

EN BUSCA DE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTUACIÓN LÍCITA EN ARGENTINA

Isaac Augusto DAMSKY*

*Al profesor, doctor Jorge Fernández Ruiz,
con admiración*

Los antiguos escritos adquieren múltiples significados, que siguen su camino a pesar de la escasez de material, con una energía sólo atemperada por el temor de agotarlos fácil y totalmente, así como por la reverencia que todos concuerdan en acordarle

Franz KAFKA
Parábolas y paradojas

SUMARIO: I. *La problemática caracterización de la responsabilidad estatal por actuación lícita.* II. *Sobre la hipótesis del artículo 15 de la Constitución nacional como primer supuesto de responsabilidad estatal por actuación lícita.* III. *Las reclamaciones de ciudadanos extranjeros por daños causados con motivo de la guerra de independencia y su incidencia en la conformación de nuestro sistema de responsabilidad estatal.* IV. *Las bases normativas del sistema.* V. *La situación en los sistemas comparados.* VI. *Reflexiones finales.*

I. LA PROBLEMÁTICA CARACTERIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTUACIÓN LÍCITA¹

Las diversas formas en que se manifiesta el poder del Estado sobre los sujetos privados —especialmente mediante su intervención en la economía—

* Abogado (UCA, 1994), magíster en Derecho administrativo (U. Austral, 1997), Doctorando en Derecho administrativo (UBA, 2002), docente de Derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desde 1966.

¹ A partir de recientes aportaciones doctrinarias, este trabajo explora novedosas hipótesis sobre los orígenes de la responsabilidad del Estado en Argentina. En razón de ello,

plantean un cúmulo de situaciones en las cuales se producen menoscabos patrimoniales concretos, con virtualidad para configurar lesiones a determinados derechos fundamentales tutelados por el orden constitucional.

Si bien desde su gestación, la tradición jurídica argentina, fiel a sus valores constitucionales, ha reconocido la consecuente obligación estatal de reparar tales perjuicios causados, lo cierto es que el sistema de reparación desarrollado durante el siglo XX se nutrió de elementos provenientes de ordenamientos extranjeros, muchas de las veces no compatibles con el nuestro.² Ello permitiría suponer que quizás nuestro sistema vigente se encuentre desmembrado de sus fundamentos de legitimidad. Adviértase, que en nuestro país se verifica una falta de acuerdo respecto de las bases constitucionales de la responsabilidad del Estado argentino por actuación lícita, procurándose la subsanar mediante su recurrente configuración como una técnica expropiatoria. En mi opinión ello ocasiona ciertos problemas que es preciso enumerar.

En primer lugar, la dificultad para identificar las intervenciones estatales que dan lugar a reparación.³ En un esfuerzo por lograr la definición del tema, la doctrina argentina⁴ se ha preocupado por relevar la casuística,

no se ahondará en el análisis de las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias nacionales, a las que se remite en las referencias y citas bibliográficas incorporadas en el cuerpo de este trabajo.

² “Una de las primeras sorpresas que nos llevamos al compulsar las obras de la materia de aquellos países que han desarrollado autónomamente su propio derecho administrativo es la casi total ausencia de citas extranjeras que contiene. Aparte de algunas referencias iniciales para ubicar el propio derecho en el concierto de los sistemas jurídicos del mundo, las citas en las que se apoyan las opiniones de los autores norteamericanos y franceses se limitan a los fallos de sus propios tribunales y a la doctrina nacional... en realidad se trata de un derecho con impronta propia y definida”. Mairal, Héctor, *Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino*.

³ “El derecho judicial de la Corte admite que puede existir responsabilidad indemnizatoria del Estado cuando su actividad ha sido lícita o legítima (y no solamente cuando ha sido ilícita o ilegítima). Tal responsabilidad lícita procede si con su ejercicio se ha originado un perjuicio a los particulares. El deslinde que debe hacerse se aproxima al siguiente lineamiento: a) Como principio, la actividad lícita no ofende (precisamente por su licitud) a la Constitución. b) Incluso, si versa sobre políticas gubernamentales, pueden éstas escapar al control judicial. c) Pero si afecta un derecho adquirido o se causa daño, la actividad lícita engendra responsabilidad del Estado. El principio de que el Estado debe reparar los perjuicios causados a los derechos mediante su actividad lícita cubre tanto el supuesto en que el Estado actúa como administrador, cuanto aquellos en que actúa como legislador”. Bidart Campos, Germán José, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, EDIAR, t. I, 1998, p. 496.

⁴ Entre las principales aportaciones nos estamos refiriendo a los siguientes autores, si bien con la salvedad de que en algunos casos presentan posturas opuestas en nuestra

identificando la configuración de este supuesto de responsabilidad frente a distintos tipos de intervenciones estatales, como: cambio de derecho objetivo, revocación de actos y contratos administrativos por razones de interés público, en general, y en particular por la modificación del régimen de depósitos bancarios, o la modificación del régimen de cambios, la prohibición de importaciones y de fabricación de determinados productos, el desarrollo de normas que consagran el monopolio estatal de actividades, el dictado de actos de autoridades aduaneras, e incluso las restricciones municipales.

En segundo término, la profusa discusión doctrinaria y jurisprudencial producida en nuestro país acerca de los alcances de la reparación y si ella debe ser integral o comprender sólo al daño emergente con exclusión del lucro cesante. Ello evidencia otros tantos esfuerzos, aún no concretados, por consolidar un sistema propio de nuestro derecho público que se cristalice en un régimen de responsabilidad del Estado con categorías consolidadas y rubros indemnizables definidos.

No se escapa, el hecho de que el paralelo desarrollo de un coyuntural ordenamiento de una emergencia crónica que aqueja a la Argentina, mediante el cual periódicamente se introducen previsiones en la materia, determina que deban redoblarse los esfuerzos por lograr el objeto descrito, cada vez que se dicta una medida de excepción.

Finalmente, el impacto de la reforma constitucional de 1994 sobre la responsabilidad del Estado —en sus niveles internos y también en su dimensión internacional— caracterizada por la internacionalización del ordenamiento jurídico argentino,⁵ acentúa la separación entre el orden cons-

doctrina, Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, EUDEBA, 1969, y en especial su célebre Dictamen en el caso “Motor Once, S. A. c/Municipalidad de Buenos Aires” (*Revista La Ley*, 1989-D-24), Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, t. II, caps. XIX y XX, Comadira, Julio Rodolfo, “Imprudencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, en varios autores, *Homenaje al profesor Miguel Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998; Marienhoff, Miguel Santiago, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, t. IV, y también en *Revista El Derecho*, t. 114-949; Cassagne, Juan Carlos, en *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, t. I; Barra, Rodolfo, *Revista El Derecho*, t. 122-873; Bianchi, Alberto, *Revista El Derecho*, t. 111-550.

⁵ Se ha operado una profunda transformación sobre nuestro sistema jurídico mediante el desarrollo progresivo de un proceso de internacionalización de nuestro ordenamiento jurídico, que reconoció un hito en nuestra reforma constitucional de 1994, y se integra con el sistema interamericano de derechos humanos, los tratados bilaterales de protección

titucional y el sistema de responsabilidad estatal existente, el cual, al no haber percibido las transformaciones operadas, permanece, en apariencia, inalterado. En consecuencia, la tarea de delimitación de los supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita, excede la presentación de la casuística y recaba una labor más intensa al vincularse con la cuestión de los títulos y potestades de intervención del Estado argentino en concreto, unido a sus fundamentos y finalidad.⁶

En mi opinión, la superación de la situación esbozada da inicio a la consideración de los fundamentos de nuestro sistema, que luego posibilitan el tratamiento de la adecuación reclamada por el nuevo orden constitucional.

Para ello, a continuación se presentarán distintos supuestos fácticos —que acaso configuren antecedentes de lo que hoy conocemos como responsabilidad estatal por actuación lícita— encapsulados, por un lado, en una cláusula constitucional; la de libertad de vientres, y por el otro, en un conjunto de normas dictadas para atender las contingencias históricas de la guerra de independencia de nuestro país.

Ello es como previo a un futuro estudio que evalúe si los supuestos que aquí se presentarán se limitaron a constituir normas coyunturales de excepción dictadas con alcance limitado a las circunstancias históricas que atendieron, o si, por el contrario, podría reconocérseles trascendencia para resignificar los fundamentos de legitimidad del sistema.

y promoción recíproca de inversiones extranjeras y los tratados de integración comunitaria latinoamericana. Respecto de los elementos que informan al proceso denominado de internacionalización del ordenamiento jurídico argentino, sugiero ampliar en: Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, cap. VI; Salomoni, Jorge Luis, “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, *Revista el Derecho*, Suplemento de Derecho Administrativo, 28 de octubre de 2003; “Medios alternativos de resolución de conflictos con el Estado. El proceso arbitral ante tribunales internacionales: La fuerza expansiva de su jurisprudencia en el derecho público argentino”, texto de la conferencia dictada en las Jornadas sobre Procedimiento Administrativo de la Universidad Católica Argentina, septiembre de 2003, entre otros trabajos del citado autor. También se sugiere ampliar en Damsky, Isaac Augusto, “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la Reforma constitucional de 1994”, en *A una década de la Reforma constitucional*, Bidart Campos, Gil Domínguez (coords.), Buenos Aires, Ediar, 2004.

⁶ Sobre el tema sugiero ampliar en Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Ad-Hoc, 1999 y en su trabajo: “Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina. Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual”, *Revista El Derecho*, t. 186, pp. 618 y ss.

II. SOBRE LA HIPÓTESIS DEL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL COMO PRIMER SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTUACIÓN LÍCITA

A poco que se repare en el proceso de construcción jurisprudencial y doctrinaria de nuestro sistema de responsabilidad estatal por actuación lícita, se podrá advertir la dificultad que la doctrina y jurisprudencia han encontrado para pensar esta institución desde las categorías propias de nuestro derecho público y en forma autónoma del derecho privado. Quizás, como en ningún otro capítulo de nuestro derecho administrativo se encuentre una impronta tan marcada de las categorías civiles sobre los elementos que debieran integrar su sistema. Si a ello se agrega la ausencia de un régimen legal específico con vocación para reglamentar, siquiera, sus principios generales, fácil será concluir en la dificultad de teorización autónoma de esta materia. Entonces, es de suponer que esta dificultad haya movido a los juristas del siglo XX a la búsqueda de los orígenes de nuestro sistema y a su construcción a partir de los modelos comparados que circunstancialmente resultaran más afines. Veremos a continuación que mientras el constitucionalismo decimonónico rechazaba la idea de que el Estado pudiera ser demandado, el texto constitucional argentino poseía ya una cláusula por la que se reconoció la obligación estatal de indemnizar, si bien para un supuesto determinado. Se trata del artículo 15, cláusula de la libertad de vientres. Es así que nuestros antecedentes constitucionales sobre la responsabilidad estatal los encontramos en la obra de Alberdi anterior a nuestra Constitución, quien insertó en su proyecto de Constitución de 1852 varias normas fundamentales en esta materia.⁷

Si bien las diversas cláusulas no fueron incluidas en el texto finalmente sancionado, podría aventurarse que sus postulados se condensaron en el artículo 15. La originalidad del pensamiento de Alberdi residió en el reco-

⁷ Cfr. Salomoni, Jorge Luis, *op. cit.*, nota 6, p. 619: “la responsabilidad extracontractual del Estado en la Argentina fue reconocida con anterioridad a nuestra constitución como nación, siendo que Alberdi, insertó en su proyecto de Constitución de 1852 varias normas fundamentales, con relación a la responsabilidad estatal. Y estos supuestos de responsabilidad como constitutivos del Estado, esto es, como presupuestos para alcanzar el progreso del país”. Es así que en la concepción alberdiana, y sin hesitación puede afirmarse que en el plano filosófico político de nuestro modelo de Estado, plasmado en la Constitución de 1853, la realización del progreso por parte del gobierno “se intentó plasmar como garantía pública perteneciente a todos los ciudadanos, lo que podría haber generado una —hasta entonces desconocida— acción popular, y por lo tanto como una obligación estatal, constituyendo su no cumplimiento, responsabilidad del Estado”.

nocimiento de la posibilidad de constreñir al Estado a indemnizar, quizás con la subyacente garantía de demandabilidad de sus órganos, cuando por su actuación como poder público ocasionara perjuicios a los particulares.

Dentro de esta concepción se inserta el artículo 15 del texto constitucional finalmente sancionado, al establecer el primer supuesto de responsabilidad estatal por actuación lícita del Estado.⁸ Dentro de esta línea de argumentación, podría indagarse si por encontrarse dicha cláusula en la parte dogmática de la Constitución se operó el reconocimiento de alguna garantía por intermedio de la cual se la haya integrado al sistema de derechos.

La fórmula desarrollada en el artículo 15 es particularmente sugestiva, al establecer: "...una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración...", todo lo implicaría el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados por las consecuencias que ocasione el reconocimiento de dicha garantía. De la misma manera la norma constitucional reconocería la demandabilidad del órgano estatal por actos de tal naturaleza al establecer: "...serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice...". Finalmente, es útil reparar en el supuesto fáctico encapsulado en la cláusula. El artículo 15 establece: "*no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución*". Así las cosas, no resultaría extraño sostener que en el texto constitucional original se encontrarían presentes la demandabilidad del órgano estatal, la responsabilidad del Estado, su configuración por actos legítimos del poder público estatal ajenos a la noción de culpa, e incluso su naturaleza diferenciada respecto de la expropiación pública.

Partiendo de esta última nota distintiva, podría aventurarse que la citada cláusula al encapsular un antecedente de lo que hoy se trata como responsabilidad estatal por actuación lícita, permitiría establecer su distinta naturaleza respecto de la expropiación pública, abordada en el artículo 17 de la Constitución nacional. En efecto, la garantía de la propiedad y del debido proceso sustantivo de la expropiación pública fue pensada en una cláusula

⁸ Cfr. Salomoni, Jorge, *op. cit.*, nota 6: "No obstante que los constituyentes no introdujeron el sistema de responsabilidad pensado por Alberdí, puede afirmarse que dado el enorme impacto de su pensamiento sobre el texto constitucional finalmente sancionado, su teorización fue de gran influencia para el modelo de Estado que se plasmó en el texto constitucional y el posterior desarrollo de los poderes de intervención del Estado para el logro de aquella su finalidad primaria, el progreso o prosperidad".

sula posterior, con el objeto de establecer una garantía que resguarde de otro tipo de exteriorizaciones del poder público. Esta mayor intensidad de la intervención, reconocida en el artículo 17, y su consecuente carácter excepcional, tendrá como contrapartida la construcción de un procedimiento mucho más riguroso para su ejercicio, que el previsto para intervenciones de menor intensidad, de carácter no excepcional, inherentes al ejercicio del poder público estatal, pero cuya reparación resulta reconocida como supuesto diferenciado.

1. *Antecedentes de la cláusula de libertad de vientres y su inserción en el texto constitucional*

Esta disposición fue original de la Comisión Redactora de la Convención de 1853, pero encuentra como antecedente institucional más importante la Asamblea de 1813, donde solamente se dispuso la abolición de vientres. De este modo la Constitución de 1853 extendió la abolición de la esclavitud a todo tipo de servidumbre que pudiese existir en el país. La reforma de 1860 fue la que introdujo la última parte del artículo, con el objeto de invalidar los tratados de extradición que el país tenía firmados.

Este dato insinúa la originalidad de nuestro sistema ya que la Enmienda XIII de Estados Unidos dispuso la abolición de la esclavitud recién el 31 de enero de 1865, luego de la cruenta guerra civil que sufriera ese país por tal motivo. Está claro, como lo señala Quiroga Lavié, que en materia de libertad la Argentina fue Primer Mundo bastante antes que nuestro modelo organizacional.

Siguiendo al autor citado, respecto del derecho indemnizatorio reconocido en la cláusula, no cabe duda de que la norma viene a reconocer la responsabilidad del Estado, tanto en relación con los esclavos a quienes debería el Estado ofrecerles salida laboral libre, o algún tipo de compensación mientras no consiguieran trabajo, como en relación con los patrones, quienes podían reclamar reparación por la pérdida de trabajo gratis.⁹

Según lo expuesto, vemos que la base fáctica de esta cláusula tiene dos elementos.

El primero, la concepción humanitaria de la persona humana como valor meta constitucional. Es así que uno de los primeros derechos proclama-

⁹ Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la nación Argentina. Comentada*, 2a. ed., Zavalía, pp. 96 y 97.

dos por la Asamblea General Constituyente de 1813 fue el de la igualdad de todos los hombres.¹⁰

El segundo será la concepción de los fines del Estado y su consecuente obligación de indemnizar,¹¹ que ya se encuentra planteado en la obra de Joaquín V. González, quien al comentar la cláusula señaló: “como la esclavitud era una institución vigente desde muy antiguo, y había creado propiedades sobre los esclavos existentes, no quiso la Asamblea cortar de raíz la odiosa desigualdad, sin indemnizar a los dueños su valor. Por eso procedió gradualmente, para no perjudicar derechos adquiridos”.

Dentro de este marco se produjo el dictado de la Ley de 2 de febrero de 1813, llamada de libertad de vientres, norma que declaró: “los niños que nacen en todo el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, sean considerados y tenidos por libres, y todos los que en dicho territorio hubiesen nacido desde el 31 de enero de 1813 en adelante”.

Es entonces, según la explicación de Joaquín V. González que considerando a los esclavos, como cosas susceptibles de apropiación y como artículo de comercio, la Asamblea hizo extensiva la libertad a todos los que en esa calidad se introdujesen de país extranjero, los cuales quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas.¹²

La valoración social de la propiedad en ese entonces determinó la asimilación de la abolición como acto de intervención estatal susceptible de

¹⁰ Sobre esta cuestión sugerimos ampliar en Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, t. II, pp. 125-128. El autor establece una clara distinción entre el valor de la persona humana en nuestro texto constitucional y en el de Filadelfia. Explica que la relación por la cual un hombre está bajo el señorío de otro, con el estatus de una cosa de propiedad de éste obviamente repugna hoy a la conciencia moral de los países civilizados, como un crimen de lesa humanidad. Pero como es sabido, esta fue una institución aceptada por el derecho y la moral de los sistemas comparados hasta no hace mucho tiempo. El autor señala que en el Federalista se analiza si el esclavo podía ser considerado como un objeto de propiedad del amo y si podía ser computado como habitante para computar la representación política.

¹¹ La indemnización especial a los propietarios de los ex esclavos ahora libertos, que se veían privados de su propiedad, se encontraba a cargo del Estado nacional, que era quien había confiscado a los ex propietarios de esclavos el derecho de propiedad sobre éstos. En opinión de Ekmekdjian tales reclamos de haberse producido, hubieran tenido acogida judicial, porque se fundaban en una disposición constitucional. De otro modo, es decir, de liberarse a los esclavos sin indemnizar a sus antiguos dueños, se producía una confiscación prohibida por el artículo 17 de la misma norma constitucional (autor y obra citados, p. 126).

¹² Cfr. Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Buenos Aires, La Ley, pp. 67 y 68.

ser reparado. Como señala Joaquín V. González: “Dio esta ley ocasión para que reclamase de ella y pidiese su aclaración la Corte del Brasil, a la que la Asamblea, sin desconocer en absoluto su derecho para dar amplio sentido a aquella libertad, inspirándose en consideraciones de política internacional transitoria, sancionó la declaración de 21 de enero de 1814, por la cual se establecía: que la libertad acordada a los esclavos que de cualquier modo se introduzcan de países extranjeros debía entenderse para los que fuesen introducidos por vía de comercio o venta. Después de 1814, la inestabilidad de los diversos estatutos, constituciones y gobiernos que han regido al país, no permitió que se hiciese efectiva en absoluto la abolición de la esclavitud, si bien por el progreso de la cultura y prestigio de la idea democrática cuando la Constitución fue dictada, se mantenía apenas en poder de algunos antiguos propietarios”.¹³

Es interesante detenerse en la consideración desarrollada por Joaquín V. González respecto del derecho a indemnización a favor de los propietarios de esclavos: “A éstos se les reconoció una indemnización en virtud de sus derechos adquiridos, conforme a los mismos principios que acababan de sancionarse en protección y reconocimiento del derecho de propiedad. Se legislaba para el porvenir, y se establecía para siempre la absoluta igualdad de los hombres entre sí”.

De acuerdo con las consideraciones hasta aquí desarrolladas, podría sostenerse que el texto constitucional argentino ha establecido un distingo entre las previsiones contenidas en el artículo 15 y la protección de la propiedad desarrollada en el artículo 17. Así, la previsión de uno y otro supuestos de reparación no resultaría fortuita en el texto constitucional y pudo haber tenido por objeto establecer una protección diferenciada frente a dos exteriorizaciones del poder de actuación del Estado cuya naturaleza no aparece compartida.

Ello por cuanto la mayor intensidad normativa obedece a ser un procedimiento de excepción, severamente lesivo que requiere de una más pormenorizada reglamentación de las garantías en juego, todo lo cual no ocurre en el supuesto reconocido en el artículo 15 (cláusula de la libertad de vientres).

Sin embargo, encontramos la pauta indemnizatoria en la cláusula siguiente al artículo 15, dado que el artículo 16 completa al anterior al esta-

¹³ Joaquín V. González, *op. cit.*, nota 12, p. 68.

blecer el principio de igualdad ante las cargas públicas, del cual se deriva la doctrina del sacrificio especial como presupuesto para proceder a la reparación. La norma apuntada sienta una pauta indemnizatoria sobre la cual trabajará la jurisprudencia posterior.

Entiendo que para dimensionar el sentido de la regla establecida en el artículo 15 de nuestra Constitución, debiera partirse de una hermenéutica que permita su integración a las reglas del artículo 16.

Para ello, debiera partirse de una interpretación sistemática —que permita considerar a esta cláusula integrada a un sistema normativo que se nos presente de forma coordinada, equilibrada, útil y coherente—¹⁵ e histórica, que permitiendo reconstruir la voluntad del constituyente, nos permita comprender el contexto desde el cual fue pensada la norma. Asimismo se cree útil postular una interpretación extensiva por cuanto en el artículo 15 podría haberse condensado una variedad de disposiciones relativas a la responsabilidad del Estado originariamente formuladas por nuestros Padres Fundadores.¹⁶

III. LAS RECLAMACIONES DE CIUDADANOS EXTRANJEROS POR DAÑOS CAUSADOS CON MOTIVO DE LA GUERRA DE INDEPENDENCIA Y SU INCIDENCIA EN LA CONFORMACIÓN DE NUESTRO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL¹⁷

Se petitionaron indemnizaciones por concretos perjuicios sufridos por ciudadanos extranjeros durante la independencia que constituyeron —en palabras del legislador— “la primera deuda, la más sagrada, la más privilegiada, puesto que es la deuda que nos dio la libertad”.¹⁸ Y es así que se

¹⁴ *Ibidem*, p. 68.

¹⁵ En reiterados pronunciamientos nuestro Máximo Tribunal ha insistido en la búsqueda de la interpretación sistemática porque “La Constitución es un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente”. *Cfr.* CSJN, Fallos; 289: 200 y 258: 267. De la misma forma en Fallos: 95: 334, la Corte sostuvo que “cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza o significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada, o rechazarse como superflua”.

¹⁶ *Cfr.* Sagües, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, t. I, p. 64; “si la norma constitucional dice menos de lo que el constituyente quiso decir, es obligación del intérprete ampliar el texto para hacerlo coincidir con el espíritu del constituyente... Todos estos casos son muestras del triunfo de la interpretación histórica sobre la gramatical”.

¹⁷ Dedicado a don Carlos Saravia Day.

¹⁸ *Cfr.* discurso del senador Villafañe, Cámara de Senadores, Diario de sesiones de 1863, p. 417, quien al informar respecto del proyecto de consolidación de deudas, señaló

estimó que en un periodo difuso estimable entre 1815 y 1860 han llegado a sustanciarse cerca de mil reclamaciones por perjuicios.¹⁹

El dato quizás de mayor interés reside en ciertas reclamaciones que pudieron constituir supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita, por traducir verdaderos actos de intervención estatal, que menoscabaron propiedad de particulares.

El reconocimiento de la obligación estatal de indemnizar, frente a reclamaciones tramitadas ante el Poder Legislativo, perfilaron un valor social y constitucional compartido por entonces. La considerable cantidad de discusiones parlamentarias existentes en 1863 respecto de las reclamaciones indemnizatorias por los daños de guerra civil, dan cuenta del consenso que en nuestro país existía respecto de la demandabilidad del Estado, dada la gran cantidad de reclamos tramitados,²⁰ y la aceptación que entre nosotros tuvo el desarrollo de un incipiente régimen de responsabilidad estatal, pensado a partir de los postulados de nuestro —también incipiente— derecho público. Los casos se tratan a continuación.

al valuar la deuda proveniente de reclamos indemnizatorios: “Yo diré, señor, respecto de estos expedientes particulares, que hay en la Provincia de Entre Ríos, reclamos que se hacen por los gastos que se hicieron para formar el ejército y expedientes, en la provincia de Corrientes, de los gastos que se hicieron para derribar a la Tiranía... Entre tanto, esta deuda no la pagamos con doscientos millones de pesos...” (*op. cit.*, nota 12, p. 417).

¹⁹ El mismo discurso del senador Villafañe, al informar de la deuda por reclamos indemnizatorios da cuenta de “...la exclusión que hace ese proyecto (de ley de consolidación) de mil acciones... por perjuicios o reclamos que quizás son más justos que los contratos hechos con la Confederación” (p. 417).

²⁰ Este reconocimiento se evidencia en sucesivos pasajes de dichos debates parlamentarios de 1863, así se señaló: “...cuando se están pagando deudas que sin dejar de ser legítimas, por su antigüedad pierden el carácter de preferencia ante otras de inmediata fecha; cuando veo que parece que se eligiese las deudas que deben pagarse, dejando otras de igual naturaleza y tal vez más preferentes en el olvido, yo creo que se comete una gran injusticia, y el Congreso debe tratar de repararla en lo posible, elevándose a la altura que le corresponde como Congreso de la nación Argentina... El Congreso argentino no tiene que tratar de ver si las deudas pertenecen a la Confederación o a Buenos Aires, sino si esa deuda es legítima y en caso afirmativo decretar su pago... Esa deuda, señor, no tiene que reconocerse ni examinarse. Son deudas mandadas pagar en virtud de leyes y si no lo han sido es porque las aduanas no han tenido fondos, o porque los acontecimientos se precipitaron, pero son deudas que no tienen porque entrar en el examen y liquidación que tiene que practicar esa liquidación que tiene que practicar esa Comisión” (*Cfr.* Discurso del senador Laspiur, a propósito de considerar el reclamo indemnizatorio de White. Cámara de Senadores, Diario de Sesiones de 1863, Sesión núm. 45, del 29 de agosto de 1863, p. 496).

1. *El caso “Atkins”*

En la sesión de la Cámara de Senadores nacionales del 1 de agosto de 1863, se aprobó el “arreglo hecho por el Poder Ejecutivo con el ministro residente de Estados Unidos, sobre la reclamación del ciudadano norteamericano Silas Atkins”.²¹

Los hechos que motivaron el reclamo indemnizatorio fueron los siguientes: Atkins era un comerciante norteamericano residente en Buenos Aires, a quien en 1814 le fue requerido por el Directorio de entonces —en su carácter de gobierno patrio— una goleta de su propiedad para afectarla a la escuadra encargada del sitio de Montevideo. El señor Atkins resistió a la venta de aquella goleta. El gobierno insistió en la compra del buque y nuevamente Atkins se opuso, razón por la cual el gobierno ordenó el apoderamiento por la fuerza de la goleta, y “la tomó sin llenar ninguna formalidad ni los trámites judiciales del caso, puesto que se trataba de una expropiación”. Tiempo después fue encarcelado y sus bienes embargados por motivo de una supuesta deuda aduanera generada por “diferentes importaciones que había hecho en su carrera mercantil”.

“Después de la larga prisión del señor Atkins, cuando le pusieron en libertad en virtud de reclamaciones que se hicieron sucesivamente, elevó al gobierno una solicitud, para que se le estimaran todos los perjuicios causados por la violencia cometida en su persona y en sus intereses, y para que se le pagara el buque que le fue tomado violentamente. Entonces se nombró una Comisión por el fisco, que apreció los daños. Se siguieron muchos trámites en que intervinieron los asesores y los fiscales que se iban sucediendo, siempre dictaminando, pero de una manera que no completaba el buen derecho que tenía el señor Atkins. En estas reclamaciones se pasaron 16 años, sin que este hombre alcanzara justicia. Al fin, en 1830, el gobierno reconoció los principales reclamos de este señor, y mandó hacer una liquidación ordenando al gobierno que se nombrara un contador”.

²¹ Cámara de Senadores, Diario de sesiones de 1863, Sesión núm. 34 del 1 de agosto de 1863, Presidencia del señor Paz, pp. 319-323. la obra citada contiene una verdadera colección de reclamos indemnizatorios contra el Estado, que constituyen un atractivo material de investigación para reconstruir el embrión, los inicios de la responsabilidad estatal en nuestro país. En la obra citada puede encontrarse las discusiones parlamentarias, la Ley finalmente sancionada con el discurso del miembro informante y el convenio anexo.

Así es que la Contaduría oficial practicó liquidación, la cual si bien resultó aceptada, motivó un nuevo reclamo por la forma de pago.

El reclamo no sólo no fue resuelto sino que además terminó con la vida de Atkins,²² motivando la reclamación de su viuda quien, finalmente humillada, depuso armas en 1835. Los sucesivos ministros residentes norteamericanos continuaron los procedimientos que concluyeron casi 30 años después, en 1863, con el dictado de la Ley aprobatoria del convenio indemnizatorio.²³

2. Breve noticia de un curioso antecedente de la responsabilidad estatal por omisión. El caso “Ruscheweyh y Cía”

Inmediatamente siguiente a la Sesión en la cual se trató el “caso Atkins” se trató un caso que podría abordarse como antecedente probable de esta categoría de responsabilidad estatal.²⁴ Ello en función de los hechos del caso relatados por el entonces miembro informante, senador Bustamante.

Antes de 1861, el señor Ruscheweyh había depositado en los almacenes de aduana algunas mercaderías. Retiradas de allí e introducidas al consumo, resultó que faltaban unas damajuanas de vinagre, un cajón de ropones de niños, y otro cajón de vinos. Después de 1861, la casa de estos señores pidió a la Aduana el abono de esta diferencia, fundándose en que la ley de adua-

²² A esta altura, el relato del miembro informante senador Posse es aún más dramático: “...Atkins no fue escuchado; pasaron dos años de esto. En la desesperación, arrojado a una extrema miseria, desacreditado en el comercio, arruinado, el señor Atkins solicitó al gobierno que le diera veinte mil pesos a cuenta de la deuda que se le había reconocido. El gobierno dio vista al fiscal, el fiscal de entonces aconsejó que se asintiese a aquella solicitud, mas el gobierno decretó que se conformara con lo dispuesto dos años antes. Dos meses después de esta resolución, el señor Atkins dejó de existir envuelto en la miseria, agobiado por la serie de hechos que le redujeron a esa extremidad” (Cámara de Senadores, Diario de sesiones de 1863, Sesión núm. 34 del 1 de agosto de 1863, Presidencia del señor Paz, p. 322).

²³ El discurso del miembro informante es elocuente: “Siguiéron las reclamaciones siempre hasta el año 35. Desde entonces hasta aquí, hay un silencio completo en el expediente, porque las reclamaciones ya no se hicieron por el órgano de las personas agraviadas, sino que las tomaron a su cargo los diferentes ministros norteamericanos que ha habido sucesivamente. El ministro residente hoy ha presentado un memorando que forma parte de este expediente, haciendo la historia de todos los antecedentes con verdad y precisión, y exponiendo que reclamaba a favor de la viuda”. *Op. cit.*, nota 12, p. 323.

²⁴ Cámara de Senadores, Diario de sesiones de 1863, Sesión núm. 35 del 4 de agosto de 1863, p. 325.

nas vigente hace responsable al fisco de todo lo que se deposite en sus almacenes, y cuya falta se advierte después. La solicitud formó expediente en la Aduana y tuvo por objeto el pago “del importe de efectos perdidos en depósito en la aduana del Rosario”. El administrador de la Aduana del Rosario, tramitó el expediente y con su resultado se elevó un proyecto de ley cuyo artículo 1o. rezaba: “Autorízase al Poder Ejecutivo para abonar a Jorge Rucheweyk y Cia, la cantidad de doscientos cuatro pesos cincuenta centavos bolivianos, por importe de mercaderías de su propiedad, sustraídas de los almacenes de depósito del Rosario, conforme lo dispuesto en la ley de aduanas”.²⁵

A poco que se repare en que el reclamo indemnizatorio obedecía a daños producidos por una omisión de control de la Aduana legalmente establecida, se comprenderá la similitud probable con lo que hoy tratamos como responsabilidad estatal por omisión.

3. El caso “White”²⁶

Similar al caso anterior, los hechos tienen lugar en 1814 con motivo de la conformación de la escuadra encargada del sitio de Montevideo. White, también comerciante norteamericano residente en Buenos Aires, fue encargado del armamento y aprovisionamiento de la flota, en el cual comprometió sus recursos.

A consecuencia de los movimientos de 1815, White fue perseguido, encarcelado, despojado de sus bienes y desterrado, sin que se le permitiera regresar al país, sino algunos años después.

Es así que, apremiado por las circunstancias, no pudo rendir cuentas antes de su salida, lo cual hizo después de su regreso y pidiendo en consecuencia su liquidación y retribución por sus servicios prestados y bienes personales comprometidos en la empresa.²⁷

²⁵ *Idem*, p. 325.

²⁶ Cámara de Senadores, Diario de sesiones de 1863, Sesión núm. 45 del 29 de agosto de 1863, pp. 489-498.

²⁷ El discurso del miembro informante nos muestra un paradigmático ejemplo de hombre público en White: “El señor White muere pobre y loco, muere siempre procurando el cobro de lo que se le debía... Cuando se le comisionó para la vasta empresa era hombre pudiente y de crédito, ¿cómo es que después aparece pobre el señor White? Es claro que había invertido su fortuna en aquella Comisión, que le confirió el gobierno de entonces”. *Op. cit.*, nota 12, p. 492.

Al igual que Atkins, sus reclamos no fueron escuchados “hasta que lo sorprendió la muerte en el estado más lamentable de abatimiento y miseria”, por lo cual los ministros residentes norteamericanos continuaron los trámites que finalmente concluyeron en el dictado de una Ley aprobatoria del convenio de pago.

4. *Un proyecto de Ley de consolidación de deudas del gobierno de la Confederación*

El proyecto en cuestión, tratado por la Cámara de Senadores a mediados de 1863, establecía en su artículo 1o.: “...El Poder Ejecutivo tramitará administrativamente hasta su terminación, los asuntos que ha dejado pendientes el extinguido gobierno de la Confederación, por contratos hechos, créditos contraídos y demás que no importen reclamaciones de daños y perjuicios”.²⁸

Como se advierte, el proyecto excluía de la consolidación a la deuda proveniente de reclamos indemnizatorios, que en su gran mayoría provenían de las guerras de independencia.²⁹

La consideración de este proyecto reviste interés por el reconocimiento de la existencia de un régimen de responsabilidad estatal junto con la demandabilidad del Estado por actos o hechos provenientes de su actuación legítima.

Así, el miembro informante advierte que “admitidos estos reclamos, habrá que admitir también otros reclamos de acciones justas... pero que

²⁸ En relación con el régimen de las reclamaciones de daños, uno de los autores del proyecto —el senador Villafaña— expuso: “En cuanto a excluir las peticiones por perjuicios sufridos en las eventualidades de la guerra civil, la Comisión ha opinado que debía separárseles de esa tramitación, atendido a que este asunto merece una atención más seria, por cuanto está sujeto a objeciones, que llegará el caso de considerar y discutir cuando se trate de la ley de consolidación de la deuda general de la república”.

²⁹ En los debates parlamentarios el senador Villafaña sostenía la exclusión de la consolidación de deuda de los créditos provenientes de las reclamaciones de daños, en estos términos: “En cuanto a excluir las peticiones por perjuicios sufridos en las eventualidades de la guerra civil, la Comisión ha opinado que debía separárseles de esa tramitación, atendido a que este asunto merece una atención más seria, por cuanto está sujeto a objeciones, que llegará el caso de considerar y discutir, cuando se trate de la ley de consolidación de la deuda general de la república. Por consiguiente, la ley propuesta no es más que una medida provisoria, en cierto modo para responder a necesidades urgentes...” (Cámara de Senadores, Diario de sesiones de 1863, p. 416). No está demás señalar que en 1863 encontramos vestigios del mentado derecho de emergencia.

los acreedores se han de presentar a deducir los derechos que tienen, desde que se reconozca la deuda que han reclamado otros acreedores de igual naturaleza. Cuando se da una ley como ésta, se han de deducir todas las acciones que haya contra el Estado...”.³⁰ Y dichos reclamos “proviene de individuos a quienes se les ha arrebatado sus propiedades”.

Siendo ello así, señala la utilidad del proyecto de ley dado que “los jueces federales tendrán un punto de partida para poder tramitar estos asuntos sin que sea embarazoso para el gobierno y para el Congreso”. Y reconoce que dichos asuntos versan sobre “créditos que provienen de auxilios forzosos, de contribuciones impuestas por el gobierno nacional, que son más justos que los préstamos que se han hecho al gobierno... los que reclaman miles de cabezas de ganado, los que reclaman auxilios y contribuciones forzosas, no han hecho negocio ninguno, porque se les ha arrebatado la propiedad por medio de la violencia y se les ha arruinado”.³¹

Va de suyo concluir que en la presentación los supuestos por los cuales se reclamaban indemnizaciones, podrían constituir antecedentes válidos de lo que hoy tematizamos como responsabilidad estatal por actividad lícita, dada la aceptación de la legitimidad de la intervención estatal no cuestionada en punto a sus causas y fines, y la consecuente obligación de compensar los perjuicios provenientes de ese sacrificio especial exigido por la guerra de independencia.

IV. LAS BASES NORMATIVAS DEL SISTEMA

De alguna manera las ideas expuestas en torno a la originalidad de nuestras bases constitucionales del sistema de responsabilidad estatal, se concretaron en nuestra primer producción normativa, con mucha anterioridad al desarrollo de los regímenes legales comparados. Así, se encuentran las normas que trato a continuación.

1. *La Ley 224*³²

Esta norma, llamada “Ley general de responsabilidad del Estado”, del 29 de septiembre de 1859, fue dictada en el marco de un conjunto de leyes

³⁰ *Cfr.* discurso del senador Villafañe, *op. cit.*, nota 12, p. 417.

³¹ *Ibidem*, p. 419.

³² Para una mejor comprensión de la significación de esta norma en nuestro ordenamiento se sugiere ampliar en: Salomoni, Jorge Luis, *op. cit.*, nota 6, p. 621. El autor sostiene

que aprobaron convenciones internacionales por las cuales se reconocieron indemnizaciones a favor de nacionales y extranjeros por daños producidos durante la guerra de independencia.³³

Es así que nos encontramos con un valioso antecedente de técnica legislativa en materia de responsabilidad estatal, por cuanto si este conjunto de normas tuvieron por finalidad asegurar sendas indemnizaciones para reparar actos concretos de intervención, la norma subsiguiente —esto es la Ley 224— zanjará la cuestión mediante la formulación de un principio general.³⁴

En este punto creemos que la norma aludida, si bien se dictó con el propósito de poner fin a las reclamaciones, estableció al mismo tiempo un principio fundante de nuestro sistema de responsabilidad estatal.

En su artículo único dispuso: “La confederación argentina desde la instalación de su gobierno constitucional, no reconoce derecho a indemnización a favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país”.

Es útil señalar que esta norma no fue obra del arbitrio. En sus redactores existía la plena conciencia de que se estaba construyendo una solución novedosa para los sistemas comparados, mediante el desarrollo de uno de los atributos del Estado de derecho: el Estado responsable.

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

³³ Las leyes aludidas fueron dictadas el 29 de setiembre de 1859 y tuvieron por objeto aprobar las respectivas convenciones por las cuales se establecieron los mecanismos de pago de deuda que el Poder Ejecutivo reconoció a favor de los súbditos de Francia, Gran Bretaña y Cerdeña. Fueron las siguientes: Ley 221, de “Indemnización a súbditos franceses”; Ley 222, de “Indemnización a súbditos británicos”; Ley 223, de “Indemnización a súbditos sardos”.

³⁴ Sobre la conformidad del conjunto de normas reseñadas y las técnicas legislativas de implementación de regímenes indemnizatorios aceptadas ver, Greco, Carlos, “Indemnización y responsabilidad en el derecho administrativo”, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo, Ad-Hoc*, Buenos Aires, abril, 1999. El autor señala: “La indemnización debida en supuestos de daños por actividad legítima se encuentra en ciertos casos contemplada normativamente. Esta consagración legislativa puede, a su vez, lograrse de dos maneras diferentes. En algunos casos nos hallamos frente al establecimiento de una fórmula general. Ello acontece, por ejemplo, con la expropiación... En otras oportunidades la indemnización es dispuesta para una medida concreta de intervención”, p. 762, ap. 7.

Más allá de constituir una solución tendiente a zanjar una concreta circunstancia histórica, creemos que la originalidad del sistema propuesto se advierte con claridad desde un principio a partir de sus debates parlamentarios, los cuales constituyen una atractiva pieza para clarificar las ideas expuestas. Así, se advierte que esta norma, al formularse para su aceptación por los Plenipotenciarios de los países signatarios de las convenciones de reparación, como condición para canjear y ejecutar las convenciones de pago,³⁵ se verifica la finalidad señalada en el dictamen de comisión de “salvar para el futuro el principio y poner a cubierto los derechos y la dignidad de la nación”.³⁶

Entre los antecedentes adjuntados a las actas de sesiones resalta una pieza reveladora de la originalidad del sistema y la ausencia de antecedentes comparados en la materia. Se trata del “Memorando de Alberdi a los ministros de Negocios Extranjeros de Francia e Inglaterra”. Entre sus pasajes señala: “V. E. no puede ignorar que en la mente de nuestros juriconsultos, de acuerdo en esto si no me engaño, con los publicistas más acreditados en la materia de derecho público, es dudoso que la deuda objeto de esta convención sea rigurosamente imputable al pueblo argentino entero, en atención a que aquélla tiene su origen en una infinidad de desórdenes locales en épocas en que la República carecía de administración regular... No entra en mi idea discutir el principio de la deuda en cuestión, él es aceptado por mi gobierno y yo lo suscribo sin reservas...”.

³⁵ Diario de Sesiones núm. 65. Cámara de Senadores, 5a. Sesión Ordinaria del 17 de septiembre de 1859, p. 292. Lo expuesto se aprecia de la lectura de los pasajes del dictamen de la comisión, la que declaró: “La Comisión de Legislación y Negocios Constitucionales, encargada de dictaminar sobre las convenciones celebradas con los Plenipotenciarios de Francia, Inglaterra, Cerdeña, relativas a las indemnizaciones que debe reconocer y pagar la nación Argentina a los súbditos de esas tres naciones, por perjuicios causados durante nuestras largas guerras civiles; las ha considerado con toda circunspección y madurez que requiere un asunto tan serio... que el año anterior opinaron por el rechazo absoluto de unas estipulaciones que... no estaban fundadas en los principios admitidos por las naciones...”.

³⁶ Diario de Sesiones, p. 293. En ese sentido el dictamen estableció: “Como el objeto primordial de esas convenciones es obtener para los Súbditos de la Francia, Cerdeña e Inglaterra, las indemnizaciones que se reclaman, y como aun accediendo a exigencias de mero interés pecuniario, puede salvarse el principio y los derechos incontrovertibles de la nación, la Comisión es de parecer que si fuere necesario para ese objeto sacrificar una suma mayor que la que importan las liquidaciones hechas a favor de los reclamantes, se debe poner término a un asunto que puede producir emergencias desagradables”.

Por su parte, el discurso del senador Zavallía complementa lo anterior, señalando que “según el derecho público europeo, es dudoso que los daños asunto de las reclamaciones, sean imputables a la nación argentina”.³⁷ Ello equivale a sostener la diferenciación de nuestro sistema respecto de los europeos al partir de bases constitucionales diferentes, por cuanto más adelante reconocerá a la responsabilidad del Estado como un principio propio de nuestro derecho público.

En oportunidad de referirse a la Cámara de Senadores, el secretario Carlos Saravia señaló: “que era innecesario imponer al Poder Ejecutivo la obligación de insertar en los tratados que celebrase en adelante el principio que acaba de sancionarse; porque haciendo dicho principio parte del derecho público de la Confederación desde que esta ley se promulgase, todos los ciudadanos como los extranjeros tenían que reconocerlo, y además el gobierno nunca podría estipular nada que le fuera contrario”.³⁸

Si bien, como hemos visto, resulta que esta ley fue ideada como remedio para zanjar la cuestión coyuntural de los daños por la guerra de independencia, en realidad pudo haber establecido un antecedente de nuestro sistema de responsabilidad estatal. Ello así, dado que su formulación no fue buscada en sistemas comparados y se inscribe dentro de un conjunto de medidas legislativas adoptadas para dar satisfacción a las circunstancias concretas y locales de la época, constituyendo a la vez una derivación razonada de los principios que emanan de nuestro plexo constitucional.

2. Breve referencia a la Ley 284

Encontramos otro antecedente normativo dictado en noviembre de 1863 que viene a solidificar la originalidad apuntada y permite apreciar la sistematicidad del régimen naciente. Se trata de la Ley 73 (284) de la Confederación Argentina sobre “Liquidación de la deuda contraída por la Confederación desde el 1 de abril hasta el 12 de diciembre de 1861”.

Como surge de su artículo 1o., esta norma de materia contable y presupuestaria tuvo por objeto reglar la actividad de la Comisión Clasificadora “creada por ley del 1 de noviembre de 1862”.

³⁷ Cámara de Senadores, 51a. Sesión Ordinaria del 17 de septiembre de 1859. Acta de las sesiones del año 1859, p. 310.

³⁸ Cámara de Senadores, 12a. Sesión Ordinaria del 19 de septiembre de 1859. Acta de sesiones del año 1859, pp. 313-315. Informe del señor secretario Carlos Saravia.

Dicha comisión se estableció para la liquidación de “la deuda pública legítimamente contraída por el extinguido gobierno de la Confederación desde el 1 de abril hasta el 12 de diciembre de 1861”.

Entre los créditos a liquidar se encontraban reconocidos los provenientes de los daños y perjuicios causados por autoridades públicas legítimamente constituidas.

La redacción de su artículo 2o., nos advierte de ello, dado que dicha cláusula al reglar los supuestos excluidos estableció en su inciso 3o.: “No se comprenderán en la liquidación... los daños y perjuicios causados por autoridad no constituida legítimamente, y aun estándolo, si provienen de actos ilícitos o fuera de las atribuciones legales”.

V. LA SITUACIÓN EN LOS SISTEMAS COMPARADOS

No es ocioso destacar que, en nuestro país, al momento de sanción de nuestro texto constitucional y de las leyes comentadas, las principales potencias como Inglaterra y Francia e incluso Estados Unidos, no habían desarrollado la tesis del Estado Responsable.³⁹ Es que, como señala Reiriz en su obra, en Europa se erigió un grave escollo: “el viejo concepto de soberanía”. Francia es ejemplar al respecto. Tras el Decreto del 19 de septiembre de 1870 que abrogó la disposición de la Constitución del año 8 “y todo lo dispuesto por leyes generales que tuvieran por objeto trabar las demandas dirigidas contra los funcionarios públicos”, quedaba abierta la vía para la responsabilidad de los funcionarios. Sin embargo, el Tribunal de Conflictos en el caso Pelletier (10 de julio de 1873) estableció la no revisión judicial de la actuación administrativa y con ello retrotrajo la doctrina del Arret Blanco que en febrero de ese mismo año responsabilizó al Estado por un servicio ineficiente.

Pero aun así, también el sistema francés sería distinto al nuestro, el cual contaba ya con una Ley especial de derecho público. Ello por cuanto señaló Reiriz que en Francia, tras dicho decreto, los tribunales civiles se hallaban predispuestos a sujetar al Estado al derecho común,⁴⁰ lo cual equivale a apreciar la ausencia de normas *ius publicistas*.

³⁹ Sobre el desarrollo posterior de la responsabilidad del Estado en los sistemas comparados, sugerimos ampliar en Mairal, Héctor, “Responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, pp. 367 y ss.

⁴⁰ Reiriz, María Graciela, *op. cit.*, nota 4, p. 12. Respecto de Francia enseña la autora: “La cuestión de la responsabilidad, en lugar de ser una cuestión de fondo, pasó a ser una

Asimismo es valor entendido en Inglaterra la persistencia del principio del Common Law: “The King can do no wrong”, cuyas consecuencias se han prolongado, modificándose recién en 1947 con la *Crown Proceeding Act*.⁴¹

De la misma manera, señala Mairal, aconteció en Estados Unidos, en donde el régimen de responsabilidad del Estado comenzó con la negación de dicha responsabilidad, dado que el responsable es el funcionario.⁴² Recién en 1946 se dictó la Ley de Demandas de Responsabilidad Extracontractual del Estado —*Federal Torts Act*— que estableció la responsabilidad del Estado en aquellos supuestos en que una persona de derecho privado sería responsable.⁴³

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el hecho de que la *Crown Proceeding Act* haya permitido demandar a la Corona, no implicó la admisión de la responsabilidad por actividad lícita en el sistema de derecho anglosajón. Y de manera similar sucedió en Estados Unidos, donde la indemnización se sustenta en la idea de culpa.⁴⁴

cuestión de forma, ya que según el tribunal que entendiera de la causa sería la solución. La paradójica Francia nos muestra así un señalado retroceso, al tiempo que el siglo XIX tocaba a su fin”. Para la comprensión de las peculiares circunstancias históricas, cita a Duguit en estos términos: “actos que emanan de los agentes del gobierno y que como tales no caen bajo la acción de los tribunales; tal era la concepción imperialista del acto administrativo. Se comprende fácilmente qué impresión debía producir. En realidad, el alma francesa se halla aún dominada por una especie de terror supersticioso con respecto a la administración, aun cuando poco a poco se haya despojado completamente el acto administrativo de su carácter de poder público y de acto discrecional”. (Duguit, León, “Las transformaciones del derecho público”, p. 236, citado por Reiriz).

⁴¹ Reiriz, María Graciela, *op. cit.*, nota 4, p. 8.

⁴² Señala Héctor Mairal: “En Estados Unidos el funcionario es responsable personalmente por los actos ilegítimos, aunque la ilegitimidad se debiera a la ejecución de una ley inconstitucional. El derecho anglosajón se enorgullece de que hacía responsable al funcionario igual que a un particular” (*op. cit.*, nota 39, p. 367).

⁴³ El mismo autor describió la regla principal de la norma norteamericana en estos términos: “Los tribunales federales serán competentes para entender en aquellas demandas por daños monetarios, por daños a las personas o a las propiedades causadas por actos u omisiones negligentes o ilícitas de cualquier empleado de gobierno mientras actúe dentro del ámbito de sus funciones en circunstancias en las cuales Estados Unidos, si fueran una persona privada, serían responsables frente al actor de acuerdo con la ley del lugar donde ocurrió el acto o la omisión” (*op. cit.*, nota 39, p. 367).

⁴⁴ *Cfr.* Coviello, Pedro José Jorge, “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, *Revista El Derecho*, Suplemento de Derecho Administrativo, 29 de agosto de 2000, p. 2.

VI. REFLEXIONES FINALES

Los antecedentes relevados demuestran que sobre mediados del siglo XIX se verificaron experiencias institucionales significativas, que acaso puedan constituir antecedentes de lo que hoy conocemos como responsabilidad estatal por actuación lícita.

Tales experiencias han sido fruto de circunstancias históricas conectadas con la gestación del Estado argentino, como fueron la guerra de independencia y el advenimiento del orden constitucional.

Un elemento que otorga relevancia a dichos antecedentes e invita a considerar sus implicaciones, finca en que estos “embriones de sistema” se produjeron con mucha anterioridad a su tematización en aquellos ordenamientos comparados, franceses y angloamericanos, en los que posteriormente nuestros juristas del siglo XX abrevarían en la búsqueda de sustentación del sistema.

Creo en la necesidad de realizar futuros estudios exploratorios sobre la materia, para determinar si tales experiencias permiten identificar un embrionario sistema de responsabilidad estatal por actuación lícita, vertebrado a partir de una realidad histórica situada.

Si dichas prácticas históricas poseyeran entidad y relevancia para fortalecer nuestra identidad jurídica, ello determinaría una transformación sobre las bases de nuestro sistema: ya no estaríamos eligiéndolas para proyectar una fundamentación constitucional, sino que las estaríamos redescubriendo a partir de la relectura de nuestra realidad histórico situada, recreando sus fuentes originarias. Así, la determinación de los fundamentos de nuestro sistema seguramente habrá de encontrarse “mirando hacia atrás”.⁴⁵

Creo entonces que los operadores jurídicos latinoamericanos del siglo XXI nos encontramos llamados a repensar las instituciones de nuestro derecho público a partir de nuestras realidades. Ello es así, ya que el derecho como fenómeno cultural nos reclama reconectarnos con nuestros identidades nacionales y regionales.

Que nuestro derecho público del siglo XXI sea el fruto de nuestra identidad latinoamericana, es mi anhelo.

⁴⁵ *Cfr.* Gargarella, Roberto, “Las teorías de la justicia después de Rawls, El embate comunitarista”, p. 127, citando a Michel Sandel, “El liberalismo y los límites de la justicia”.