aquél.

2.- El reclamo por el rubro incrementos salariales por sustitución de tickets canasta es procedente, si se acreditó que el empleador en fraude a la ley laboral utilizaba dichos

beneficios sociales como pago de remuneraciones y por ello no lo libera de su obligación el hecho de que el trabajador no siga desempeñando labores en un horario que se utilizaba ilícitamente como causa del pago.

**117.301** — CNTrab., sala VI, 2013/04/26. - Pérez, Ramón Antonio c. Establecimiento Gráfico Cortiñas Hnos. S.R.L. y otro s/diferencias de salarios.

Cita on line: AR/JUR/16707/2013

## CONTEXTOS DEL FALLO

Citas legales: ley 18.345 (DT, t.o. 1998-A, 333); 21.839 (DT, 1978-689)

**2ª Instancia.** — Buenos Aires, abril 26 de 2013.

La doctora *Craig* dijo:

La sentencia de primera instancia que hace lugar a la demanda de forma parcial, viene apelada por el actor (fs. 523/528), por las demandadas Servicios Simsa S.R.L. (fs. 530/532) y por Establecimiento Gráfico Cortiñas Hnos. S.R.L. (fs. 533/536). Recibiendo contestación de estas dos últimas en conjunto a fs. 540/541 y del accionante a fs. 545/549 y a fs. 550/556.

Además, el perito contador apela por baja la regulación de sus honorarios (fs. 519).

En primer lugar, trataré la queja del accionante respecto de la categoría tenida por cierta por el Sr. Juez “a quo”. Sostiene que se ha efectuado una incorrecta valoración de la prueba testimonial aportada a la causa. Adelanto que el agravio tendrá la acogida esperada.

En efecto, los testimonios de los dicentes J. D. L. y V., lucen convincentes a efectos de probar la categoría del actor, tras describir en forma detallada y con conocimiento profesional el modo en que se desarrollaban las tareas en la empresa y, en ellas, las labores de éste. El primero de los mencionados (ver fs. 491/492) indica quiénes son los trabajadores del sector de Fotomecánica, entre los que se incluye al actor, describe las tareas que allí se realizan de donde se desprenden conocimientos específicos en la materia dado que trabaja en el sector programación que es donde se generan las órdenes de trabajo a Pérez, tras lo cual manifiesta que en el trabajo de fotomecánica se emplean 4 colores. Luego, el segundo de los dicentes mencionados *supra* (ver fs. 493), señala que se emplea en el sector de impresión que depende del sector de fotomecánica; por lo cual, observa a diario al actor, también indica detalles de la producción que evidencian conocimiento en las particularidades de las tareas que se desempeñan en el establecimiento, enumera a los trabajadores que se desempeñaban en el sector fotomecánica, entre los que se encuentra el actor y, manifiesta, que en el 90 o 95% de las tareas que se realizan en fotomecánica se utilizan 2 o 3 colores y, en ese 10 o 5% restante, 4 colores. Por ello, en mi opinión, con tales testimonios se logra acreditar la categoría laboral que denuncia el accionante; es decir, Fotocromista 09 del CCT 60/89, más aún, con el aporte de los dichos de V. a fs. 477, que es compañero del actor y delegado de la demandada, y por ello posee conocimiento de las particularidades de las tareas y categorías de cada uno de trabajadores, de conformidad, quien en su testimonio, cita que la categoría laboral del actor es la de Fotocromista 09.

A mayor abundamiento, cabe recordar que el art. 9 de la LCT reformado por la ley 26.428 dispone que en la parte pertinente ...” Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la Ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla decidirán en el sentido más favorable al trabajador”, reforma que materializa la expresión del principio protectorio que tiene fundamento en el art. 14 bis de la Constitución Nacional cuando dice que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes” consagrando el principio *in dubio pro operario* esencia misma del derecho que nos ocupa.

Todo lo expuesto, me lleva a declarar precedente el agravio de la parte actora en este punto y modificar la sentencia de grado, haciendo lugar a las diferencias salariales por distinta categoría (de Fotocromista 07 a Fotocromista 09 del CCT N° 60/89) elevando el monto de condena en la suma de \$ 12.005,89 (conf. Liquidación efectuada por el perito contador en el anexo V, en el sobre anexo N° 5427).

También, misma acogida tendrá el reclamo por el rubro “incrementos salariales por sustitución de *Tickets* Canasta” que fuera desestimado por el magistrado de la instancia anterior. Al respecto, cabe indicar que todos los testigos acreditaron la existencia de la dación de estos beneficios sociales con fines remuneratorios y si bien, el sentenciante da como fundamento para su desestimación, que el cambio de horario ocurrido en febrero de 2008 hizo que carezca de motivo la percepción de dichos *tickets*, por lo que, aunque en fraude a la ley, hacer lugar a dicho reclamo, sería contrario a lo que se estipula en el art. 499 del Cód. Civil, es decir “no hay obligación sin causa”; me permito no compartir dicha conclusión.

En efecto, la entrega de *tickets* canasta respondió a un beneficio social que el empleador otorgaba a su trabajador y que, en modo alguno, debió tener como fin suplir a la remuneración que sí tiene su motivo en la contraprestación de las labores desempeñadas. En el caso de autos, luce acreditado que el demandado en fraude a la ley, utilizaba dichos beneficios sociales como pago de remuneraciones —conforme lo expresado por los testigos que se citan en la sentencia de autos—; por lo cual, el hecho que el trabajador no siga desempeñando labores en un horario que se utilizaba ilícitamente como causa del pago de dichos beneficios, no libera al empleador de su obligación que tras el dictado de la Ley 26.341, indica en su art. 2, que los empleadores que vinieran otorgando las prestaciones comprendidas en los incisos derogados del artículo 103 bis de la Ley 20.744, deberán mantenerlas en los términos que esta ley establece, sea que su otorgamiento proviniera de disposiciones convencionales, contractuales o de la voluntad unilateral del empleador. Por ello, la ausencia de pago de forma abrupta, contradice lo que dimana del art. 3 de la citada normativa que indica que las prestaciones comprendidas en los incisos derogados del artículo 103 bis de la Ley 20.744 que los empleadores vinieran otorgando, adquirirán carácter remuneratorio de manera escalonada y progresiva, a todos los efectos legales y convencionales, a razón de un diez por ciento (10%) de su valor pecuniario por cada bimestre calendario a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

Por todo lo expuesto y en concordancia que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.” en la cual ha decidido la inconstitucionalidad del art. 103 inc. c) de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto negaba carácter remunerativo a los “vales alimentarios” a la que adscribo, corresponde hacer lugar a la apelación intentada, revocar la desestimación del rubro que efectúa el Sr. Juez de grado y adicionar al monto de condena la suma de \$ 3.737, que luce en el reclamo de inicio a fs. 10.

Asimismo, respecto del planteo respecto de las horas nocturnas, cabe afirmar que en el monto que finalmente prospera, se encuentra incluida la suma por horas nocturnas impagas (ver liquidación de fs. 10, apartado b y c).

Seguidamente, trataré los agravios de la demandada Establecimiento Gráfico Cortiñas Hnos. S.R.L. respecto de la procedencia de las horas extras reclamadas y por la referencia de la existencia de fraude laboral. Ade-

lanto que no tendrán la recepción esperada, toda vez que como expresé más arriba, los requisitos del art. 116 de la L.O. son claros y establecen la necesidad de una crítica concreta y razonada de los puntos de la sentencia que se basen en probanzas aportadas a la causa; y, en el planteo en análisis, las expresiones no superan el umbral de la mera discrepancia. Por lo cual, en mi opinión, corresponde su desestimación.

Luego, ambas demandadas cuestionan la condena solidaria atento la aplicación del art. 31 de la L.C.T., sin embargo, la orfandad de fundamentos en los agravios que plantean ambas recurrentes, impide entrar al estudio de los mismos, por las razones ya expresadas en párrafos precedentes (conf. Art. 116 de la L.O.).

Por todo lo expuesto, corresponde modificar la sentencia de grado, elevando en monto de condena a la suma de \$ 33.890,89 con más los intereses dispuestos en la sentencia de grado.

Asimismo, la queja contra la imposición de costas dispuesta no podrá prosperar toda vez que el resultado alcanzado en autos impide apartarse del principio general en la materia, respecto a que el perdedor las soporte y, dado que la aplicación también responde a criterios jurídicos y no aritméticos, corresponde desestimar los agravios y confirmar lo decidido en cuestión (art. 68, C.P.C.C.N.).

Finalmente, en virtud de las apelaciones de honorarios planteadas, teniendo en cuenta la naturaleza y extensión de los trabajos cumplidos y las pautas arancelarias de aplicación, corresponde elevar los emolumentos del perito contador al 9% del monto de capital e intereses de condena (art. 38 ley 18.345).

Atento la conclusión a la que arribo, propongo que las costas de alzada sean soportadas por las demandadas vencidas (art. 68 CPCCN). A ese efecto, propongo regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta alzada en el 25% de lo que les fuera regulado por las tareas cumplidas en la instancia anterior (conf. art. 14 Ley 21.839).

Por lo expuesto y de prosperar mi voto, propongo: 1) Elevar el monto de condena total a la suma \$ 33.890,89 (pesos treinta y tres mil ochocientos noventa y nueve centavos) con más los intereses dispuestos en la sentencia de grado; 2) Confirmar lo demás que fuera objeto de recurso y agravio, respecto el fondo de la cuestión; 3) Elevar los honorarios del perito contador al 9% del monto de capital e intereses de condena; 4) Imponer las costas de alzada a la demandada; 5) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada, en el 25% de lo que les fuera regulado por las tareas cumplidas en la instancia anterior.

El doctor *Raffaghelli* dijo:

Que adhiere al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, conforme con lo dispuesto en el art. 125, 2do. párrafo, Ley 18.345, el Tribunal resuelve: 1) Elevar el monto de condena total a la suma \$ 33.890,89 (pesos treinta y tres mil ochocientos noventa y nueve centavos) con más los intereses dispuestos en la sentencia de grado; 2) Confirmar lo demás que fuera objeto de recurso y agravio, respecto el fondo de la cuestión; 3) Elevar los honorarios del perito contador al 9% del monto de capital e intereses de condena; 4) Imponer las costas de alzada a la demandada; 5) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada, en el 25% de lo que les fuera regulado por las tareas cumplidas en la instancia anterior. Regístrese, notifíquese y vuelvan. — *Graciela L. Craig.* — *Luis A. Raffaghelli.*

## Competencia

**Medida de prueba anticipada. Secuestro de contratos de medicina prepaga. Competencia del fuero comercial. Improcedencia de la intervención de la justicia federal. Demanda que no se relaciona con la prestación de dicho servicio.**

**Hechos:** *Una persona solicitó una medida de prueba anticipada con el objeto de obtener el secuestro de los contratos de adhesión al sistema de medicina prepaga suscriptos por ella a favor de dos empresas, a los fines de promover una demanda de daños por los pagos indebidos que éstas le reclamaban. Tanto el Juez en lo Civil y Comercial Federal como el Juez en lo Comercial se declararon incompetentes. La Cámara Civil y Comercial Federal dispuso que era competente la Justicia Comercial.*

La Justicia en lo Comercial, y no la Civil y Comercial Federal, es competente para resolver la medida de prueba anticipada solicitada a fin de obtener el secuestro de determinados contratos de medicina prepaga, pues el objeto de la futura demanda no se relaciona con el servicio prestado por las empresas accionadas, y las disposiciones que consagran la jurisdicción federal, que por su naturaleza es limitada y de excepción, deben ser interpretadas restrictivamente.

**117.302** — CNFed. Civ. y Com., sala III, 2013/06/18. - Arcos Cortes, María Isabel c. Grupo Gerenciar S.R.L. y otro s/ medidas preliminares y de prueba anticipada.

Cita on line: AR/JUR/30424/2013

**2ª Instancia.** — Buenos Aires, junio 18 de 2013.

*Vistos y Considerando:*

I. Los magistrados a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 1, se declararon incompetentes para conocer en el proceso (fs.78 y 86).

La Magistrada del fuero resolvió -con apoyo en el dictamen del Fiscal- declararse incompetente en el proceso con fundamento en que la limitación que para los agentes del seguro de salud surge del artículo 38 de la ley 23.661, se debe entender referida a las prestaciones médicas asistenciales que le son propias, pues respecto de materias ajenas a ellas la sumisión al fuero federal carecería de justificativo. En consecuencia, habida cuenta de que la demanda instaurada tiene origen en un contrato de carácter comercial, atribuyó competencia para entender en estas actuaciones a la justicia nacional en lo comercial (fs.78).

Empero, el juez requerido, resistió la radicación de la causa, con base en que de las constancias de la causa surge que la misma fue consentida con fecha 27 de febrero de 2009 (fs. 86).

En tales condiciones, quedó trabada una contienda que corresponde dirimir en los términos del artículo 24, inciso 7, del dec.-ley 1285/58. Elevados los autos a la Sala, dictaminó el señor Fiscal General quien propició la competencia de este fuero (fs.90).

II. La actora solicitó prueba anticipada contra el Grupo Gerenciar S.R.L. y Vansal S.A. con el objeto de obtener el secuestro de los contratos de adhesión al sistema de medicina prepaga suscriptos por ella (art. 326, inc. 4 del Código Procesal). Ello, a los fines de promover posteriormente demanda de daños y perjuicios por los pagos indebidos que las

