

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO

POR HÉCTOR A. MAIRAL

*Abogado, diploma de honor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, doctor en Ciencias Jurídicas en dicha universidad, master en Derecho comparado cum laude en la Southern Methodist University de Dallas (Texas) y Visiting Scholar de las Universidades de Harvard y Cambridge. Ha sido asesor en las privatizaciones de Entel, Gas del Estado e YPF, ha participado en innumerables congresos y conferencias en el país y en el extranjero, disertando sobre temas de su especialidad. Desde 1982 ocupa el cargo de profesor titular de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires; en el marco de su actuación académica, ha escrito importantes y numerosas obras.*

Sobre este tema de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado, voy a hablar de tres sistemas que son seguidos en la República Argentina con interés: los Estados Unidos, Francia e Italia.

El régimen de la responsabilidad del Estado en los Estados Unidos comienza por la negación de dicha responsabilidad. El responsable es 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 enorgullecía de que hacía responsable al funcionario igual que a un particular. Así como el particular, el funcionario que actúa sin derecho (o sea, sin ley habilitante) y causa un daño también es responsable. Pero como la ley inconstitucional no puede fundar válidamente una competencia, si la ley es inconstitucional el funcionario que la aplica ha actuado sin derecho. Éste era un sistema insuficiente, injusto e inconveniente. Insuficiente, porque generalmente el funcionario no tenía la solvencia necesaria para responder ante los daños. Injusto, porque la aplicación de una ley inconstitucional era obligación del empleado público hasta que se declarara inconstitucional. E inconveniente, porque disuadía a los funcionarios de cumplir estrictamente con sus obligaciones cuando tenía que afectar de esa manera una conducta privada.

En 1946, se dicta la Ley de Demandas de Responsabilidad Extracontractual del Estado (la "Federal Torts Act") que establece la responsabilidad del Estado en aquellos supuestos en que una persona de derecho privado sería responsable. La regla principal dice así: "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 los 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 [...]".

Esta definición tiene varios aspectos que conviene señalar. El primero de ellos es que parte del derecho privado. Es decir, se aplica para determinar la responsabilidad del Estado federal, la ley común (*common law*) del Estado donde ocurrió el acto dañoso.

Sin embargo, existen reglas específicas que se aplican solamente al Estado federal. Así, al requerir la Federal Torts Act que exista un acto negligente o ilícito, ha dado pie a la Corte Suprema para excluir la responsabilidad objetiva del Estado federal. Y ello, aunque por la ley del Estado donde ocurrió el hecho ilícito hubiera existido en tal supuesto responsabilidad objetiva.

Se excluye también a los daños punitivos o multa civil, aunque los prevea el derecho local.

Esta responsabilidad del Estado federal que así se establece tiene, además, diversas limitaciones establecidas expresamente en la *Federal Torts Act*. La más importante de ellas es que no existe responsabilidad del Estado cuando la conducta dañosa se adopta en ejercicio de facultades discrecionales.

Esta locución de *facultad discrecional* ha sido empleada con mucha amplitud por la Corte Suprema norteamericana. El *leading case* es el dramático caso *Dalehite*, que ocurrió en la década de 1940 (el fallo es de 1953), cuando un barco que estaba cargando fertilizantes para llevar a Europa en el marco del plan Marshall de ayuda a dicho continente, después de la guerra, voló y destruyó casi todo el puerto y parte de la ciudad de Galveston. Los daños fueron enormes, como si dijéramos hoy miles de millones de dólares, pero la Corte Suprema rechazó la responsabilidad del Estado federal declarando que el almacenaje de bolsas de fertilizantes (que, como se sabe, pueden ser explosivos por los nitratos que contienen cuando se encuentran mal estibadas) era una actividad discrecional porque estaba enmarcada en un programa de ayuda a naciones extranjeras y debería ser considerada dentro de ese programa, lo que constituía, evidentemente, una decisión discrecional del Estado. Quizás el hecho de que los daños fueran de tal magnitud y la decisión fuera tan cerca de la sanción de la *Federal Torts Act*, llevó a este resultado. No sé si hoy se llegaría a un resultado análogo en un caso como tal.

Hay otros casos interesantes que nos son útiles para ver cómo se analizan en los Estados Unidos problemas que también se dan en Argentina. Así, el caso *Varig*, de 1984, en el que la Corte Suprema, aplicando la misma excepción de la facultad discrecional, rechazó una demanda para responsabilizar al Estado federal por los daños sufridos por los pasajeros a raíz de la falta de control por la agencia reguladora de una aeronave que había sufrido un siniestro. Dijo la Corte que el hacer muestreos para controlar el cumplimiento de las normas de seguridad era una decisión discrecional y que no podía acusarse de negligencia al Estado por haber adoptado esa decisión discrecional en lugar de obligar a la agencia reguladora de la aviación civil a tener un control continuo sobre las aeronaves. El caso es interesante porque en nuestro derecho se plantean supuestos en los cuales se pretende hacer responsable al Estado por falta de control. Así, en materia de entidades financieras, el caso se plantea con relativa frecuencia alegando que el Banco Central no ha controlado debidamente y que, por tal razón, ha permitido que se causen daños al público que ha depositado fondos en la entidad bancaria liquidada.

Antes de demandar, se exige agotar la vía administrativa y aguardar seis meses la denegatoria. No se admite el juicio por jurados y la prescripción es de dos años.

Subsiste al lado de este régimen de la responsabilidad del Estado la responsabilidad de los funcionarios. Ésta se ha agravado por un precedente: el caso *Bivens*, de 1971, donde se responsabilizó a los funcionarios federales por violación de derechos constitucionales. Existe otra forma de acción basada en una vieja ley del año 1871 de derechos civiles, la llamada *acción bajo la sección 1983*, que provoca también la responsabilidad de los funcionarios estatales y municipales por violación de derechos constitucionales.

Todo esto crea un sistema enormemente confuso que la doctrina critica. Si se quisieran señalar algunas tendencias generales, se diría que se va hacia una responsabilidad plena del Estado e inexistente del funcionario, dado que esta última va disminuyendo gradualmente; a punto tal que en California, cuya ley es una de las que más se citan en este sentido, rige la regla de que solo el Estado es responsable y que el funcionario sólo lo es, excepcionalmente, cuando hay fraude, corrupción o dolo que lo involucre. Los Estados Unidos se han dado cuenta de que las acciones de la responsabilidad, el costo de la defensa y las cuantiosas sumas que son establecidas por sentencia, actúan como un disuasivo muy serio para que los funcionarios actúen con

celo en la defensa del interés público. Por ello, han establecido una doctrina de la inmunidad, absoluta o relativa, respecto de los actos que los funcionarios cumplen en ejercicio de sus funciones. Observen ustedes que se trata de inmunidad solamente para actos en ejercicio de sus funciones. No es para la vida privada, como se vio en el caso del reciente Presidente de los Estados Unidos, que tuvo que declarar ante una acusación privada. Pero dentro del ámbito del ejercicio de sus funciones, el funcionario puede tener ya sea inmunidad absoluta, que es la que corresponde a los funcionarios más elevados, como el presidente de la República, los ministros, los fiscales y los jueces; o inmunidad relativa, calificada o restringida, que corresponde a los demás funcionarios federales, quienes no pueden ser enjuiciados a menos que hayan cometido una violación de derechos constitucionales o legales claramente establecidos, que una persona razonable hubiera conocido.

Este aspecto es destacable. En nuestro país, tenemos una tendencia a involucrar al funcionario público en denuncias y querellas ante la justicia penal. Por ello, es interesante comparar la preocupación en los Estados Unidos, que esta jurisprudencia evidencia, por no coartar el celo de los funcionarios mediante juicios de responsabilidad y, *a fortiori*, causas penales.

La vía de la solución judicial no es la única con la cual, en los Estados Unidos, se otorga un remedio a los damnificados por el Estado federal. Existen también las leyes especiales de indemnización de las cuales el Congreso dicta, según un texto de estudio norteamericano, alrededor de ochocientas por año.

El sistema norteamericano es, entonces, un sistema de responsabilidad restringida del Estado, dada esa enorme excepción que es el ejercicio de facultades discrecionales debido a la convicción de que todo ese sector de actividad del Estado, que queda así excluido de responsabilidad, puede ser atendido mejor con decisiones graciables del Congreso el que, a este respecto, funciona sin necesidad de *lobbies* porque el otorgamiento de indemnización constituye una práctica muy habitual: si se considera que hubo un perjuicio especial y situaciones que merecen la reparación, el Congreso normalmente establece el monto y el beneficiario.

Cabe señalar otro aspecto que también es importante: los entes públicos pueden reconocer la responsabilidad, aunque tengan defensas jurídicas para oponer. Están habilitados para reconocer la responsabilidad del ente ante un reclamo administrativo, aunque tuvieran defensas de índole jurídica, si consideran que por razones de equidad corresponde indemnizar. Ésta es la regla opuesta a la que rige nuestro derecho y que ha llevado a eliminar, entre nosotros, el requisito de la reclamación administrativa previa en las demandas por daños y perjuicios contra el Estado.

El panorama se completa analizando el quantum de las sentencias. Yo creo que ése es un aspecto muy difícil de encontrar en los libros de texto y sería muy interesante ver alguna comparación con otros países, porque de nada sirve tener un sistema de responsabilidad del Estado muy generoso en teoría si después el monto de la sentencia es muy reducido. Las sentencias en los Estados Unidos suelen ser importantes. Quizás por ello la renuencia a hacer responsable al Estado de una manera mas amplia. La lectura de los textos indica una actitud prudente en cuanto a la responsabilidad del Estado, y la explicación, justamente, es la posibilidad del damnificado de iniciar un pedido de ley especial si cree que el caso lo merece.

El caso francés es totalmente opuesto. Francia comienza con un sistema de –en la práctica– casi irresponsabilidad del funcionario, a punto tal que hasta 1870 era necesario la autorización del Consejo de Estado para poder demandar al funcionario. Por ello, Tocqueville sostenía, a mediados del siglo XIX, que en realidad lo único que había pasado con la Revolución Francesa es que se mantuvieron las prerrogativas del Rey, pero, ahora, a favor de las autoridades administrativas, y veía por ello con cierto escepticismo el avance jurídico que había provocado la Revolución.

Opinión ésta que toma Dicey, un par de décadas después, en las primeras ediciones de su obra y fija esa actitud, que duró más de medio siglo en Inglaterra, de desprecio hacia el Derecho administrativo pues sostenía que es un derecho violatorio de las libertades por estar en contraposición con el *rule of law* que rige en Inglaterra y que responsabiliza al funcionario por los daños que causa a los particulares sin causa legal.

Pero Francia va mejorando su sistema. En 1870, elimina el requisito de la autorización del Consejo de Estado para demandar al funcionario. Dos años después, en un caso en el que existía falta de servicio y que por ello estaba sometido al tribunal administrativo, se hizo necesario distinguir entre la falta personal y la falta de servicio. La primera, en la cual *hallamos al hombre con sus debilidades y sus vicios*, hace responsable al funcionario ante el tribunal judicial, y la segunda, debida al imperfecto funcionamiento del servicio público, hace responsable a la Administración ante el tribunal administrativo.

Estos conceptos se estudian en nuestros cursos de Derecho administrativo por lo cual no los trataré en detalle aquí.

Existe también el caso de la acumulación de faltas, que se explicó de una manera muy elocuente cuando se dijo que cuando la falta se separa del servicio hay falta personal, pero, si el servicio no se separa de la falta, puede haber acumulación de faltas, o sea, de faltas coexistentes: tal el asesinato cometido por un militar ebrio que evidencia falta personal y, además, por la falta de vigilancia y de control, la falta de servicio. Una gran casuística hace que en este tema sea tan similar el Derecho administrativo francés al Derecho de precedentes del *common law*.

La responsabilidad de la Administración Pública, como tal, dejando de lado la situación del funcionario, se rige por normas propias de Derecho administrativo. Tenemos acá el paralelismo sistema jurisdiccional/derecho de fondo, jurisdicción separada/derecho separado, que es típico de Francia. Y esta responsabilidad del Estado o de la Administración puede ser más o menos amplia que en el Derecho privado según los diversos casos.

En principio, el hecho dañoso debe ser reprobable, debe existir culpa. La responsabilidad por riesgo es excepcional; con lo cual, hay una diferencia con el Derecho Civil en el alcance de ambas reglas.

La responsabilidad por riesgo es, en efecto, solamente complementaria.

Los casos especiales de responsabilidad por riesgo son aquellos de la responsabilidad por obras públicas o cuando hay un riesgo anormal de vecindad (p. ej., los vecinos de un polvorín) o cuando el riesgo es la contrapartida de una prerrogativa que tiene el Estado. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado admitió que la Administración no ejecutase una sentencia de desalojo de unos campos en Argelia que habían sido invadidos por tribus africanas y que la Administración se rehusó a desalojar porque hubiera provocado una guerra civil. En ese caso, se dijo que, aunque no hubiera culpa de la Administración, había responsabilidad del Estado ante la no ejecución de la sentencia. Otro caso es el de perjuicio especial: el diplomático que es obligado a permanecer en su puesto en situación de peligro por orden de su superior. Existe también aquí responsabilidad de la Administración por riesgo, aunque no haya culpa. Son, pues, situaciones especiales que los precedentes franceses han ido creando donde no hace falta la existencia de culpa. Existen también casos de presunción de culpa y eximentes basados sobre la culpa de la víctima o en el caso fortuito o hecho del tercero.

En cuanto a la responsabilidad por acto judicial, fue reconocida con algunas limitaciones por una ley de 1972; y la responsabilidad por la actuación del Poder Legislativo se originó en un precedente, el caso La Fleurette, en 1938. Ella nace cuando existe un perjuicio especial y suficientemente grave, siempre que los intereses protegidos por la ley que ocasiona el daño no

sean preeminentes, como el caso de la salud pública (en ese caso se trataba de una ley que tendía a favorecer a un sector económico en detrimento de otro).

Sería interesante analizar el monto de las compensaciones que se otorgan en Francia. En la revista del Consejo de Estado figuran, por ejemplo, los casos en que se hizo responsable al Estado por la contaminación de ciertos pacientes con sangre infectada con SIDA, a punto tal que se terminó dictando una ley estableciendo un sistema especial para que aquellos que se hubiesen contaminado de SIDA tuvieran un mecanismo sencillo para reclamar. Existen varias otras leyes de responsabilidades especiales que fija el Estado.

Brevísimas palabras sobre el caso de Italia. Allí se da también este paralelismo de sistema jurisdiccional con derecho de fondo, ya que Italia conoce la doble jurisdicción.

Sin embargo, al enviar al tribunal administrativo las cuestiones que versan sobre intereses legítimos y al tribunal judicial aquellas que versan sobre derecho subjetivo, como el tema de responsabilidad extracontractual del Estado afecta derechos subjetivos, han basado la responsabilidad del Estado en el Código Civil que aplican los tribunales judiciales. Su Artículo 2.043 (hablamos del Código de 1942) dice así: "[...] Todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga al que lo cometió a reparar el daño."

Y ésta es la base sobre la que se edifica en Italia la responsabilidad del Estado, si bien con algunas normas especiales que han surgido de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, cuando la responsabilidad emana de un acto administrativo, se presume la culpa del Estado; cuando emana de un hecho, se debe probar la culpa.

Lo que nos puede interesar del caso italiano es la responsabilidad del Estado por afectación de intereses legítimos. Debemos darnos cuenta de que la diferencia en Italia entre el derecho subjetivo y el interés legítimo se debe a la existencia de su doble jurisdicción. Allí, en vez de decidir si el caso corresponde a la justicia administrativa por estar presente un interés legítimo, se invierte el razonamiento, se declara interés legítimo a toda situación en la que se considera conveniente que intervenga el tribunal administrativo.

Por ello, muchas situaciones llamadas en Italia de interés legítimo serían consideradas entre nosotros como derechos subjetivos. Esto es importante recordarlo, porque, cuando queremos aplicar las teorías italianas de derecho subjetivo e interés legítimo o de responsabilidad del Estado por violación al interés legítimo, debemos tener presente el marco especial en el que ellas surgen.

Quisiera agregar que una faceta interesante del derecho de responsabilidad del Estado lo constituye la evolución del Derecho comunitario europeo, ante la decisión de la Corte de Justicia de la comunidad en el caso "Francovich", de 1991, que declaró a los Estados miembro responsables por violación de la legislación comunitaria. Este fallo abrió todo un nuevo panorama de responsabilidad que se superpone con la responsabilidad interna de los Estados miembro. En Europa, la disciplina se ha desarrollado y existen ya libros sobre el tema de la responsabilidad de cada Estado miembro por no respetar la legislación comunitaria.

Vemos, entonces, en este rápido pantallazo, una problemática común a todos los países tratados: existen reglas especiales en todos los casos, partiendo algunas del Derecho privado, por razones institucionales o jurisdiccionales que lo explican, y partiendo en otros casos, como el francés (o el caso español, que no tuvimos tiempo de mencionar, por imitación al caso francés) a partir del Derecho público.

Termino, entonces, con una frase para tranquilizadora: en todos los derechos que hemos visto, hay reglas especiales sobre la responsabilidad del Estado, y, por ello, esta bolilla subsistirá en los programas de Derecho administrativo.