

**AUDIENCIA PÚBLICA DE LA COMISIÓN BICAMERAL PARA LA
REFORMA, ACTUALIZACIÓN, Y UNIFICACIÓN DE LOS
CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Lugar de celebración: U.N.R., Sede de Gobierno, Rosario, Provincia de Santa Fe.-

Fecha y hora: 10 de setiembre de 2012, a partir 09:00 hs.-

Ponencia: “RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO PÚBLICO” (Libro Tercero, Título V, Capítulo 1, Sección 9^a, Arts. 1765/6 y su concordante art. 1764 s/Proyecto de Unificación CCyC impulsado por Decreto del P.E.N. n° 191 del 23/02/2011).-

Autor: Abogado José María Fidelibus* (D.N.I. 17.669.358, Matrícula Pcia. S. Fe L°XXV F° 53, Matrícula Federal T° 91 F° 175).-

Mail para contactarse: josefidelibus@hotmail.com

*Abogado, Facultad de Derecho, U.N.R., marzo 1995.

Especialista en derecho de daños, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, P.U.C.A., junio 2006.

Pre Master (acreditable Doctorado en Derecho) “*Fronteras Actuales del Derecho de Daños*”, Facultad de Derecho U.N.R., noviembre de 2008.

Especializando en Magistratura, Facultad de Derecho, U.N.R.

Vocal del Instituto de Derecho de Daños, Colegio de Abogados de Rosario.

Adscripto Derecho Civil II, Facultad de Derecho, U.N.R.

I- Breve excursus sobre evolución del genérico “responsabilidad civil”

Sucede que en los tiempos que corren, el espectro de situaciones susceptibles de dañar injustamente a otro, por tanto, protegidas por el deber de no dañar o *naeminem laedere*¹, a priori resulta inabarcable. Así, dado el caudal de agua corrida bajo el puente desde que a mediados del siglo XIX el ilustre codificador, en seguimiento casi lineal al modelo francés, prescribiera: “*Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía...*”²; en idéntica dirección: “*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código...y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia*”³, entre otros.

Todo esto, justo es reconocer, en el marco de una teoría general magistralmente estructurada en el seno privatista y consustanciada a tal punto con el contexto de su época, que luego ensamblaría armoniosamente con otro ordenamiento de fondo inspirado en la misma filosofía liberal -Código Penal de Tejedor, art. 29-, y que fiel a aquel inspirador hizo de la antijuridicidad expresa, imputabilidad subjetiva con factor culpa como eje y foco sobre autor del daño, sus estandartes más preciados.

¹ Junto al *honeste vivere* (vivir honestamente) y al *jus sum cuique tribuere* (dar a cada quien lo que corresponde), los tres principios filosóficos del derecho, según Ulpiano.

² Art. 1066 C.C.

³ Art. 1067 C.C.

A partir de ahí, la evolución que en mayor o menor detalle supo contar nuestra doctrina, y que en muy prieta síntesis comenzó con el famoso caso del estallido de la caldera en Francia y los daños derivados, donde atento a ningún agente se le pudo imputar culpa o dolo, su eximia Corte de Casación a fin de evitar la injusticia hizo lugar a la reparación partiendo de una reinterpretación del art. 1384 del *Code* que dejó de lado la valoración o reproche de conducta del agente y el carácter ostensible del vicio, y por vez primera franqueó el acceso al factor objetivo riesgo de la cosa.

Que a su turno, nuestros tribunales, imbuidos de dicha inveterada jurisprudencia y de la coincidente opinión de egregios doctrinarios de dichas latitudes -también, con idénticos nobles fines-, comenzaron a “afinar” cada vez más la noción de culpa conscientes que, aplicar el ordenamiento civil vernáculo tal cual su exégesis, traía como correlato el rechazo a un sinnúmero de demandas, es decir, la misma injusticia de dejar gran cantidad de casos -detalle no menor que también ya se advertía, forjados en distintas circunstancias- huérfanos de reparación. Con muy honrosas excepciones, una doctrina local que acompañaba ya que tampoco dudaba acerca el régimen positivo no daba acorde respuesta, que había quedado notoriamente desfasado frente a la nueva realidad.

Luego, el legislador del 68, y pese a lo escueto que hoy podría parecer su //

// intervención -entre reemplazos y agregados, fueron modificados alrededor de doscientos artículos de aquel original-, su suficiencia como para insuflar sana renovación al sistema. En lo que a responsabilidad civil interesa, introduciendo riesgo, vicio y equidad como nuevos factores de imputación -en cuanto esta última, también como atenuante de responsabilidad-, todos de neto corte objetivo, modificando lo normado para daño moral tanto extracontractual como contractual, etc. Hasta el momento cisma reformador más importante en cuanto código de fondo de nuestro país, alimentó acaloradas y enriquecedoras controversias doctrinarias durante décadas algunas paradigmáticas tales como la de si el riesgo había llegado para “desplazar” a la culpa en su rol de solitaria reina, o para intervenir en forma “subsidiaria”, o si por el contrario, “convivían pacíficamente”; si la fórmula consagrada en art. 1113 2º Párrafo 2ª Parte alcanzaba o no al riesgo de la actividad -o actividad riesgosa-; si los riesgos recíprocos se neutralizaban o concurrían; matices entre procedencias y alcances del daño moral contractual y extracontractual, etc.

Y tan fascinantes fueron las discusiones, tanta pasión volcaron no sólo los protagonistas sino despertaron en aquéllos que -como el ponente- se limitaron a aprender del exquisito nivel de los debates, que a gran parte del jusprivatismo quizá terminó pasando lo que a Pigmalión con Galatea: enamorado de su obra, el árbol no le permitió ver el bosque.

Así, cuando le llevaría años percatar y bastantes más aceptar, el fabuloso hito institucional hartó superior al de la 17.711 ocurrido durante 1994. La reforma a la Constitución Nacional, su ampliación dogmática y correlativa incorporación a la máxima jerarquía de once Tratados -a la fecha, y por los mecanismos allí previstos, trece-, consecuencia inescindible, el definitivo blindaje a la problemática lesiva toda y confeso Norte de este proyecto la tantas veces declamada y por fin sustantivizada constitucionalización del derecho privado. En pocas palabras, que el deber de no dañar, para el caso, consecuente amparo del régimen de responsabilidad, había rebasado su originario “envase” civilista tornando a varias de las históricas cuitas en cuestiones quizá no agotadas para la cátedra o el gabinete, pero sí a tener por superadas en los demás ámbitos.

Como contundente demostración de nuestro convencimiento a que las actuales problemáticas de la responsabilidad civil imponen receptividad o predisposición a aspectos publicísticos -como bien enseña un destacado doctrinario y magistrado local Alejandro D. Andrada⁴-, a la vez, desafío intelectual, solicitaríamos que cualquier jusprivatista intente justificar, al menos explicar desde su tradicional óptica, problemáticas actuales como la de **daño ambiental**

⁴ ANDRADA, A., *Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos*, Revista Derecho y Empresa, Universidad Austral, 1996, n° 5, p. 43.

prevista por art. 41 CN y demás leyes de presupuestos mínimos⁵, cuando a todas luces no comulga con ninguno de los requisitos que su ortodoxia prescribe para la resarcibilidad del daño: que sea *cierto, actual, subsistente y personal* de quien lo reclame.

II- Los cambios de paradigma a honrar por el legislador

No es que el cambio de un Estado legal a uno constitucional de derecho -y en lo que a la teoría general de la reparación interesa, **del hombre visto como ser “económico o patrimonial” propio del liberalismo decimonónico que entre tantos otros nutrió a Vélez Sársfield al considerado como “integralidad física, psíquica y moral” del art. 5 pto. “1” Pacto San José de Costa Rica y demás instrumentos supranacionales-**, implica derogar de un plumazo valiosas conquistas alcanzadas tras décadas de lucha ante los ámbitos legislativo y jurisprudencial (justo es reconocer, por tracción casi exclusiva de la civilística argentina), pero sí, por la indiscutible preeminencia del nuevo marco, poner punto final a mezquinas discusiones que sólo conducen a estériles paracronismos. Y en este punto, conviene ser drástico: **aquél operador de la República pertenezca al poder que sea, que no entienda u**

⁵Art. 27 Ley 25.675: “...Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

obre en disonancia al nuevo marco, se pondrá al margen del actual “bloque”.

Ahora sí, de lleno en los preceptos aquí traídos cuyas sendas derivaciones de las particulares situaciones del Estado, funcionario y empleado público dañadores al ámbito del derecho administrativo, explicaremos porqué nos parece colocan a la República Argentina en vísperas de un viaje que como indefectibles destinos tendrá la pereza, la despreocupación, el privilegio, la desigualdad, la inequidad, como última, la probable condenación por parte del Máximo Tribunal Jurisdiccional a cuya competencia voluntariamente se ha sometido, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, ante lo indiscutible de que positivizar normas que **NO por retrotraer la óptica sobre agente dañador -lo que indudablemente hacen- y SÍ por el APRIORÍSTICO posicionamiento en franca situación de ventaja en desmedro del extremo débil de la obligación -la víctima, a la que por bloque constitucional federal le asiste derecho a una reparación integral o plena⁶**-, más que probablemente hará que las denuncias en contra de nuestro país ante el organismo acusador del Sistema Interamericano -Comisión Interamericana de

⁶ **C.A.D.H., arts. 21 pto. 2:** “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa...”, **63.1:** “Cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte -Interamericana de Derechos Humanos- dispondrá...y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”; **Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, art. 6:** “...así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo el daño de que puedan ser víctimas...”; **Convención contra tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, art. 14 pto. 1:** “...y el derecho a una indemnización justa y adecuada...”.

Derechos Humanos- tarden no más que lo que el agotamiento de las vías jurisdiccionales internas conlleve esperar.

III- Significancia de la derivación a “...las normas y principios del derecho administrativo...”

Resultaría agobiante para esta oportunidad, colacionar la discusión quizá más longeva, profunda y acalorada no sólo del ámbito de la responsabilidad civil sino del derecho patrio, acerca si la problemática de responsabilizar patrimonialmente al Estado ostenta filiación iusprivatista -como cualquier otra especie, a ser enfocada y resuelta por su género la teoría general de que hablábamos al principio- o iuspublicista -ídem, los principios y fines propios del derecho administrativo-. Que, como muy pocas, supo encabritar ánimos y dividir aguas en lo que a doctrina y jurisprudencia involucra.

Aún así, no sólo en la temática aquí abordada sino a lo largo de las restantes secciones que conforman el capítulo de responsabilidad civil del Proyecto, desde ya que nos parece auspicioso el indisimulable esmero puesto en conciliar el nuevo articulado con los pertinentes y actuales criterios hoy propiciados por los fallos de nuestro Máximo Tribunal interno⁷.

⁷ Al mero título enunciativo: la regulación de causales de justificación (art. 1718, en particular, lo atinente al daño causado en estado de necesidad y la posible obligación de reparar por razones de equidad); asunción de riesgos y daños sufridos en oportunidad de actos de

En tal guisa, no nos escapa que la específica y sesuda evolución jurisprudencial de este último -a pesar de alguna que otra contramarcha-, sea en el meandro que fuere incluso por actuación de cualquiera de sus tres poderes -ilícitos extracontractuales⁸, actos lícitos⁹, omisión¹⁰, etc.-, desemboca en el criterio que a través de la mentada fórmula consagra el Proyecto. Y esto último, a qué negarlo, significa que la histórica puja ha rumbeado hacia los siguientes cartabones y postulados:

- Justicia no de tipo “conmutativa” sino “**distributiva**”.
- Deber de resarcir con fundamento no en el daño sino en la **alteración del principio de igualdad**.

abnegación o altruismo (art. 1719); consentimiento del damnificado cuando trate acerca lesión de bienes disponibles (art. 1720); relación de causalidad en grado de “adecuación” (art. 1726); hecho de la víctima con entidad para interrumpir total o parcialmente el curso causal (art. 1729); hecho del tercero que para idénticos fines debe reunir los caracteres del caso fortuito (art. 1731); sinonimia entre caso fortuito y fuerza mayor (art. 1730); carga de la prueba de los distintos factores de atribución y conectividad causal adecuada a cargo del que los afirma como reglas aunque con facultad judicial de inversión informada y anticipada en determinados casos para los primeros y presunción o directa imputación legal para la segunda (arts. 1734/5/6); concepto de daño resarcible (art. 1737); reparabilidad de la pérdida de chance (art. 1739); lucro cesante futuro (art. 1746); curso de los intereses (art. 1748); responsabilidad concurrente o “in solidum” entre distintos legitimados pasivos (arts. 1753, 1754, 1758); actividad riesgosa comprendida en la responsabilidad objetiva por riesgo o vicio (art. 1758); responsabilidad de los que administran o dirigen la persona jurídica por daños cometidos en ejercicio o en ocasión de dichas funciones (art. 1763); responsabilidad de los profesionales liberales (art. 1768); legitimación activa del tenedor y poseedor de buena fe de la cosa o bien (art. 1772); no suspensión de la sentencia civil por pendencia de sentencia penal cuando la acción de reclamación civil esté fundada en factor de imputación objetivo (art. 1775); ante sentencia penal absolutoria por atipicidad, inimputabilidad o inculpabilidad del imputado, libertad de decisión en todo lo atinente a la culpa para el juez civil (art. 1777); efectos en sede civil de la revisión de la sentencia en sede penal (art. 1778).

⁸ Casos “Devoto” (1933), “Ferrocarriil Oeste c. Prov. de Bs. As.” (1938), el hito fundacional de “Vadell” (1984).

⁹ Casos “Laplacette” (1943), “Los Pinos” (1975), “Cantón” (1979), “Winkler” (1983), “Sánchez Granel” (1984), “Motor Once” (1987), “Tejedurías Magallanes” (1989), “Juncalán” (1989), “Columbia” (1992), “Román” (1994), “El Jacarandá” (2005), “Zonas Francas” (2009), “Cía. Gral. De Gas S.A. c. Enargas y O.” (2011), etc.

¹⁰ “Lanati” (1991), “Pose” (1992), “De Gandía” (1995).

- Responsabilidad aquiliana no indirecta o refleja (art. 1113 1er. Párr. C.C. vigente) sino **objetiva y directa “falta de servicio”** (art. 1112 C.C. vigente) que toma en cuenta: 1) Naturaleza de la actividad; 2) Medios que dispone la Administración; 3) Lazo que une víctima con servicio; 4) Grado de previsibilidad del daño.
- En lo que a responsabilidad por actos lícitos del Estado interesa, dos presupuestos típicos del derecho administrativo que se agregan a los tres tradicionales del derecho civil -daño, causalidad adecuada y factor de atribución-: 1) **Sacrificio especial** o desigual del administrado; 2) **Ausencia a su respecto de deber jurídico de soportar el daño.**
- En lo que a extensión del resarcimiento interesa, y aquí donde se encontrarán las mayores idas y vueltas, **una concepción particular y restrictiva en lo que a plenitud o integralidad interesa**, en palabras de la propia Corte “...un nuevo concepto de reparación integral propio del derecho público...”¹¹ -a veces reconociendo daño emergente y lucro cesante, otras vedando este último por aplicación analógica del art. 10 de la ley de expropiaciones, otras otorgándolo pero no en estricta equivalencia a las utilidades dejadas de percibir sino limitado por razones de equidad, etc.-.

¹¹ “Cantón”, *Fallos*, 301:403.

Y por lo supra consignado, el núcleo de nuestra ponencia: no creemos que los preceptos en crisis apunten a la graciosa eliminación de raíz en cuanto responsabilidad civil de los sujetos imbricados ni a dejar a la víctima común en situación de orfandad y desamparo, como ciertamente viene siendo fogoneado por algunos sectores.

Pero respetuosamente sí nos parece, y en definitiva que no lograría superar airoso lo que Infra veremos, **que se está apuntando a LIMITAR de modo genérico y anticipado la extensión del resarcimiento eventualmente a deber por aquéllos una vez condenados**¹².

Cosa muy distinta a que veamos en perfecta consonancia y clave de “bloque” que un juez previo debido proceso y en estricta correspondencia a la congruencia y valoración de circunstancias particulares según sana crítica, sea por llevar justicia o equidad a su concreto caso, sea por el superior interés público comprometido, entienda que corresponde recortarlo, limitarlo -en definitiva, lo que ha hecho la Corte en cada uno de los paradigmáticos precedentes citados-.

¹² La misma tesitura nos merece lo atinente a legitimación activa en el ámbito del daño moral, donde el proyecto mantiene la limitación por anticipado al damnificado directo y cuando las tradicionales razones doctrinaria y jurisprudencialmente esgrimidas para excluir al indirecto, a la luz del cariz constitucional adquirido donde daño alguno puede quedar exento de congrua reparación, han perdido casi por completo asidero. De público y notorio, los varios y prestigiosos tribunales inferiores que en todo acorde a textos y doctrina judicial supranacional han cerrado filas detrás de la inconstitucionalidad del art. 1078 C.C., en algunos sonados casos hasta declarándola de oficio.

IV- Test de convencionalidad

Sumado a lo anterior, ya a la hora de definir o directamente votar este Proyecto, tampoco podrá ser perdido de vista nuestro sistema de control difuso de constitucionalidad y que a través de distintos pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde la reforma constitucional de 1994 nuestro Máximo Tribunal de jure con competencia para revisar sentencias de C.S.J.N. y dejar sin efecto sus decisiones -pues las que dicta tienen la misma virtualidad que la establecida para el orden interno en cuanto ejecutoriedad de sentencias contra el Estado-, haya delineado la siguiente doctrina:

“...93. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de

convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana” (Cfr. el reciente donde fue condenado nuestro país “FONTEVECCHIA Y D’AMICO VS. ARGENTINA”, párr. 93, 29/11/2011¹³, subrayados me pertenecen).

Así, que tal ejercicio sea deber y no facultad para cualquier juez sin distinción de fuero ni instancia -otra ancestral discusión a la que el nuevo marco, guste o no y conforme se desprende de lo transcrito, puso punto final¹⁴-, se desprende del art. 1º de la Convención en cuanto establece que los Estados partes están obligados a garantizar los derechos y garantías en ella reconocidos, en conjunción con lo normado por art. 2º de la misma cuando obliga a los Estados a adoptar, además de las legislativas, medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de esos derechos. En función de ello, que un órgano jurisdiccional interno viéndose afectado un derecho reconocido en la

¹³ En igual sentido, “BOYCE Y O. VS. BARBADOS”, párr. 78, 20/11/2007; “ALMONACID ARELLANO Y O. VS. CHILE”, párr. 124, 26/09/2006; “LA CANTUTA VS. PERÚ”, párr. 173, 29/11/2006.

¹⁴ La posición contraria, podrá encontrarse en un reciente trabajo de Badeni, Laplacette y Laplacette, *Control de constitucionalidad de oficio y Estado de Derecho*, LL, 27/10/2011. Sin perjuicio, la acabada explicación de porqué el mentado control en absoluto viola el principio republicano de división de poderes ni el derecho de defensa en juicio ni la presunción de legitimidad de los actos estatales, creemos la da el Dr. Adolfo R. Vázquez en su voto a “Mill de Pereyra” -C.S.J.N., *Fallos*, 324:3219-.

Convención se niegue a efectuarlo so pretexto de falta de pedido de parte o por haberlo sido en modo inoportuno, implica sin más que ese Estado, a través de su órgano judicial, esté invocando la norma interna para incumplir la Convención, lo que al mismo tiempo importa violación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en concreto, del *“Pacta sunt servanda”* consagrado por art. 26 y *“El derecho interno y la observancia de los tratados”* por art. 27.

V- Posición de la C.S.J.N. en cuanto a jurisprudencia de C.I.D.H.

Por último, refuerza lo determinante de que para nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación los antecedentes consultivos y contenciosos de la C.I.D.H. no representan declamaciones románticas que sobrevivientes de un naufragio en estado de naturaleza de tanto en tanto arrojan al mar en botellas, sino pautas de ineludible seguimiento para todos los jueces **incluida ella misma**, elaboración que principió por “guía” y pasó por un espectro de “pauta insoslayable”, “pauta imprescindible”, hasta el actual de “aceptación incondicionada”, todo ello conforme evolución jurisprudencial a partir de “Ekmekdján” -Fallos, 315:1492-, “Fibraca” -Fallos, 316:1669-, “Cafés La Virginia S.A.” -Fallos, 317:1282- , en particular, “Giroldi” -Fallos, 318:514-, donde llegó a señalar *“...ya que de lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”*, y que terminó galvanizando

en la mayoría de pronunciamientos de condena contra represores y genocidas de la última dictadura (Causas “Simón”, “Mazzeo”, “Videla”, “Massera”, “Astiz”, etc.).

VI- Consectario

Más allá de los elevados e impostergables fines que persigue este Proyecto, que ninguna duda nos asiste bien regula no para ilustradas o acomodadas minorías -como paradójicamente sucedía en el modelo tradicionalmente traído como “padre” de la democracia, el griego, donde en Atenas ciudad ya por aquéllos tiempos con población superior a los 100.000 habitantes sólo votaban y disfrutaban de las mieles de lo público los 200 que revestían condición de “ciudadanos”- sino para la diversidad que como sociedad hoy somos y a la que nuestros legisladores vienen dando sobradas muestras de reconocimiento y cobijo, MUY LEJOS DE VOCACIÓN APOCALÍPTICA ALGUNA sí nos parece la fórmula ensayada adolece del mentado e insuperable vicio descalificante.

Y entendida la declaración de inconstitucionalidad de una ley nacional del congreso como acto de suma trascendencia y disvalor institucional última *ratio* del sistema, la valiosa e inédita experiencia de participación a la comunidad toda que aquí permite expresarnos, bien merece la posibilidad de revisar.