

Título: El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: Sup. Const- 2014 (mayo), 3 - LA LEY2014-C, 885

Cita: TR LALEY AR/DOC/1303/2014

Sumario: 1. Liminar. — 2. Los fundamentos constitucionales: el principio de la igualdad ante las cargas públicas como eje del sistema de responsabilidad del Estado. — 3. La recepción de la falta de servicio en la jurisprudencia de la Corte. — 4. El proyecto de reformas. — 5. La concepción de Aubry et Rau. — 6. Sobre la regulación de la responsabilidad del Estado por el Código Civil o por leyes administrativas (nacionales y locales).

(*)

1. Liminar

A raíz de la decisión del Poder Ejecutivo de modificar los artículos que, sobre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios, había elaborado la Comisión de Reformas del Código Civil -creada por Decreto 191/2011- se plantearon una serie de cuestiones (ventiladas en la prensa sin mayor conocimiento sobre la dogmática y filosofía de cada sistema) vinculadas a la necesidad o no de regular la materia por el Código Civil, o bien, a través de la legislación administrativa nacional y/o local. La solución que se plasmó en los arts. 1765 y 1766 del Proyecto de C.C.C.N. del Ejecutivo, que cuenta con media sanción del Senado, prescribe la regulación de toda la temática de la responsabilidad estatal y la de los funcionarios públicos por la legislación nacional y/o local, según corresponda.

El tema no es menor y su trascendencia se vincula con el respeto y observancia de los principios basales que nutren al Estado de Derecho. De ahí que la primera cuestión que abordaremos sea la concerniente a los fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado, cuestión que resulta de algún modo independiente de su regulación por el derecho civil o por el derecho administrativo.

2. Los fundamentos constitucionales: el principio de la igualdad ante las cargas públicas como eje del sistema de responsabilidad del Estado

El fundamento jurídico filosófico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella. Esos principios generales del derecho natural (vgr. "alterum non leadere") existen por si mismos (1) sin necesidad de reconocimiento positivo. Su vigencia y principalidad se proyecta a todas las ramas del derecho, cobrando mayor trascendencia en las disciplinas no codificadas como el derecho administrativo.

Los principios generales hállese o no regulados por el derecho positivo prevalecen sobre las normas y constituyen mandatos carentes de supuestos de hecho que el intérprete completa, en su aplicación al caso, mediante una labor de ponderación, conforme a las reglas de la razonabilidad practica (FINNIS). No siempre son mandatos de optimización (según supone ALEXY) y su operatividad puede ser tanto directa como derivada (2).

Todo análisis acerca del fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado revela grandes coincidencias (no advertibles muchas veces por la fraseología personal) en punto a que la base del responder estatal se encuentra relacionada de una manera u otra, con los principios del Estado de Derecho.

Ha sido nuestro maestro MARIENHOFF, quien mejor desarrolló esta tesis al decir que el fundamento de la responsabilidad estatal "no es otro que el "Estado de Derecho" y sus postulados... Es de esos principios o postulados, que forman un complejo y que tienden, todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de los administrados, de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público" (3). Esta tesis ha sido seguida por la mayor parte de la doctrina (4).

Dentro de la línea garantística formada por los principios que componen el Estado de Derecho el eje del fundamento constitucional se halla, a nuestro juicio, en el principio de igualdad ante las cargas pública reconocido en el art. 16 de la C.N. (5) lo que no es óbice para reconocer otros fundamentos concurrentes o complementarios como los que surgen del artículo 19 de la C.N. ("alterum non leadere") o de la inviolabilidad de la propiedad (art. 17 C.P.) por causa de utilidad pública (6).

La obligación de reparar tiene, un fundamento en la justicia que, en definitiva, es una relación de igualdad. Cuando se genera un daño por la actividad estatal se opera un desequilibrio, que no es justo que sea soportado en forma desigual por los habitantes. La retribución o compensación se rige, en principio, por las reglas de la justicia conmutativa (en proporción a la cosa) aun cuando puede haber también aplicación de los criterios de

justicia legal (que impongan el deber de soportar una carga o daño en tanto ello sea razonable y no implique un sacrificio especial) o de justicia distributiva (que retribuyan a las personas los daños según criterios de mérito o de circunstancias especiales).

En el derecho público, los desequilibrios que provoca el accionar del Estado se compensan o indemnizan cuando no pesa sobre el particular la obligación de soportar el daño.

En consecuencia, contrariando algunas opiniones que se han vertido sobre el Proyecto de Reformas del Poder Ejecutivo, es evidente que del hecho de haberse eliminado las normas que prescribía el Proyecto de la Comisión de Reformas, creada por Decreto 191/2011, no se sigue necesariamente la inexistencia de responsabilidad del Estado cuyo reconocimiento se impone por encontrar sustento en la ley suprema (art. 31 C.N.), incluso a falta de ley que la reglamente.

3. La recepción de la falta de servicio en la jurisprudencia de la Corte

La previsible sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sobre la base del Proyecto presentado al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional, ha generado en materia de responsabilidad estatal y de los funcionarios y empleados públicos, una serie de interrogantes en el ámbito profesional y doctrinario que se vinculan con la tesis que venimos sosteniendo desde hace muchos años, recogida por la Corte a partir del caso "Vadell" (7), tras el advenimiento de la democracia, y seguida en los fallos posteriores del Alto Tribunal (8).

La doctrina precedente, se basó en la reinterpretación del artículo 1112 del Código Civil -al considerar que sentaba un principio que servía para regular las llamadas faltas de servicio- postura con la que coincidió la mayoría de la doctrina del derecho administrativo nacional (9), en contra de la interpretación hasta entonces predominante (10).

Se trató, entonces, de fundar la responsabilidad del Estado en principios constitucionales pero también en el reconocimiento del carácter directo de la responsabilidad estatal y en la naturaleza objetiva del factor de atribución, con un criterio afín a la falta de servicio del derecho francés (que, a diferencia del derecho español no comprende los daños causados por el comportamiento regular o normal de la Administración, salvo los supuestos que generen un sacrificio especial) (11).

4. El proyecto de reformas

4.1 El artículo 1765 del proyecto de C.C.C.N.

La norma proyectada dispone: "Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

El precepto implica la adopción de un criterio legislativo que tiene anclaje en doctrina tradicional del derecho administrativo (12) y en la jurisprudencia de la Corte (13) y sólo impide la aplicación de las prescripciones del Código Civil en forma directa o subsidiaria pero admite "a contrario sensu" la analogía (14), lo que es algo radicalmente diverso. Por otra parte, además de la doctrina sustentada en el campo del *trialismo* por GOLDSMICHDT (15) es la concepción que siguió la Corte en sus precedentes, especialmente a partir del caso "Los Lagos" (16).

4.2 El artículo 1766 del Proyecto de C.C.C.N.

Esta norma prescribe: "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".

Si se interpretase que el artículo 1766 del Proyecto de C.C.C.N. se refiere a las llamadas faltas personales de los agentes públicos, nadie podría siquiera adivinar la razón de su existencia en el derecho administrativo porque una cosa tan extraña no ha ocurrido, que sepamos, en parte alguna del mundo europeo y americano.

El precepto no se refiere a las faltas personales desconectadas con el servicio sino a las denominadas faltas de los agentes cometidas en ejercicio irregular de sus funciones y por tanto, sujetas al derecho público, siguiendo la tesis de LINARES que fue el punto de partida de la concepción objetiva de la responsabilidad estatal que, en su momento, desarrollamos (17). La falta personal desconectada del servicio se registrará por el C.C.C.N. como en el sistema del actual Código Civil.

En consecuencia, si el derecho administrativo nacional o local no legislara el alcance de la responsabilidad del funcionario y del empleado público cuando cometen faltas de servicio, se aplicará, analógicamente, el C.C.C.N. y, por lo tanto, las responsabilidades del Estado y de los agentes públicos serán concurrentes (18).

5. La concepción de Aubry y Rau

Algunos doctrinarios respetables por cierto, en el afán de sostener que el art. 1112 se refiera a la responsabilidad de los funcionarios públicos y no a la del Estado (que en la concepción de Aubry y Rau era una responsabilidad por los actos del comitente) desgajan el pensamiento de los autores franceses y, además, ignoran la trascendencia de la última frase del artículo 1112, cuando prescribe que las faltas de servicio descriptas como aquellas configuradas por el ejercicio irregular de las funciones de los funcionarios públicos "... son comprendidas en las disposiciones de este título".

Como se verá seguidamente, el sentido de esta frase ha sido incluir los irregulares incumplimientos en el cuadro de la responsabilidad del Estado por los actos del comitente del art. 1384, tal como surge de una interpretación armónica de la obra del pensamiento de los autores franceses a quienes VÉLEZ siguió en la redacción de los arts. 1109, 1112 y 1113. Así, mientras el art. 1109 consagra una responsabilidad general basada en la culpa (aplicable a las faltas personales de los funcionarios frente a terceros el art. 1112, en la inteligencia más probable de VÉLEZ (si se acepta que siguió a Aubry y Rau) comprende no solo la responsabilidad frente a terceros (lo que era obvio a tenor del art. 1109) sino fundamentalmente la responsabilidad del Estado como comitente por los actos y omisiones de los funcionarios públicos que incumplen de un modo irregular las obligaciones a su cargo y causan daños a terceros [\(19\)](#).

La idea del autor de nuestro Código, al incorporar a dicho cuerpo legal un precepto específico que comprendía dentro de las disposiciones sobre responsabilidad aquiliana "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones", no fue consagrar la responsabilidad de los funcionarios frente a los particulares y al propio Estado (por otra parte comprendida en el art. 1109 del Código, que agrupa los arts. 1382 y 1383, Código Civil francés), sino la conexión del respectivo factor de atribución con la responsabilidad del Estado, como se desprende de un estudio hecho por LINARES que sirvió de punto de partida para la concepción de la responsabilidad que años más tarde desarrollamos [\(20\)](#).

Esta concepción, que implica el establecimiento de un factor objetivo de atribución [\(21\)](#), reflejada en la configuración de una falta de servicio, por acción u omisión, ha sido seguida por la jurisprudencia de la Corte a partir del caso "Vadell" y viene a completar el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado (principios de igualdad ante las cargas públicas y reparabilidad de los sacrificios patrimoniales fundados en razones de interés público).

Muchas de las concepciones contrarias a esta idea han soslayado el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado basándose en una interpretación exegética y aun histórica del precepto contenido en el art. 1112, Código Civil, con olvido de las posibilidades que brindan la analogía y la interpretación dinámica de las normas.

En realidad, lo importante, en esta materia, habida cuenta de su fundamento constitucional, no es si la responsabilidad se funda o no en un precepto positivo del Código Civil. Lo que realmente importa son dos cosas: a) reconocer que se trata de una responsabilidad directa, fundada en principios de Derecho Público (arts. 16 y 17, CN), y b) aceptar que la culpa se excluye como factor de atribución sustituyéndolo con la figura de la falta de servicio originada en su funcionamiento irregular o defectuoso.

Sin embargo, lo expuesto no es óbice para responder a las críticas formuladas por algunos autores en el plano de la interpretación de los textos del Código Civil.

En esta tesitura, GUAUSTAVINO [\(22\)](#) (postura que en sus votos sostuvo el juez VÁZQUEZ, en sus reiteradas disidencias con los otros miembros del tribunal) [\(23\)](#), ha sostenido que aquella interpretación de LINARES sobre el art. 1112, Código Civil, resulta equivocada por entender que se basaba en una posterior edición de Aubry y Rau (4ª edición de 1871) que, por la fecha de su aparición, VÉLEZ no pudo haber tenido a la vista al momento de redactar el Código Civil.

Sin embargo, de la certeza de esa afirmación (que, por otra parte, tiene origen en los considerandos del fallo "Ferrocarril Oeste v. prov. de Buenos Aires") no se sigue que el razonamiento hecho sea erróneo por cuanto, con ligeros cambios en la numeración de las notas, el texto de la 3ª edición de 1856 y el de la 4ª de 1871, al comentar dichos autores los arts. 1382, 1383 y 1384 (párrs. 446 y 447), son prácticamente idénticos [\(24\)](#).

Tampoco cabe suponer que se hubiera tenido la intención de confundir a los intérpretes argumentando que la nota que figura al pie del art. 1112 del Código corresponde al párr. 447 de la obra de AUBRY et RAU [\(25\)](#).

Lo que sí se ha sostenido es que en la obra de dichos autores franceses no hay una sola palabra sobre la responsabilidad de los funcionarios y que para captar el sentido de la parte pertinente del párr. 446 (y de su nota 7) hay que acudir al "pasaje" que figura en el comentario al art. 1384, Código Civil francés / y a la nota 15 de la edición de 1856), en el que se señala que el Estado es "como todo comitente, responsable de los daños causados por sus empleados, agentes o servidores en el ejercicio de sus funciones o de su servicio" [\(26\)](#).

De todas maneras lo que interesa es la interpretación dinámica de la norma que, por lo demás, fue adoptada por el proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la comisión de Juristas, creada por Decreto 191/2011, en la redacción de los arts. 1764 y 1766.

Dicha regulación de la responsabilidad del Estado en el Código civil garantiza la estabilidad de una jurisprudencia, que (con pocas excepciones) se ha mantenido durante treinta años y se pretende sustituir ahora por una ley de responsabilidad del Estado que limita, en algunos casos, suprime la responsabilidad estatal de un modo que cercena los principios del Estado de Derecho.

Basta señalar la prohibición de aplicar sanciones pecuniarias disuasivas contra el Estado, agentes y funcionarios (art. 1º última parte), el requisito que prescribe la responsabilidad por omisión solo cuando se viola un deber concreto y determinado (art. 3º inc. d) lo que excluye la responsabilidad cuando la omisión transgrede algún principio general del derecho, estén o no regulados en la Constitución o en Tratados Internacionales; las rigurosas exigencias para acreditar el daño por la actividad legítima (art. 4º incs. C y e) y el carácter excepcional de ésta, así como la prohibición de que, en ningún caso, proceda el lucro cesante (art. 5º), entre otras prescripciones, para arribar a la conclusión de que la ley, de sancionarse, implicará un grave retroceso institucional.

Como no nos ocuparemos, en este trabajo, de la responsabilidad de los funcionarios públicos aparte de las indispensables referencias vamos a pasar a otro de los aspectos que ha sido objeto de debate en lo concerniente a la posibilidad de regular la responsabilidad del Estado en el Código Civil.

6. Sobre la regulación de la responsabilidad del Estado por el Código Civil o por leyes administrativas (nacionales y locales)

Ante todo, hay que advertir que no es lo mismo regular la responsabilidad del Estado por el Código Civil que hacerlo "in totum" por el derecho civil.

Al respecto, el Código Civil salvo casos excepcionales en que se aplica en forma subsidiaria (el art. 1502 referido a la locación de bienes públicos) [\(27\)](#), se aplicará mediante la técnica de la analogía la cual, ante la carencia normativa, adopta los preceptos del Código a los fines y principios del derecho administrativo.

Seguimos creyendo que la regulación de la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios y empleados públicos, por faltas de servicio o conectadas al mismo, pertenece al derecho público e igualmente también la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. Pero, aun así, no vemos obstáculo de principio para que la materia de la responsabilidad estatal sea abordada por el C.C.C.N., en virtud de una serie de razones que hemos expuesto antes de ahora y que, probablemente, algunos publicistas no vayan a compartir. En tal caso, se trataría de normas de derecho público incluidas en el Código Civil, como ocurre actualmente con el art. 2340 del citado Código.

Hay instituciones troncales del sistema jurídico que resulta conveniente y hasta necesario que sean reguladas por el Código Civil, como, por ejemplo, la condición jurídica del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los Municipios y sus respectivas entidades autárquicas y/o jurídicamente descentralizadas que continúan siendo personas jurídicas públicas conforme a la definición legal del artículo 146 inc. a) del Proyecto de C.C.C.N. Lo propio acontece con el dominio público y su régimen jurídico, que ahora pasará a ser regulado por los artículos 235 y 237 del Proyecto de C.C.C.N.

Se trata de materias que plantean la necesidad y conveniencia de precisar los confines de las instituciones con el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico.

Algo similar puede ocurrir con la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos (vgr. respecto de la concurrencia de responsabilidad entre la falta de servicio y las faltas personales de los agentes públicos no desconectadas del servicio). En definitiva, es tan legítimo regular la categoría básica en el C.C.C.N. y los criterios generales que determinan la responsabilidad en esos supuestos especiales (a través de normas caracterizadas como pertenecientes al derecho público) como hacerlo a través de leyes especiales, aun reconociendo que se corre el riesgo de que una regulación nacional o provincial, restrinja o suprima la procedencia y el alcance de la responsabilidad.

No hay que olvidar, sin embargo, que la responsabilidad del Estado reposa en fundamentos que emanan de la Constitución y de los Tratados Internacionales ni tampoco que el C.C.C.N. se aplicará por analogía. Pero, en el caso de que ocurriera alguna violación constitucional, el sistema jurídico opera como los reactivos en química y si la norma o regulación degrada o suprime la responsabilidad estatal, el particular está habilitado para reaccionar judicialmente en defensa de sus derechos para privar de efectos o invalidar cualquier norma o principio inconstitucional.

Al haberse optado por la regulación administrativa nacional y local el legislador ha elegido un camino

semejante al seguido por el derecho norteamericano donde proliferan diferentes ordenamientos estatales básicos, sin perjuicio de las regulaciones especiales ni de la Ley Federal de Reclamos al Estado denominada "Federal Tort Claims" (28). El sistema norteamericano exhibe una gran diversidad sustantiva y procesal (29) que no representa el mejor modelo a seguir y habría que ver si al replicarlo en nuestro país no se alterará el principio de unidad de legislación común que consagra el art. 75 inc. 12 de la C.N., bajo la premisa que también hay normas de derecho público que constituyen derecho común como las prescripciones del Código civil referidas a la condición jurídica de las personas públicas y al dominio público.

Y aun cuando se sancione la ley nacional de responsabilidad del Estado y las Provincias se adhirieran a ella, estas siempre conservarán los poderes no delegados (art. 121 C.N.) para regular las reglamentaciones inherentes a los estándares y normas concernientes al cumplimiento regular de cada función o servicio.

(A) Profesor Emérito de la UCA y Titular Consulto de la UBA.

(1) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T° I, 4ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 251-252.

(2) Ampliar en nuestro trabajo El neoconstitucionalismo y el acto administrativo, Estudios de Derecho Administrativo N° 7, Director Augusto Durán Martínez, La Ley, Montevideo, 2013.

(3) PERRINO, Pablo Esteban, La responsabilidad extracontractual por la responsabilidad ilícita en el derecho argentino", en el libro Modernizando al Estado para un país mejor, ed. Palestra, Lima, 2010, ps. 430-432; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., Responsabilidad del Estado. Principios y Proyecto de Ley, LL del 11/03/2014; HUTCHINSON, Tomás, Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado, en Revista de Derecho de Daños, 2010, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 108; COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor J. y COMADIRA, Julio Pablo, Curso de Derecho Administrativo, T° II, Abeledo-Perrot, 2012, p. 1511.

(4) BARRAZA, Javier Indalecio, Manual de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 596.

(5) LUQUI, Roberto Enrique, Responsabilidad del Estado, La Ley, 2011-C-1279; NALLAR, Daniel, Análisis sobre la responsabilidad del Estado y del funcionario público en las provincias argentinas, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, p. 451.

(6) Ampliar en nuestro: Curso de Derecho Administrativo, T I, La Ley, 10ª edición, Buenos Aires, 2011, p. 397 y ss., véase también nuestro trabajo La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas, La Ley-2009-F-1226.

(7) Para ilustrar a los lectores cabe advertir que dicho precedente se fundó en el dictamen del Dr. Juan Octavio GAUNA, entonces Procurador General de la Nación, véase: Fallos, 306:2030.

(8) Fallos: 306:2030 (1984); 307:821 (1985); 315: 2865 (1992); 318:845 (1995); 321:1124 (1998); 330:563 (2007) y otros.

(9) LINARES, Juan Francisco, En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público, LL 153-601; GAUNA, Juan Octavio, Responsabilidad del Estado. La competencia originaria de la CSJN y la revisión de la noción de causa civil en Responsabilidad del Estado, ed. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 327-329, interesa destacar que GAUNA, como Procurador General de la Nación, al dictaminar en la causa "Ruth Sedero de Carmona c. Provincia de Buenos Aires" (Fallos 310:1074) hizo referencia a la nueva interpretación de la Corte sobre el art. 1112 del Código Civil realizada en el caso "Vadell" (Fallos 306:2030); SESÍN, Domingo J., Responsabilidad del Estado en la Provincia de Córdoba en Responsabilidad del Estado, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, ed. Rap, Buenos Aires, 2005, p. 537 y ss; COMADIRA, Julio Rodolfo, La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, EDA 2001-2002, p. 756 y ss., especialmente ps. 761-762; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, La responsabilidad del Estado en la Provincia de Mendoza en Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas de la Universidad Austral, cit., ps. 384-385; BARRA, Rodolfo Carlos, Cometidos administrativos en la actividad notarial y responsabilidad del Estado, ED 117:927; y Responsabilidad del Estado de sus actos y contratos, ED 122:864, especialmente 865, nota 11; JEANNERET de PÉREZ Cortes, María, El ejercicio del poder de policía y la responsabilidad del Estado. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la causa "Friar S.A." en Cuestiones de Responsabilidad... cit. p. 57; y en Responsabilidad del Estado en materia de salud pública, XXX Jornadas cit., p. 313; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la condena judicial en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 355-357; USLENGHI, Alejandro Juan, Lineamientos de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, en Responsabilidad del Estado y del Funcionario... cit., ps. 56-57; BIANCHI, Alberto B., La responsabilidad de los entes reguladores en Responsabilidad... cit., ps. 164.165; PERRINO, Pablo Esteban, Los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita en Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, cit., p. 59 y ss; MERTHIKIAN, Eduardo, La responsabilidad pública. Análisis de la

doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema, con prólogo de Julio César Cueto Rua, Abaco, Buenos Aires, 1998, ps. 63-73 y 97-99; PITHOD, Eduardo L., Responsabilidad del Estado por acto lícito en Estudios de Derecho Administrativo, Tº XII, Ieda, ediciones Dike, Mendoza, 2005, ps. 153-154; BARRAZA, Javier Indalecio, Responsabilidad extracontractual del Estado, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 83; BOTASSI, Carlos Alfredo, Responsabilidad del Estado por su actividad jurisprudencial en Responsabilidad... cit., p. 101, texto y nota 22; CANOSA, Armando N., Nuevamente el art. 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado, E.D. 157-84; ANDREUCCI, Carlos Alberto, Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires en Responsabilidad... cit., ps. 264-265; GAMBIER, Beltrán, Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia, LL 1190-E-617; GALLI BASUALDO, Martín, Responsabilidad del Estado por su actividad judicial, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 75-77 y ss.; AMENÁBAR, María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 391-392; SALOMONI, Jorge Luis, Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual). ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 29/03/00, p. 7 y ss.; BONPLAND, Viviana M.C., Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al art. 1112 del Código Civil, LL 1987-A-779; con reservas en punto a la necesidad de regular el instituto en el futuro, véase: BUSTELO, Ernesto, Responsabilidad del Estado por sus faltas de servicio en Estudios de Derecho Administrativo, IEDA Nº XII, ed. Dike, Foro de Cuyo, Mendoza, 2005, p. 32 y ss.; CALONGE, Diego Andrés, Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires. Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en Responsabilidad del Estado... cit. (Dir. Pedro ABERASTURY), p. 471 y ss.; CAPUTI, María Claudia, Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales. El caso "Amiano", LL, 2000-C, 763; CANDA, Fabián O., La responsabilidad del Estado por omisión (Estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN) en Cuestiones de Responsabilidad... cit., ps. 158-161; SAMMARTINO, Patricio M. E., La imputabilidad en la responsabilidad del Estado en Cuestiones de responsabilidad... cit., ps. 432 y 456; FRANCAVILLA, Ricardo H., La imputabilidad en la Responsabilidad del Estado en Cuestiones de Responsabilidad... cit., ps. 228-229; VILLARRUEL, María Susana, Jurisdicción y competencia en materia de responsabilidad del Estado en Cuestiones de Responsabilidad... cit. p. 516; entre los trabajos más recientes, aparte del estudio específico de GALLI BASUALDO antes citado cabe mencionar: ABERASTURY, Pedro, Principios de la responsabilidad del Estado en Responsabilidad del Estado, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 6 y ss; GAUNA, Juan Octavio (h), Responsabilidad del Estado en materia de salud, urbanística y ambiental en Responsabilidad del Estado... cit., p. 244 y ss, con especial comentario de los casos "Brescia" y "Schauman de Scasola"; ZILLI de MIRANDA, Martha, La responsabilidad del Estado por omisión ilegítima. Su incidencia en la tutela del derecho fundamental a la salud, en Derecho Administrativo, libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo COMADIRA (Coord. Julio Pablo COMADIRA y Miriam M. IVANEGA), Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, ps. 1286-1287; y MELAZZI, Luis A., Responsabilidad del Estado en casos de error judicial y anormal funcionamiento del servicio de justicia en Derecho Administrativo, libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo COMADIRA... cit., p. 1261; BUTELER, Alfonso, La responsabilidad del Estado por falta de servicio en un nuevo fallo de la Corte Suprema, LL, 2007-D, 319; y RITTO, Graciela B., Responsabilidad del Estado por omisión, LL, 2006-F, 615.

(10) Sin embargo, destacados civilistas utilizan el concepto de la falta de servicio como factor de atribución para determinar la responsabilidad del Estado; entre ellos, véase: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Responsabilidad del Estado por error judicial, (El auto de prisión preventiva y la absolucón) LL-1996-B-311, al adaptar y ampliar la interpretación que hiciera sobre el art. 1112 del Código Civil sostiene que aunque este precepto continúa rigiendo la responsabilidad de los funcionarios públicos "ello no significa que no se induzca también de allí un principio general de derecho público, que impone la responsabilidad objetiva del Estado por la falta de servicio que implica la irregular prestación de la administración de justicia..." y más adelante afirma rotundamente que la responsabilidad del Estado es directa y objetiva; ídem, en Responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse ésta, LL-1996-C.584, cabe apuntar que en este trabajo BUSTAMANTE ALSINA se adhiere expresamente a nuestra tesis sobre la responsabilidad estatal (cit., p. 586, nota 1); TRIGO REPRESAS, Felix A., Responsabilidad de los jueces y Estado juzgados por daños derivados de errónea actividad judicial, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, La Ley, Junio, 2008, p. 2 y ss., especialmente ps. 21-22; ver también del mismo autor, en colaboración con Marcelo J. LÓPEZ MESA, el Tratado de la responsabilidad civil, Tº IV, La Ley, Buenos Aires, 2004, Cap. 14 (redactado por LÓPEZ MESA con la colaboración de Stella Maris BAMBINO), p. 12 y ss; señala que "los criterios adoptados por la Corte Suprema siguen, sin citarlos, dos trabajos de CASSAGNE publicados en la Revista El Derecho durante los años 1982 y 1983, bajo el título de En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado (en ED 99-937) y del mismo autor La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo (ED 100-985), así como -aunque en menor medida- un opúsculo de Juan Francisco LINARES,

titulado En torno de la llamada responsabilidad civil del funcionario público, (publicado en La Ley 153-160)". Cabe señalar que, con bastante anterioridad al cambio jurisprudencial de la Corte Suprema, Leonardo A. COLOMBO, en su obra Culpa aquiliana (cuasidelitos), 1ª ed., TEA, Buenos Aires, 1944, p. 459 y ss. había reconocido la posibilidad de responsabilizar al Estado por la aplicación del art. 1112 del Código Civil, con cita del conocido precedente de la Corte de Ferrocarril Oeste contra Provincia de Buenos Aires (La Ley, Tº 12, p. 122), p. 459, nota 641; véase también MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, Tomo X, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 162, texto y nota 43. En el derecho procesal, vid: BERIZONCE, Roberto O., El contralor de la labor jurisdiccional del Poder Judicial, en "Anales" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Tº 30, 1987, ps. 14 y 18, admite la responsabilidad objetiva y directa del Estado por el funcionamiento anormal del servicio jurisdiccional que implique faltas de servicio, con sustento en el art. 1112 del Código Civil.

(11) Ampliar en COVIELLO, Pedro J.J., La responsabilidad del Estado por su actividad lícita, en E.D. Serie Especial de Derecho Administrativo del 29/08/2000.

(12) Vid: MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tº IV, 1º Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 719, con referencia a la actuación estatal en el campo del derecho público.

(13) In re "Barreto", Fallos: 329:759.

(14) Por ejemplo, la relación de causalidad, sea la responsabilidad por acto ilegítimo o legítimo, constituye un elemento común al que rige en el campo de la responsabilidad civil; véase: SAMMARTINO, Patricio M.E., La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado, en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas de la Universidad Austral, ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 432.

(15) GOLDSMICHDT, Werner, Introducción Filosófica al Derecho, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 224 y ss. y nuestro Curso de Derecho Administrativo, Tº I, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 174-176.

(16) Fallos: 190:142

(17) Cfr. PERRINO, Pablo E., La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita, ED: 185 p. 785.

(18) Como lo contempló, con buen criterio, el artículo 1765 in fine del Proyecto de C.C.C.N. elaborado por la Comisión Redactora.

(19) Es cierto que Linares se equivocó al utilizar la 4ª edición de AUBRY et RAU de 1871 (que, obviamente, VÉLEZ no pudo conocer cuando redactó el Código) pero ello no invalida su razonamiento dado que las citas de la 3ª edición (1856) y de la 4ª (1871) aunque cambia la numeración son prácticamente idénticas, con algunos pequeños agregados que confirman su interpretación.

(20) Así lo ha reconocido PERRINO, Pablo E., La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio, ED, 185-781.

(21) No cabe pues, hablar de culpa objetiva u objetivada, como algunos han dicho, para definir las faltas de servicio, como si la culpa fuera una noción polisémica. Al respecto, el artículo 1722 del proyecto de Reformas prescribe: El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir la responsabilidad.

(22) GUASTAVINO, Elías P., Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado, ED, 118-190.

(23) Véase Salvatore de López, Amelia c. Provincia de Buenos Aires, Fallos 320:568 (1997).

(24) Véase BONPLAND, Viviana M.C., Responsabilidad extracontractual del Estado (análisis exegético de las citas del codificador al art. 1112 del Código), La Ley, 1987-A, 779 y ss.

(25) La nota del art. 1112 reproduce la nota de 7 de la 3ª ed. De 1856, que pasa a ser la nota 8 en la 4ª edición de 1871.

(26) Dado que el pensamiento de ABRY et RAU mantiene una identidad sustancial en todas las ediciones de su obra, no resulta congruente argumentar que VÉLEZ se basó en una edición anterior para refutar la interpretación que hizo originariamente LINARES y que más tarde desarrollamos en nuestros trabajos.

(27) Principio que mantiene el art. 1193 del Proyecto de Reformas con una técnica más depurada.

(28) En 1950, otro de nuestros grandes maestros, Jorge Tristán BOSCH publicó un trabajo notable de investigación sobre la responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos de América (La Crown Proceedings Act, 1947 y la Federal Tort Claims, 19446), La Ley, Tº 57 -sección doctrina, p. 895 y ss.

(29) Durante la mayor parte de la historia de los Estados Unidos de América, la inmunidad soberana protegió al gobierno federal, a los gobiernos estatales y a sus empleados de ser demandados sin su consentimiento. A partir de mediados de la década de 1900, sin embargo, comenzó a morigerarse el principio de la inmunidad soberana. En 1946, el gobierno federal aprobó la Federal Tort Claims Act (FTCA, USC § 2674), renunciando, para el caso de algunas acciones, a la inmunidad para ser demandado y responsabilizado. Por efecto de imitación, muchas legislaturas estatales promulgaron también leyes para definir los límites de la inmunidad para los organismos y empleados gubernamentales estatales. Hoy en día, las leyes de reclamos a los estados por responsabilidad civil (State Tort Claims Acts) siguen mayormente el modelo de la FTCA sustituyen la venia legislativa como requisito para promover demandas por daños contra los Estados de la Unión. Salvo el caso de Alabama (cuya

constitución prohíbe, en el art. 1 § 14, que el Estado sea demandado en juicio), la mayor parte de estas leyes o bien proporcionan una renuncia general de inmunidad con ciertas excepciones o bien legalizan la inmunidad con exenciones limitadas que solo se aplican a ciertos tipos de demandas. Por otra parte, existen las leyes de reclamos contra los Estados (State Claims Acts) que son otro tipo de leyes -distintas a las State Tort claims Acts-, que si bien también sirven a la limitación de la inmunidad para las demandas contra los Estados, establecen tribunales especiales de reclamaciones, juntas o comisiones (mayormente dependientes del poder Ejecutivo) para resolver reclamos contra el Estado (generalmente, por fuera del régimen de la responsabilidad civil, pero no necesariamente), y también pueden limitar los daños o establecer determinadas excepciones a la responsabilidad. Connecticut, Illinois, Kentucky, Carolina del Norte y Ohio cuentan con este tipo de leyes. Al menos 33 estados limitan o ponen tope a las sumas dinerarias por los daños que pueden ser reclamados en juicios contra el Estado y/o funcionarios, y por lo menos 29 estados (a menudo en combinación con tope) prohíben que se condene al Estado con daños punitivos o ejemplares. Por ejemplo, Wisconsin establece un tope de U\$S 250.000 para los casos de responsabilidad de funcionarios estatales, pero no para las condenas contra el Estado o sus organismos (Wis. Stat. Ann. §895.46.6). Asimismo, existe en los Estados Unidos la diferenciación entre "actos de gestión" (proprietary actions) y "actos de gobierno" (government actions). Estos últimos excluyen la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, la determinación de cuáles actos son de gestión y cuáles de gobierno es materia de opiniones diversas aun la jurisprudencia. Algunos Estados han abolido esta distinción (por ejemplo, Wyoming; Wyo. Stat. §1-39-101.b; y Nuevo México, N.M. Stat. Ann. §41.4.2). La Conferencia Nacional de Legislaturas Estadales (National Council of State Legislatures o NCSL) enumera las leyes y las disposiciones constitucionales de los Estados y del Distrito de Columbia relativas a la inmunidad de responsabilidad civil y las demandas contra el Estado (disponible en <http://www.ncsl.org/research/transportation/state-sovereign-immunity-and-tort-liability.aspx>).