

La responsabilidad del Estado-Administración en el derecho argentino actual¹.

Eduardo Mertehikian

SUMARIO: I. Una breve introducción acerca del fundamento jurídico y de la evolución jurisprudencial. II. Un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema no alcanza para negar la apuntada evolución (El caso “Friar S.A.”).

I. Una breve introducción acerca del fundamento jurídico y de la evolución jurisprudencial.

Es bien conocido que no existe en el ordenamiento jurídico positivo argentino una regulación orgánica de la responsabilidad del Estado-Administración, lo cual no ha sido en modo alguno un obstáculo para que la jurisprudencia, en particular la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde sus primeros pronunciamientos, ubicara los fundamentos jurídicos necesarios para que, paulatinamente, se la fuera admitiendo en todos los campos posibles de la función administrativa estatal. Primero por sus conductas ilícitas y luego por su actuación lícita, por sus acciones individuales o generales y hasta por sus omisiones antijurídicas; sentando de ese modo sólidas bases de ordenación del instituto, como se corresponde con todo *Estado de Derecho*.

Transcurridos más de ciento cincuenta años de la sanción de la Constitución Nacional, no es ocioso destacar una vez más² –recordando las enseñanzas siempre vigen-

¹ Este trabajo ha sido elaborado sobre la base de la conferencia pronunciada por el autor el día 17 de noviembre de 2006 en las Conferencias Anuales Santo Tomás de Aquino 2006; Universidad de Santo Tomás, Santiago de Chile, merced a la generosa invitación que le cursara su Decano Académico, Profesor Doctor Eduardo Soto Kloss.

² Ver del autor de este trabajo *La Responsabilidad Pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, noviembre 2001. Versión en e-book disponible en [www.rapidigital.com/libros electrónicos/](http://www.rapidigital.com/libros_electrónicos/), material gratuito.

tes del Profesor Miguel Santiago Marienhoff³ que ya desde sus disposiciones iniciales y en el conjunto de principios que la informan, esos que dan vida al concepto mismo de *Estado de Derecho*, debe buscarse el fundamento jurídico de la admisión en nuestro ordenamiento del instituto de la responsabilidad del Estado-Administración; disposiciones y principios que han venido enriqueciéndose con los aportes de la doctrina científica y que ha tenido en la larga (pero fecunda) evolución de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación un receptáculo de desarrollo sistematizado, conformando –a la postre y más allá de algunos episodios jurisprudenciales que no logran opacar ese desarrollo– un círculo virtuoso que se completa con la incorporación con jerarquía constitucional de la legislación supranacional de derechos humanos, a partir de la reforma de la Constitución Nacional acaecida en el año 1994 (Artículo 75, inciso 22).

El Profesor Eduardo García de Enterría⁴ ha señalado que uno de los grandes postulados de la filosofía ilustrada que influyó en la Revolución Francesa de 1789 es el concepto de la libertad originaria del hombre, de que esa es su situación natural y que sólo los hombres reunidos en un pacto social, en virtud de esa libertad inicial, pueden constituir un poder legítimo; pero ese poder es conferido –precisamente– no para otra cosa que para preservar la libertad originaria que los hombres ostentan. Para ello, conciben la ley como instrumento de preservación de ese estado natural y originario y sólo la ley es capaz de impedir o de forzar a los hombres a hacer lo que ella ordena⁵, *pues lo que ella no manda ni prohíbe*, en tanto no ofenda el orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero, sólo queda reservada a Dios y está exenta de la autoridad de los magistrados (Art. 19 de la Constitución Nacional).

Más allá del total o parcial acuerdo con ese postulado inicial, lo cierto es que una disposición semejante al Artículo 19 de nuestra Constitución Nacional no se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, según ha tenido oportunidad de señalarlo también la doctrina científica nacional⁶, y “[...] contiene –según también calificada opinión– los dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de la privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de la legalidad. Ambos contienen la ideología del sistema y destilan los valores que lo estructuran”⁷.

La misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1790 en sus Artículos 5° y 7°, configura un antecedente útil y directo para entender la fórmula

³ Ver por todos Miguel Santiago Marienhoff; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV; numeral 1633 y siguientes, p. 724 en adelante, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Sexta Edición Actualizada, 1997.

⁴ Eduardo García de Enterría; *Problemas del derecho público a comienzos del Siglo*; Primera Edición; Madrid; Monografías Civitas; 2001.

⁵ Cfr. autor y obra citada, p. 65.

⁶ Hebe Mabel Leonardi de Herbón; “La regla del *naeminen laedere* en el derecho constitucional”, en la obra colectiva *La Responsabilidad* en Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldemberg; p. 90 y siguientes, en especial ver página 93 donde la autora relata los antecedentes patrios de la disposición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

⁷ María Angélica Gelli; *Constitución de la Nación Argentina*; Segunda Edición Ampliada y Actualizada; La Ley, 2003; p. 183.

del citado Artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto allí se estableció: “Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordena” (Art. 5°). “Sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer la Ley debe obedecer al instante” (Art. 7°)⁸.

Desde hace ya tiempo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho con fecundidad que el fundamento del principio de que nadie debe dañar a otro encuentra su quicio constitucional en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, criterio que fue oportunamente señalado en el memorable precedente “Santa Coloma”⁹.

Antes de ahora hemos expuesto nuestro punto de vista acerca de que en orden a hallar el fundamento jurídico general de la admisión en nuestro ordenamiento jurídico positivo de la responsabilidad del Estado¹⁰, el requisito quedaba cumplido con la sola aplicación del Artículo 19 de la Constitución Nacional y –en consecuencia– constituía argumento suficiente para fundarla en derecho, criterio al que con posterioridad ha adherido calificada doctrina¹¹.

Pues bien, siempre en orden a la admisión por parte de la jurisprudencia de la responsabilidad del Estado-Administración podía decirse –como quedó anticipado al comienzo– que a pesar de no contar con esa regulación orgánica, prácticamente no existía reducto de actuación estatal en la que ella no hubiere tenido cabida, siempre –claro está– que se verificaran los requisitos de orden general o común a todos los ámbitos que la hicieran procedente (verbigracia, imputación, causalidad adecuada y daño).

Fue así como, merced a esa constante construcción jurisprudencial, la institución decididamente ha ido adoptando sus ribetes actuales, avanzando paulatinamente hacia un predominio de la concepción objetiva de la responsabilidad del Estado, abandonando la idea de la imputabilidad subjetiva y posando –decididamente– la mirada del fenómeno sobre la víctima del obrar estatal. Esa construcción fue –sin duda– muy trabajosa y sería injusto omitir la gran influencia que la doctrina científica nacional y extranjera más moderna han tenido en ella¹².

⁸ Ver, de nuevo, Eduardo García de Enterría, *op. cit.*

⁹ “Santa Coloma, Luis Federico y otros” (Fallos: 308:1160).

¹⁰ Y que, cuando menos, la presencia inexcusable del requisito de la “ausencia del deber jurídico de soportar el daño en la víctima” únicamente podía quedar residenciado en la ley formal.

¹¹ Cfr. Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños, Responsabilidad del Estado*; Tomo X; 1era. Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 263, especialmente nota 21.

¹² Sin perjuicio de remitirme a la extensa lista de autores nacionales que formulo en *La Responsabilidad Pública* ya citada, en homenaje a todos los que contribuyeron al fenómeno de esta evolución, cito y puede verse de Rodolfo Bullrich, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Jesús Méndez Editor, 1920. A Miguel Santiago Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, número 1624 y siguientes, especialmente número 1633, apartado d), pp. 724-734; Sexta Edición Actualizada; Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1997. También a Agustín Gordillo; *Tratado de Derecho Administrativo*; Tomo 2, en sus distintas ediciones y que (siguiendo sus consejos) para efectos de este trabajo hemos empleado la 8ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003; Capítulo XIX. Como lo señala el mismo Profesor Gordillo (ver pp. XIX-8, apartado 4.2.) desde 1959 en que formuló su tesis doctoral (inérita) ha venido sosteniendo que la responsabilidad del Estado por los hechos de sus agentes es siempre directa, lo

Ciertamente que la adopción de la “teoría del órgano”¹³ y de una revisión de la primitiva construcción francesa de la *falta de servicio* que realizara la Corte Suprema en el año 1984 en el plausible precedente “Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires” implicó un ostensible avance respecto de las teorías empleadas en el pasado, aunque –como lo expuse en su oportunidad¹⁴– nunca me pareció que hubiera abandonado por completo la invocación –en ciertas circunstancias– de disposiciones como la contenida en el Artículo 1113, primera parte, del Código Civil¹⁵.

Se fue construyendo –sin embargo– esa consideración de la *falta de servicio* entendida no como *culpa* sino como *ausencia, carencia, cumplimiento defectuoso o simplemente incumplimiento* de las obligaciones legales que le han sido impuestas a la Administración, no como una sanción hacia ella, sino como *restitución a la víctima*, en la elocuente caracterización que realiza el Profesor Eduardo Soto Kloss¹⁶, y poco a poco la idea rectora de que la responsabilidad del Estado provenía de la propia Consti-

cual no implica –según lo destaca– olvidar la responsabilidad civil del propio agente o funcionario como autor real del daño. De igual manera, a Graciela Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969. A Rodolfo Barra, “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”, *El Derecho*, tomo 122, p. 859 y siguientes. Del mismo autor, “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”; *El Derecho*, tomo 142, p. 930 y siguientes. A Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Vol. I, 8ª Edición Actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo- Perrot, 2006, pp. 457-522, quien propugna la existencia de un único fundamento y el mismo queda residenciado en la garantía de igualdad frente a las cargas públicas consagradas en el Artículo 16 de la Constitución Nacional (ver pp. 472-473). También a Roberto Dromi, *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*, Madrid – Grouz 1986, especialmente pp. 28-31. Para un abordaje de la institución desde la *seguridad jurídica* véase Pedro Jorge J. Coviello, *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2004, especialmente pp. 439-456. Para una explicación del concepto de la competencia real o aparente del funcionario público ver Armando N. Canosa, “Nuevamente el Artículo 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado”, *El Derecho*, tomo 157; p. 84 y siguientes. A Guido S. Tawil, *La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

¹³ Ver Aparicio Mendez, *La teoría del órgano*, edición definitiva, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1971, especialmente pp. 32-33. Teoría que, como se sabe, es de cuño netamente publicista y que se erige como superadora de las inconsistencias de las posturas contractualistas del mandato y de la representación y que como explicara en sus clases el recientemente fallecido Profesor argentino y Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Rosario, Doctor Pedro Antonio Chede, la *teoría del órgano* se consuma como una verdadera “unión hipostática” entre el funcionario (órgano persona) y la competencia para obrar (órgano institución) en la ya clásica dualidad explicada magistralmente por el Profesor Miguel S. Marienhoff.

¹⁴ Ver *La Responsabilidad Pública*, *op. cit.*, pp. 103-115, especialmente pp. 104-106.

¹⁵ Pueden verse en tal sentido los precedentes recaídos en las causas “*Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) c/ Provincia de Río Negro s/ cobro de pesos*” del 01-03-1994 (*Fallos*: 317:146 y “*Scarmacia, Mabel y otro*” del 12-09-1995 (*Fallos*: 318:1715), también citados en *La Responsabilidad Pública*; *op. cit.*, pp. 96-97.

¹⁶ Pueden consultarse del citado, entre otros, los recientes trabajos donde deja expuesta la idea: “Del derecho como arte de lo justo al derecho como arte de magia (a propósito de la llamada “falta de servicio”); *Ius Publicum N° 17* (2006), Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, pp. 85-96, especialmente p. 95; “Responsabilidad del Estado por daños producidos por los servicios de salud”, *Ius Publicum N° 12* (2004), pp. 245-264.

tución Nacional y que –por lo tanto– no se debe analizar como “castigo al culpable” sino como “restitución a la víctima” de aquello que fue privada por el obrar estatal¹⁷, en la medida –claro está– que no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La doctrina científica, con su perseverante aporte –como ha quedado dicho–, influyó en la moderna caracterización de la institución, a partir de explicar y fincar la responsabilidad estatal en textos constitucionales de aplicación directa (Artículos 16, 17, 19, 28, 31 y 36 de la Constitución Nacional); en que la institución se explica desde el derecho público con base en esos preceptos constitucionales y abandonando la idea de que es necesario que exista –en todos los casos– ley especial para que la responsabilidad estatal tuviese cabida¹⁸.

Con todo, fue el principio rector del reparto igualitario de las cargas públicas, consagrado por el Artículo 16 de la Constitución Nacional, el criterio que mayor adhesión tuvo en la doctrina nacional, al menos para fundar la responsabilidad del Estado por sus actos legítimos como se ha señalado hace ya más de veinte años atrás¹⁹.

Últimamente, incluso²⁰, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubo de admitir que no era de recibo una postulación que negara de antemano la procedencia de una indemnización integral que restituyera a la víctima del obrar estatal lícito o legítimo (el caso trataba de la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia de una licencia de radiodifusión) tanto el daño emergente sufrido como el lucro cesante padecido, entendido este último como la probabilidad cierta de obtener un beneficio económico.

Más recientemente todavía²¹, la misma Corte Suprema, si bien merced a redefinir la competencia originaria y exclusiva que le asigna el Artículo 117 de la Constitución Nacional y en consecuencia del concepto de *causa civil* que la torna procedente cuando una provincia es demandada, adhirió al criterio de que la responsabilidad del Estado se encuentra regida –como principio– por el derecho público y que no siendo materia

¹⁷ Cfr. Eduardo Soto Kloss, “La Responsabilidad del Estado. Un retorno a la idea clásica de restitución”, en la obra colectiva *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a Fines del Siglo XX*, Vol. 2, Homenaje al Profesor Fernando Garrido Falla, Madrid, Editorial Complutense, 1992; pp. 1263-1288.

¹⁸ Idea propugnada entre nosotros fundamentalmente por el Profesor Rafael Bielsa, ver *Tratado de Derecho Administrativo*; T. II, p. 344 y siguientes; 4ª edición, Buenos Aires, 1947. Debe advertirse, sin embargo y como bien lo pone de manifiesto el eximio Profesor Alberto B. Bianchi, que no es que Bielsa no reconociese que el Estado debía ser responsabilizado por sometimiento a las reglas de derecho, pero sucedía que era exigible –en su opinión– una ley especial que la regulara (ver Bianchi, Alberto B., “Panorama Actual de la Responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, *La Ley*, 1996-A- pp. 922-953, especialmente p. 927 (nota 37).

¹⁹ Cfr. Enrique Santiago Petracchi, “Responsabilidad extracontractual del Estado Nacional emergente de sus legítimas actividades de normación general”; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 59:7- 32, especialmente p. 25 (agosto 1983).

²⁰ Cfr. “El Jacarandá SRL c/ Estado Nacional”, sentencia del 28-07-2005 publicada en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 328:180 (enero 2006).

²¹ “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia y otro s/ daños y perjuicios” del 21-03-2006, publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 334:172 (julio 2006) y reiterada entre muchos otros en “Zulema de Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios” del 06-05-2006.

delegada por las provincias en el gobierno federal, correspondía su juzgamiento –como regla general– a los jueces locales, aun cuando para fundarla se invocara la regla establecida en el Artículo 1112 del Código Civil²² y aunque esto último deje sin respuesta a una serie de situaciones que sí podrían estar disciplinadas directamente por la regla dispuesta en la norma (verbigracia; la responsabilidad civil del funcionario, o aquellas situaciones regidas exclusivamente por el derecho común), la decidida inscripción de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público renovó –inmediatamente– la elogiosa adhesión de un sector de la doctrina²³.

Poco a poco –como se señalara–, la construcción jurisprudencial, con el fundamento de la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional y de su condición de suprema frente a la ley, fue reduciendo a un mismo tiempo los ámbitos de inmunidad soberana del Estado y de irresponsabilidad estatal, bien entendido que de ello no corresponde derivar que el Estado deba convertirse en un asegurador de todo riesgo, pero tampoco cabe admitir un Estado irresponsable o que –en el mejor de los casos– se requiera de ley especial que la regule.

Desde ya que la ley no podría negarla, porque como enseñaba el Profesor Marienhoff²⁴ no proviene de la ley, sino de la Constitución Nacional y ésta es suprema (Artículo 31), bueno es resaltarlo, y de allí sus críticas al requisito de que el daño provocado por una norma general debía comportar una situación de “sacrificio especial” como fundamento de la reparación de los perjuicios ocasionados por la actuación normativa lícita o legítima del Estado²⁵.

El Estado de Derecho basado en la vigencia plena y eficaz de la Constitución Nacional no admite ninguna idea o concepción que se asemeje al absolutismo, sea monárquico o de la Administración pública como heredera de sus privilegios²⁶, por muy revolucionaria que a ésta se la hubiese concebido.

II. Un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema no alcanza para negar la apuntada evolución (*El caso “Friar S.A.”*).

Aunque resulta prematuro verter un juicio definitivo, el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en la causa “Friar S.A. c/ Estado

²² Disposición que establece: “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 le están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título” y que no es otro que “*El de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos*”.

²³ Susana E. Vega – María Josefina Rotaache, “La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: un cambio de criterio acertado. ¿Motivos de orden jurídico o circunstancias de conveniencia?”, en abierta y decidida postura de adhesión a las enseñanzas de la Profesora Graciela Reiriz; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 335: 47 (agosto 2006).

²⁴ Miguel S. Marienhoff, *Tratado...*, *op. cit.*, número 1646, g).

²⁵ *Idem* anterior.

²⁶ Cfr. Eduardo Soto Kloss con cita de Maurice Hauriou en “La Responsabilidad del Estado. Un retorno a la idea clásica de restitución”, *op. cit.*, p. 1268 (nota 23).

Nacional – Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos- Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y SENASA s/ daños y perjuicios” (F. 1331.XL) del 26-09-2006, parece abrir un interrogante acerca de la consolidación jurisprudencial que venimos describiendo.

Se trataba, en el caso, de una acción promovida por una empresa tendiente a obtener una reparación de los daños y perjuicios que –según su relato– se le ocasionaron por la prohibición de exportación de carne decidida por el Servicio Nacional de Sanidad Animal (SENASA) como medida de policía sanitaria ante la aparición de un foco de fiebre aftosa por la introducción en el territorio argentino –mediante contrabando por la frontera con la República del Paraguay– de animales infectados con fiebre aftosa, basándose para ello en la “falta de servicio” de las autoridades nacionales al dictar el Decreto N° 1.324/1998, medida que prohibió la vacunación de los animales contra la fiebre aftosa que se venía practicando hasta el dictado de la misma.

La demandante –a su vez– le achacó esa “falta de servicio” en que, conocida la aparición del foco infeccioso, las autoridades demoraron en hacer pública la situación y agravaron la propagación del virus en todo el territorio nacional. Estas circunstancias –continúa– subsistieron hasta que, mediante la Resolución N° 5 (*Boletín Oficial* del 20-04-2001), el SENASA volvió a introducir el Plan de Erradicación de la fiebre aftosa y la campaña de erradicación mediante vacunación obligatoria, entre otras medidas, y retornó a la política seguida con anterioridad al dictado del mencionado Decreto N° 1.324/1998.

Adicionalmente, y para el caso de que se considerara que la actuación estatal era lícita, la actora fundó también su demanda en ese ámbito, reclamando la indemnización de perjuicios que se le provocaron como consecuencia de tal legítima actuación.

La sentencia desestima ambos planteos y deniega el derecho de indemnización reclamado por la actora. Para así decidir, parte de la base de que la actuación de las autoridades nacionales involucradas fue regular, y que las medidas adoptadas no quedaron inscriptas en el concepto de la *falta de servicio* para cuya verificación “[...] no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama [...]”²⁷.

Del mismo modo, consideraron los jueces que formaron la mayoría de opinión, que la impugnación no estaba dirigida a la ilegalidad de las medidas adoptadas sino a su oportunidad, ya que la objeción –según se explica en el pronunciamiento– estaba orientada a la inconveniencia de haber declarado a la República Argentina país libre de la enfermedad sin vacunación.

Con sustento en las atribuciones que la Ley N° 24.305 le asigna al SENASA, la sentencia entiende que las medidas impugnadas –inscriptas dentro del ejercicio regular de la competencia atribuida– no pueden ser sustituidas por el criterio de los jueces y

²⁷ Considerando 6° del voto concurrente de los jueces Petracchi- Fayt- Maqueda – Zaffaroni y Lorenzetti.

juzgadas según su propia discreción²⁸, añadiendo que no se verificaban en el caso las circunstancias reunidas en el precedente “Vadell, Jorge” del año 1984 (*falta de servicio*), que ya mencionamos más arriba²⁹.

En lo atinente al reclamo de resarcimiento fundado en la actuación lícita estatal, la sentencia (considerando 8°) también desestima el planteo, recordando su criterio de que –como regla– tratándose de una actividad regular las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria no dan lugar a indemnización y cita –en apoyo– una decisión suya recaída en la causa “*Román S.A.C. c/ Nación Argentina*” del 13-10-1994 (*Fallos*: 317:1233)³⁰.

Concluye afirmando: “[...] de tal manera, si la prohibición de exportar y la falta de expedición de certificados de aptitud sanitaria constituían medidas no sólo razonables sino indispensables ante la situación descrita, la actora nada puede reclamar al respecto [...]”.

Ahora bien, no puede omitirse que la Ley N° 24.305 aprueba el Programa de Lucha Contra la Fiebre Aftosa, declarando de interés nacional la erradicación de dicha enfermedad de todo el territorio argentino (Art. 1°) y, para ello –como se cita–, le asigna al SENASA el carácter de autoridad de aplicación de la ley (Art. 2°) y al mismo tiempo, un amplio conjunto de atribuciones de carácter técnico y de contenido discrecional, en el sentido de un amplio margen de aptitud para adoptar las medidas que el organismo estime apropiadas con tal propósito.

Entre dichas atribuciones, el Artículo 2°, inciso f) lo faculta a “adoptar y ejecutar todas las medidas técnicas apropiadas, incluso el sacrificio inmediato de los animales expuestos a un foco de fiebre aftosa, en caso de presentarse la enfermedad en una zona declarada libre y/o en áreas con condiciones sanitarias en las que el organismo de aplicación previamente así lo haya dispuesto”.

A su turno, y con relación a esto último, el Artículo 14, primer párrafo, de la Ley N° 24.305 dispone un derecho a indemnización *a valor de mercado* a favor de aquellos productores que se vean afectados por las medidas adoptadas en el marco de las atribuciones asignadas por el citado Artículo 2°, inciso f) o, en su caso, por la determinación de destino exclusivo a faena por razones sanitarias.

De lo expuesto surge con toda evidencia que, en ciertos casos, la adopción por el organismo de medidas dictadas en el ejercicio *regular* del poder de policía sanitario que la ley le ha conferido, hace nacer –no obstante– el deber de responder y el correlativo derecho de la víctima a obtener una indemnización que la ley erige con carácter integral (no otra cosa es *el valor de mercado* que ordena la disposición) y que se deriva como una consecuencia directa de dicha actuación estatal *regular*.

Por ello también, el párrafo que verdaderamente inquieta en la sentencia anotada es el que finaliza el examinado considerando 8°, cuando textualmente dice: “[...] En

²⁸ *Ibidem* considerando 7°.

²⁹ *Fallos*: 306:2030.

³⁰ A mayor abundamiento, me remito al análisis que sobre la decisión recaída en la causa “*Román*” he dejado expuesto en *La Responsabilidad Pública*, citada, pp. 316-322 y p. 336 (nota 53).

nuestro derecho *no existe norma o construcción jurisprudencial alguna* que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la Administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, *si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general* en la materia, sería imposible gobernar”. Cuadra advertir que esta consideración final no se encuentra reproducida en el voto concurrente de los jueces que conforman la minoría en el pronunciamiento³¹ (el destacado es propio).

Sin dejar de señalar que en el caso no estamos en presencia de los daños derivados de la prestación anormal o normal de un servicio público, debemos reconocer que es cierta la afirmación del texto en el sentido de que no existe en nuestro ordenamiento constitucional una disposición semejante al Artículo 106.2 de la Constitución española de 1978, la cual establece: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Sin embargo, no es menos cierto que la ausencia de una norma semejante no fue óbice para que el mismo Tribunal dictara decisiones en precedentes tales como “Bocacara, Armando” (17-07-1970), “Cantón, Elbio” (15-05-1979), “Winkler, Juan León” (09-08-1983); procesos todos ellos en los que se debatían –análogamente al caso examinado– las consecuencias patrimoniales que para las víctimas se suscitaban por modificaciones normativas regularmente adoptadas en el ejercicio del poder de policía.

Aun cuando la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional constituiría argumento suficiente –como lo entendió la propia Corte Suprema en el citado caso “Winkler” donde el deber de responder se basó en la aplicación directa de los Artículos 14 y 17 de la Ley Suprema–, también el Artículo 83 del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo, vigente en el ordenamiento nacional desde su sanción en el año 1972 y aplicable al organismo demandado, configura desde el plano del derecho positivo derivado un fundamento de orden general para fincar una oposición conceptual con el párrafo de la sentencia que hemos destacado.

Dicha disposición que –es a todas luces evidente– ha recibido la influencia de las enseñanzas del Profesor Miguel S. Marienhoff, establece: “Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados”³².

En homenaje a la brevedad, diremos que del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en este ámbito (responsabilidad del Estado por su actuación normativa

³¹ Conformada por los Jueces Highton de Nolasco y Argibay.

³² Ver por todos, y comparar, Miguel S. Marienhoff; *Tratado...*; Tomo IV, *op. cit.*, especialmente números 1631, b); 1646, g).

lícita) surge que el Tribunal ha sido siempre muy riguroso en el análisis de la concreta verificación –en cada caso– de los requisitos que la tornan procedente (verbigracia; imputabilidad, causalidad, daño o sacrificio especial y más tarde, ausencia en la víctima del deber jurídico de soportarlo) y tanto es así que ha exigido que la causalidad entre el obrar legítimo y el daño irrogado no solamente debe ser adecuada sino también *exclusiva*, sin intervención extraña que pudiera interferir en dicho nexo causal (ver “Ledesma S.A.”, del 31-10-1989)³³.

Por lo que se desprende del relato de los hechos que lleva a cabo la decisión, no parece que este último requisito se hubiera configurado con nitidez, de manera que –quizás– dicha ausencia podría haberse erigido en el argumento principal y suficiente para la desestimación de la pretensión indemnizatoria.

Es que, como han señalado voces autorizadas, una cosa es reconocer que el funcionamiento anormal del servicio público es uno de los títulos básicos para imputar a la Administración el deber de reparar los perjuicios y otra distinta es que a partir de allí se requiera o se confunda el fundamento de la Responsabilidad del Estado con la ilicitud basada en la culpa u otra conducta subjetiva³⁴.

Por ello habrá que esperar a futuros pronunciamientos del Tribunal para constatar si el criterio de esta sentencia traduce un retorno a la idea –que creímos definitivamente abandonada– de que para responsabilizar al Estado tanto por sus conductas ilícitas cuanto lícitas, se hace necesario siempre una disposición legal que así lo disponga, o si –en definitiva– se está traduciendo el deseo del Tribunal de que se incluya en el texto formal de la Constitución Nacional una cláusula semejante al citado Artículo 106.2 de la Constitución de España, lo cual, de ser así, cuenta con nuestra más ferviente adhesión. Con todo, insistimos en que no se verificaba en el ocurrente un caso de anormal o normal prestación de un servicio público y de allí también la inquietud que suscita el párrafo transcripto.

Nunca sobraría resaltar que “El *palladium* de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el *palladium* de la libertad es la Constitución; esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa, debe ser objeto primordial de las leyes y la condición esencial de los fallos de la justicia federal”³⁵.

La efectiva vigencia de las libertades públicas reconocidas a todos los habitantes y cuyo baluarte es el Artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, no puede quedar subordinada a la voluntad (o al capricho) del administrador de turno, ni del legislador

³³ Nos remitimos al análisis que de la decisión realizamos en *La Responsabilidad Pública, op. cit.*, capítulo V, p. 161 y p. 286.

³⁴ Eduardo García de Enterría; Tomás, Ramón Fernández; *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 6ta. Edición, Madrid, Civitas, 1999, p. 369.

³⁵ Nunca tan oportuno recordar aquello que ha dejado magistralmente escrito el Profesor Carlos S. Fayt; cfr. *Nuevas Fronteras del Derecho Constitucional (La Dimensión Político-Institucional de la Corte Suprema de la Nación)*, Buenos Aires, La Ley, 1995, p. 8.

solícito a los deseos de aquel que, según ha quedado sobradamente demostrado, no ha tenido reparos, ni menos escrúpulos, en apelar al recurrente discurso de la cambiante conveniencia pública para avanzar sobre las libertades individuales.

Cuando no se ha sabido apreciar que no hay superior interés público que el de respetar y hacer respetar la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema como su intérprete final y garante última de su vigencia, ha sabido ser dique de contención de esos avances y el proceso de construir *la doctrina* de la Responsabilidad del Estado en el derecho argentino es una prueba suficientemente elocuente de esa actuación.