

TESIS DE GRADO  
CIENCIAS JURÍDICAS: ABOGACÍA  
DEPARTAMENTO DE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN  
UNIVERSIDAD FRATERNIDAD DE AGRUPACIONES SANTO TOMÁS DE AQUINO

# Estado y Responsabilidad Pública

---

---

Una visión crítica sobre la responsabilidad  
pública



**Autor: Martín M. de León Prandi**

**UNIVERSIDAD FASTA**  
DE LA FRATERNIDAD DE AGRUPACIONES SANTO TOMÁS DE AQUINO

**Tutor: Ariel Vercelli**

**12/07/2013**

## RESUMEN

Esta tesis analiza el aspecto teórico del Estado y cuáles son los factores a través de los cuales se atribuye responsabilidad, parte de la conceptualización clásica del Estado y la Responsabilidad del mismo a partir de ella.

Estas entidades tienen categorías conceptuales que pueden ser definidas multivocamente. Por ej., que se entiende por “Estado”, que implica la responsabilidad del Estado y cuáles son los mecanismos de seguridad en el Estado.

Al comprender algunas de estas diferencias surgieron las ideas de distinguir al Estado como entidad teórica y como realidad dinámica.

El Estado a través de sus instancias organizativas delega la responsabilidad y propone la seguridad a partir de sus instancias (Nacionales, Provinciales y Municipales) y los agentes correspondientes: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, y la Administración que los corresponde. Estos agentes vehiculizan la “dinámica del Estado”; y cada Estado responde a un modelo o paradigma político que genera una acción y atribución que puede ser reconocida por sus alternativas ideológicas y convicciones jurídicas.

Para dilucidar estas afirmaciones el propósito es analizar, reconocer y comprender cuales son las Responsabilidades Públicas en el Estado Moderno.

Se plantean por ello una serie de preguntas y cuestiones que es necesario reconocer:

¿Qué es la Responsabilidad del Estado? ¿Cuáles son las normas jurídicas que rigen para la responsabilidad del Estado? ¿En qué ámbitos y a quienes se atribuye la responsabilidad del Estado? ¿Es el Estado o sus instancias y representantes quienes responden por él? ¿Qué actos del Estado lo hacen responsable y garante de la seguridad pública?

Concluyendo que el sistema de determinación y atribución de responsabilidad, suele ir a contramano de las necesidades del bien común (ej. La seguridad pública) y de la finalidad propia del Estado, vulnerando derechos y garantías de los ciudadanos.

## ABSTRACT:

This thesis analyzes the theoretical side of the state and what are the factors through which it was responsible, begins with the classic concept of the state and the responsibility of it, from the notion mentioned.

These entities have conceptual categories that can be defined multivocamente. For example the term "State" means the State's responsibility and what are the security mechanisms in the State.

By understanding some of these differences, there were ideas to distinguish the state as a theoretical entity and as a dynamic reality.

The State through its organizational bodies delegates responsibility and proposes security from their bodies (National, Provincial and Municipal) and corresponding agents: Executive, Legislative and Judiciary, and the corresponding Administration. These agents are the vehicles that "energize the state." Each state corresponds to a model or political paradigm and attribution generates an action that can be recognized by their ideological alternatives and legal convictions.

To elucidate these claims the purpose is to analyze, recognize and understand what the Public Accountability in the Modern State.

They therefore pose a series of questions and issues that must be recognized:

What is the responsibility of the state? What are the legal rules governing state responsibility? What areas and those claims responsibility of the state? Is the state or its agencies and representatives who respond to him? What do acts of state guarantees of responsibility for public safety?

Concluding that the system definition and allocation of responsibility are usually counter to the needs of the common good (for example public safety) and the purpose of the State itself, violating rights and guarantees of citizens.

*“La verdad, como la virtud, tienen en sí mismas su más incontrastable apología; a fuerza de discutir las y ventilarlas aparecen en todo su esplendor y brillo; si se oponen restricciones al discurso, vegetará el espíritu como la materia; el error, la mentira, la preocupación, el fanatismo y el embrutecimiento, harán la divisa de los pueblos y causarán para siempre su abatimiento, su ruina y su miseria”.*

## **Agradecimientos**

La presente tesis es, a pesar del largo tiempo requerido para presentarla, fruto de un gran esfuerzo. Adjudicarme pura y exclusivamente el mismo sería no sólo una falacia.

En virtud de ello, y en primer lugar, quiero agradecer a Dios por la enorme disposición de bienes, gracias y. Sin Su Presencia, difícilmente hubiera superado los escollos y vicisitudes a los que como estudiante me enfrente durante el tiempo en que lo fui, no obstante y si El lo permite, seguiré siendo toda la vida.

En segundo lugar a mi familia. En orden: a quienes hoy, como siempre, estuvieron presentes en mi vida. A mi padre que como Policía Federal recto y probo, fue perseguido y atacado por su honestidad, a la que jamás renunció, y que representó un modelo de hombre de Estado, y que por sus méritos y sacrificios El Señor tenga en su Gloria. A mi madre, que se ocupó desde mi nacimiento de educarme y mantenerme en los valores más rectos; que siempre insistió en que la palabra, además de honesta, debe ser amable.

A mi abuela, que Dios también tenga en la Gloria, que se encargó de darme los suficientes gustos y licencias para hacer mi vida mucho más amena.

A mis hermanos. A Diego, por haberme dado cobijo y compañía en mi infancia, y haber sido quién promovió y me dio las herramientas esenciales en el aprendizaje de la profesión liberal; que tuvo la paciencia suficiente de no enojarse con mis errores, y usarlos para darme grandes lecciones de vida. A Juan, con quién compartí mucho de mi adolescencia y mi formación profesional; los debates y contrapuntos, muchas veces exacerbados, son testigo y a la vez fermento de mi.

A mis cuñadas Delia y Paula. A quienes siento como dos verdaderas hermanas; que, perdón de la comparación, son seguramente mis más fieles cancerberos.

A mis cinco sobrinos: Pili, Juan Cruz, Agus, Cata y Facu. A su corta edad ninguno se puede llegar a imaginar lo mucho que representan en mi vida las horas compartidas con ellos fueron sin lugar a duda mucho del combustible para llegar a la meta.

Un lugar especial merece mi novia Sofia. A pesar de haber aterrizado en los días más dolorosos de mi vida, con su juventud, frescura y amor, supo y sabe traer calidez a mi corazón. Si cuando nos conocimos esto era apenas unas carillas e ideas desordenadas, puedo decir sin lugar a duda que además de culminación representa la piedra fundamental de nuestro futuro; gracias. Te Amo mucho, y agradezco a Dios tu presencia en mi vida.

Tíos Gustavo y Sarita gracias por sus muchos cuidados, consejos, apoyo, cobijo durante mi estadía en Buenos Aires.

A mis amigos. De los compañeros un agradecimiento excluyente a tres de ellos súper especiales: Pablito, Mili y Gi. A los tres, a pesar de los encuentros y desencuentros, lugares comunes y abismos abisales, los quiero y atesoro como verdaderos hermanos, y que a través de los años, pudieron superar mis torpezas, mi soberbia y contener mis arrebatos para apuntalarme y ser un buen estudiante, y mejor persona.

De "los no compañeros" Pato, Ivo, Juampi, Fran, Juan Cruz, etc. me proporcionaron no sólo su afecto, apoyo y contención, sino también momentos inolvidables que me ayudaron a atravesar los malos y festejar con más gozo mi vida.

A mis docentes y tutores. Especialmente a Luis Berthoud, artífice de mi crecimiento en la adolescencia y de mi arribo a esta casa de altos estudios, que como pocos confió y confía en mi potencial. Al Dr. Ariel Vercelli que supo comprender mi planteo magistralmente y ayudarme a plasmarlo en la presente tesis, quién además de tutor es amigo.

Finalmente a las dos instituciones Académicas que me dieron cobijo y herramientas para cumplir mis metas. El Instituto Stella Maris Adoratrices que acompaño y acompaña siempre, y a la Universidad FASTA, sus docentes, autoridades y demás trabajadores, por brindarme un ámbito educativo organizado, atento a la dignidad de la persona, enriquecedor y profundamente lleno de conocimiento, que supo entender mis rebeldías, corregir vicios y finalmente nutrir y potenciar virtudes.

Gracias a todos.

## Índice

INTRODUCCIÓN .....	8
CAPÍTULO I .....	13
CAPÍTULO 2 .....	44
CAPÍTULO 3 .....	72
CONCLUSIONES .....	95
BIBLIOGRAFÍA .....	104

# *Introducción*

***“Un hombre con una  
idea nueva es un loco hasta  
que la idea triunfa”<sup>2</sup>.***

---

<sup>2</sup> Samuel Langhorne Clemens, conocido por el seudónimo de Mark Twain (Florida, Misuri, 30 de noviembre de 1835 – Redding, Connecticut, 21 de abril de 1910), fue un popular escritor, orador y humorista estadounidense.

Este trabajo parte del análisis de los fundamentos gnoseológicos del Estado para analizar como el desdibujamiento de su responsabilidad puede entenderse como una de las causas de la crisis social y política.

**Parte de una hipótesis esencial que puede resumirse en las siguientes palabras:**

**“Las problemáticas y crisis sobre el concepto de responsabilidad pública no obedecen a situaciones pasajeras sino que se articulan con el mismo concepto de Estado.**

**Repensar el concepto de Responsabilidad Pública necesita también repensar la finalidad del Estado específicamente en función del Bien Común y la Seguridad Pública, en pos del bien del pueblo”.**

Por ello tiene como objetivo poner en tela de juicio y alentar la discusión respecto al concepto y al rol del Estado Moderno y la responsabilidad de sus agentes, no como mera entelequia sino como un órgano que funciona a partir de sus agentes; para lo cual es necesario comprender la relación entre Estado, bien común, seguridad pública y responsabilidad, procurando dar una explicación de las razones por las cuáles se acusa al Estado de una inoperancia que atenta contra el orden. Es en esto vital el aporte tanto de autores clásicos como modernos (Aristóteles, Santo Tomás, etc.)

El trabajo nos enfrenta con una entidad que históricamente adoptó distintos criterios y paradigmas en su quehacer político, desde el mundo griego al mundo moderno. El Estado surge como el encuadre o la contención de los ciudadanos en la vida pública, basado en la idea de hombre, de cohesión, de coerción, de violencia, de necesidad, de competencias, de justicia, de derecho, de caridad, de legitimidad, de control, etc.

Parte de la consideración del Estado como ente máximo de la sociedad en su conjunto, representante político de la ciudadanía, intérprete de la voluntad colectiva y agente esencial del bien común y la seguridad pública; que organiza su funcionamiento a través de diversos órganos, en los que delega el ejercicio de sus potestades y a través de los cuales expresa su voluntad soberana.

Centramos principalmente la mirada en el Estado moderno en virtud de la vital importancia que los conceptos de bien común y seguridad pública tienen en el mismo. En primer lugar por la importancia trascendental que tiene el primero de los mencionados conceptos, sobre todo para los filósofos y pensadores políticos. En

tanto que el segundo es vital como expresión social y jurídica de la mencionada nación, revistiendo una importancia vital en la actualidad; siendo uno de los temas en vilo para la República Argentina.

Los diversos controles y dispositivos jurídicos que el Estado articula son los mecanismos a través de los cuales el mismo opera en la sociedad y resuelve los problemas, siendo la ley y la administración (ejecutiva y judicial) los principales medios de expresión de la mencionada voluntad estatal.

El ejercicio del Estado no es anónimo, está ordenado por distintas categorías de hombres-políticos que tienen una función asignada o designada por la Constitución de cada Estado, que su pueblo legítima por ej. a través del sufragio en nuestro país. Este vínculo de acción de hombres políticos en el Estado son la garantía de la seguridad pública, la dependencia de bienestar, malestar o peligro de la vida pública, y dicha seguridad depende nuevamente de la acción subjetiva de individuos que frente a cada hecho pueden tomar mecanismos normativos para mantener el orden y la seguridad pública.

El concepto de bien común, entendido como “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección<sup>3</sup>”, y la seguridad pública como materialización jurídica de dichas condiciones marcan la finalidad inherente que justifica la existencia de la entelequia estatal (en el sentido de substancia o esencia); y consecuentemente la de los órganos que el mismo instrumenta (es decir la materialización de dicha esencia) para expresar su voluntad y procurar realizar sus fines.

Más en la práctica social hay falencias, carencias y multiplicidad de equívocos y multívocos que por lo general entorpecen al Estado como entidad en su conjunto. Por eso es que a lo largo de este trabajo queremos resaltar que todo Estado, tanto en su teoría como en su práctica, se encuentra diseñado por y para hombres, ejercido por ellos (o al menos los elegidos gobernantes) y que provocan la dificultad en capturar la esencia de Estado; la existencia de múltiples paradigmas que lo definen y finalmente si se protegen los bienes que se aseguran a través de la seguridad pública.

---

<sup>3</sup>Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Pontificio Consejo de Justicia y Paz. Conferencia Episcopal Argentina. 2010. Bien Común Punto N° 164.

El presente trabajo permite observar como en multiplicidad de ocasiones la responsabilidad Estatal se licua en construcciones normativas, baches burocráticos, errores administrativos, judicialización indebida, adjudicación de responsabilidad a agentes inferiores e irresponsables, plazos extraordinarios y flexibles, beneficios, etc; deviniendo por ende en “irresponsabilidad estatal”.

La variedad de necesidades, problemas y en general situaciones existentes; los diversos factores y vínculos (el crecimiento del empresariado; la diversidad de organizaciones sociales y políticas- gubernamentales y no gubernamentales, la influencia de los medios y la tecnología, etc.) en los que actualmente se desarrolla la gestión de las necesidades propias de la vida pública (en sentido amplio), modifican y complejizan el desarrollo de las actividades propias que se adjudican al Estado.

Lo mencionado en el párrafo anterior se encuentra sin lugar a duda muy poco considerado en la actualidad del desarrollo teórico de las ideas jurídicas, encontrándose la noción de Estado desfasada en relación a su realidad práctica (tal como lo muestran autores como Agustín Gordillo o Adam Przerworski entre otros)

Por eso pensamos que para un adecuado funcionamiento de las instituciones jurídico-políticas es necesario discutir y poner en tela de juicio la concepción actual de Estado (es decir su rol, limitaciones, funciones, etc.) que será la que finalmente representa las bases que brindan fundamento a la responsabilidad del Estado.

Reiterando que es intención de este trabajo generar debate en torno a la teoría que funda la práctica estatal y la determinación de la responsabilidad, no proveeremos una solución sino que simplemente plantearemos y describiremos lo que consideramos los principales problemas y dificultades en torno a los fundamentos de dicha responsabilidad.

El análisis a la luz del derecho, la ciencia política y la doctrina del Estado, permitirá observar el modo en que cuestiones que parecen aisladas se encuentran estrechamente vinculadas, maniatando el funcionamiento de los órganos e imposibilitando la adecuada respuesta por parte del Estado a cuestiones básicas en la coexistencia social.

Esto último trae como consecuencia el cuestionamiento de la estructura entera del Estado que en virtud de las pruebas cotidianas aparenta una preocupante incapacidad para cumplir con su rol, y lejos de promover y desarrollar sus fines, se diluye en un manojito de prohibiciones, restricciones e incoherencias que lo deslegitiman y destruyen.

Diariamente los operadores jurídicos, principalmente los abogados, nos enfrentamos a la crítica social en relación a la incapacidad e ineficacia de los mecanismos legales de resolver los problemas que acucian a la sociedad. Si bien entendemos el reduccionismo simplista que implica endilgar a los operadores jurídicos (jueces, legisladores, abogados, etc.) todos los problemas del Estado, podemos afirmar indubitablemente que es nuestra responsabilidad iniciar la discusión en torno a la reforma teórica y práctica del Estado; dado que ocupamos un lugar de privilegio que nos obliga a aportar medios técnicos para hacer más eficiente la relación entre el Estado y las personas.

La complejidad creciente del vínculo entre el Estado y la sociedad, la enmarañada y confusa interacción entre lo público y lo privado provocan que la noción de responsabilidad en dicho marco sea insuficiente para la coyuntura actual (signada por la globalización política, económica, social, la influencia de los medios masivos, etc.)

A fin de un cabal cumplimiento a la finalidad del presente trabajo el mismo se dividirá en tres partes. En un primer bloque haremos foco en el desarrollo histórico de la noción de Estado y las finalidades que le son inherentes junto con la noción de responsabilidad, concretamente el juego de dicha noción en el ámbito público, para finalmente enunciar y describir someramente las dificultades e interferencias a las que el ejercicio de las facultades públicas se enfrenta.

En el segundo bloque nos dedicamos de lleno al análisis de la responsabilidad del Estado, concretamente la extracontractual, como paradigma del problema del Estado para cumplir con sus finalidades inherentes.

Finalmente, enumeramos las consecuencias fácticas de dicha circunstancia desde un punto de vista neutro (desde lo ideológico) pero valiéndonos de ciertos principios de Doctrina Social de la Iglesia (que trascienden el cuerpo de la tesis) como disparadores de las posibles soluciones.

# CAPÍTULO I

*"La verdadera felicidad social consiste en la armonía y en el uso pacífico de las satisfacciones de cada individuo<sup>4</sup>."*

---

<sup>4</sup> Napoleón I Bonaparte (Ajaccio, 15 de agosto de 1769 – Santa Helena, 5 de mayo de 1821) Militar y gobernante Francés.

## I. COMO LLEGAMOS AL CONCEPTO DE ESTADO

En un primer acercamiento, el Estado, se presenta como una generalidad con valor (axiológicamente entendido) a nivel político que sirve para presentar una modalidad de organización de tipo soberana y coercitiva con alcance social. La idea de Estado reúne los elementos esenciales que asientan los caracteres de la entequeia estatal; esto significa que en el seno del Estado se aglutina a todas las instituciones (lo que la Doctrina Social de la Iglesia da por llamar Asociaciones intermedias) que poseen la autoridad y la potestad para regular y controlar el funcionamiento de la comunidad dentro un territorio.

Es importante destacar que el concepto de Estado confunde tanto a los legos como los autores, formadores y pensadores del derecho: los conceptos de Estado y gobierno no se consideran sinónimos; puesto que los gobernantes son aquellos que, por un tiempo determinado, desempeñan funciones en las instituciones que forman parte del Estado. Además, hay que diferenciar el término Estado de la idea de nación, ya que existen naciones sin Estado y Estados que agrupan a distintas naciones.

Cuando al concepto de Estado se le suma la de ordenamiento jurídico surge la idea de *Estado de Derecho*: El Estado de derecho está formado por dos componentes: el Estado (como forma de organización política) y el derecho (como conjunto de las normas que rigen el funcionamiento de una sociedad); esquema en el cual el poder del Estado se encuentra limitado por el derecho.

Dada la claridad de conceptos y capacidad de síntesis citamos nuevamente a Ferrater Mora:

*“El Estado ha sido tema de reflexión filosófica en casi todos los grandes pensadores, los cuales, en particular desde Platón, han intentado definir su esencia y su misión con respecto al individuo y a la sociedad.*

*En la Antigüedad, el problema del Estado era un caso particular del problema más general de la justicia, y de ahí que tanto en la discusión platónica sobre el Estado ideal como en los escritos políticos de Aristóteles, que reanudan, por otro lado, los temas puestos en circulación por los sofistas, se hable del Estado como la mejor organización de la sociedad, como aquella forma o articulación de los*

*individuos y de las clases que permite realizar en la medida de lo posible la idea de la justicia, dando a cada uno lo que de derecho le pertenece.”<sup>5</sup>*

Vemos entonces que durante la Antigüedad, los filósofos griegos, se plantearon la cuestión desde una observación empírica que dilucidara cual era el modelo paradigmático de gobierno que permitía un orden tal que habilitara al hombre a desarrollarse en el camino de la virtud.

En el planteo Aristotélico, el Estado, surge como una necesidad propia de la naturaleza humana; la noción de Estado de Aristóteles parte de la propia definición misma de hombre, o mejor dicho, de la concepción antropológica que tiene del hombre como “*zoon politikon*” (literalmente animal político), concepto que resume la necesidad esencial del hombre de la sociedad (concretamente la Polis) y consecuentemente de la política como dinámica de la relación humana.

Define así al Estado como una asociación de hombres con un fin:

*“Todo Estado es evidentemente una asociación, y toda asociación no se forma sino en vista de algún bien, puesto que los hombres, cualesquiera que ellos sean, nunca hacen nada sino en vista de lo que les parece ser bueno. Es claro, por lo tanto, que todas las asociaciones tienden a un bien de cierta especie, y que el más importante de todos los bienes debe ser el objeto de la más importante de las asociaciones, de aquella que encierra todas las demás, y a la cual se llama precisamente Estado y asociación política.”<sup>6</sup>*

Finaliza justificando: *La naturaleza arrastra pues instintivamente a todos los hombres a la asociación política. El primero que la instituyó hizo un inmenso servicio, porque el hombre, cuando ha alcanzado toda la perfección posible es el primero de los animales, es el último cuando vive sin leyes y sin justicia. En efecto, nada hay más monstruoso que la injusticia armada. El hombre ha recibido de la naturaleza las armas de la sabiduría y de la virtud, que debe emplear sobre todo para combatir las malas pasiones.<sup>7</sup>”*

Observamos que el Estado surge como un mecanismo de orden.

*“En la Edad Media la disputa sobre la naturaleza del Estado versó sobre todo en torno a la supremacía del Estado sobre la Iglesia o viceversa, entendiéndose por el primero una comunidad temporal e histórica, y por la segunda una comunidad espiritual que se halla en la historia, pero que trasciende de ella. Las teorías de San Agustín y de Santo Tomás de Aquino sobre el Estado, relacionadas con la visión cristiana de la historia, concluyen la inferioridad del Estado respecto a la Iglesia, pero*

<sup>5</sup> Diccionario de Filosofía. Nueva Edición actualizada por la Cátedra Ferrater Mora bajo la dirección de Josep María Terricabras. Editorial Ariel S.A, Barcelona. 1ra Edición Revisada, Aumentada y Actualizada. 1994. Priscilla Cohn Ferrater Mora.-

<sup>6</sup> “Política”. Aristóteles. Libro Primero, Capítulo Primero, Pág. 11.

<sup>7</sup> Op. Cit. 6. Pág. 13.

*mientras que para el primero el Estado es con frecuencia algo malo, para el segundo es un reflejo de la Iglesia, una comunidad que representa los intereses temporales, que debe ser guiada por los fines espirituales de la Iglesia.<sup>8</sup>*

La citada apreciación de Ferrater Morá, si bien real a la luz de la filosofía moderna, no es del todo acertada a la luz de la Filosofía y Doctrina Cristiana. Efectivamente tal como ilustra Ferrater Mora, el Estado tiene en San Agustín un tinte negativo, siendo su origen una conveniencia humana fruto del pecado, más con ribetes que le otorgan particularidades muy concretas.

Si bien las ideas sobre la naturaleza del poder político no están plenamente desarrolladas en la construcción de San Agustín siendo su obra de mayor contenido filosófico-teológico-antropológico, sí encontramos, sin embargo, una clara exposición de la idea de Derecho. San Agustín expone la idea de un orden jerárquico del Derecho que se funda en la ley de Dios. La Ley de Dios es la razón divina, la voluntad que ordenó la naturaleza. En el segundo peldaño, la ley natural. Esta ley natural deriva de la ley divina es aquella impresión que el hombre puede captar de la voluntad inaprensible de Dios. Finalmente encontramos la ley temporal o humana, una cierta razón de orden, mutable según el tiempo y las circunstancias y condiciones del hombre, pero que de ningún modo podría contrariar la Ley Eterna.

La cuestión que nos convoca no escapó al interés de Santo Tomás de Aquino, quién se ocupó de estudiar y sentar las bases de las concepciones Cristianas de Estado y Gobierno, siendo definida la importancia de la ciencia política y sus quehaceres en los ocho párrafos del prefacio de sus "Comentarios de los Libros de Aristóteles" (1272).-

Parte el Aquinate de tres principios fundamentales:

1. *El primer principio que Santo Tomás exige para definir la Ciencia Política emana de una doctrina fundamental contenida en su filosofía de las cosas humanas. En efecto, Santo Tomás inserta en las primeras líneas de su Prefacio "Actus Imitatur Naturam", es decir, las actividades humanas se inspiran para la realización de sus propios fines, en la observación de los procedimientos naturales. Pero añade "El principio de toda producción humana es la inteligencia divina, y ésta deriva, según cierta semejanza, de la Inteligencia, principio ella misma de las cosas naturales".*

---

<sup>8</sup> Op. Cit. 5.

2. *El segundo principio que introduce Santo Tomás, puede resumirse así: "debido a que opera imitando a la naturaleza, el conocimiento humano de las producciones técnicas es a la vez teórico y productivo". Es decir, la teoría y la práctica.*

*Las consecuencias, propiamente políticas, de este principio están en que la comunidad civil, sujeto del orden político, no se presenta ni como un fenómeno físico (un hecho de la naturaleza), ni como un efecto de la voluntad humana (una entidad moral). En realidad, la sociedad consiste más bien en algo intermedio entre estas dos clases: es un hecho físico-moral. Es decir, dependerá, a la vez, pero no bajo el mismo aspecto, de una "Teoría" y de una "Práctica". En otros términos, bien puede afirmarse, que hay dos ciencias en Política: la de los principios y la de su aplicación, las cuales no deben ser separadas ni confundidas.*

*Esto define la existencia de una teoría política propuesta por filósofos políticos y politólogos (del deber ser) con el efecto de la acción de los políticos en su práctica gubernamental (su acción en el Estado).*

3. *El último principio introducido por Santo Tomás es el de la "Totalidad". Este principio afirma "donde existe relación de todo a parte (y sólo en la medida que exista), la parte es para el todo, pudiendo éste disponer de aquella para sus intereses"<sup>9</sup>.*

*Santo Tomás entrega una definición más general de la sociedad cuando dice: "Bien parece que la sociedad no sea otra cosa que un conjunto de hombres reunidos para realizar y perfeccionar algo en común". Es decir, la sociedad es definida como un "Todo" orgánico complejo, integralmente dispuesta en función de la finalidad primera de toda civilización: la educación para el bien común. Un Estado que por cualquier razón no reconozca esta finalidad civilizadora, pierde su razón formal".<sup>10</sup>*

*Escribe Santo Tomás y, en la Suma Teológica, agrega: "Es imposible que el bien común de la Nación vaya bien, si los ciudadanos no son virtuosos, al menos aquellos a quienes compete mandar".*

*Santo Tomás establece que es necesario que los hombres que viven en sociedad sean gobernados por un jefe. Ve en la autoridad el principio del orden y de todo el dinamismo social. Siendo la sociedad una organización de hombres, lo formal*

<sup>9</sup> <http://www.es.catholic.net/empresarioscatolicos/464/1123/articulo.php?id=41211>

<sup>10</sup> Op. Cit. 12

es la estructura política, cuya clave es la autoridad, de la que dimanan las leyes como nervios de la organización; y lo material son los hombres, más o menos infraestructurados.<sup>11</sup>

Pero además, Santo Tomás aclara: "Siendo, pues natural que el hombre viva en sociedad, los hombres necesitan que alguien rija la multitud".

Vemos entonces como para la Doctrina Cristiana de la Edad Media la existencia del Estado emana de los caracteres esenciales de la propia naturaleza humana, siendo una respuesta necesaria a sus íntimas finalidades.

Continuamos el desarrollo con Ferrater Mora:

*"En el Renacimiento se opera un cambio radical en la concepción del Estado; como reacción contra la pretensión de predominio de la Iglesia y como consecuencia de la formación de los Estados nacionales, la filosofía del Estado tiende, como por ejemplo en Maquiavelo, a una exigencia de separación rigurosa del Estado y de la Iglesia, la cual se niega toda soberanía temporal como paso al primado del Estado. Con ello el Estado es desvinculado, por una parte, de su fundamento divino y es decididamente insertado en la temporalidad y en la historia, se enlazan con ello diversas teorías utópicas acerca del Estado ideal—Campanella, Tomás Moro— que, continuando la ruta iniciada por Platón, intentan encontrar una organización de tal índole que sea posible en ella la paz y la justicia<sup>12</sup>."*

Es en los escritos de Maquiavelo<sup>13</sup> donde se utiliza por primera vez en la historia el término Estado (*Stati*) en el sentido político actual del término para referirse a las Tiranías, Principados y Reinados en que se encontraba dividida Europa en los años en que fue redactado "El Príncipe"<sup>14</sup>. Lejos de todo ribete moral, el autor se dedica a elaborar un tratado u opúsculo en el que se explican los orígenes políticos del estado, su sucesión, y los caracteres que los príncipes deben reunir a fin de poder perpetrarse exitosamente en el poder sin ver perjudicado sus *status*. Es esencial en sus escritos la necesidad de separar el Estado de la Iglesia, debido a la incompatible finalidad de ambas instituciones.

Continúa desarrollando Ferrater Mora:

*"Durante los siglos XVII y XVIII predomina la teoría del Estado como pacto, ya sea en cuanto contrato realizado por los hombres para evitar el aniquilamiento final que produciría la guerra de todos contra todos, ya sea como renuncia al egoísmo producido por el estado innatural de civilización, y consiguiente sometimiento a la voluntad general. Paralelamente se desenvuelve la teoría del Estado como comunidad de los hombres libres, los cuales son más libres precisamente porque*

---

<sup>11</sup> Op. Cit. 14

<sup>12</sup> Op. Cit. 5.

<sup>13</sup> Nicolás Maquiavelo (*Niccolò di Bernardo dei Machiavelli*). Florencia 1469.1527.-

<sup>14</sup> Cfr. "El Príncipe". Nicolás Maquiavelo.-

viven en el Estado "según el decreto común"(Spinoza). El Estado es así aquella organización de la sociedad que garantiza la libertad, cuyo fin es, en realidad, la libertad, por la cual se entiende casi siempre la libertad de pensamiento o, mejor dicho, la libertad de profesar una religión sin so-metimiento forzoso a la oficial del Estado. El Estado aparece aquí ya en gran parte como un equilibrio, equilibrio de las distintas sectas religiosas, por un lado, y de las clases por otro".

Se resume el pensamiento de este período, signado por las obras de los ingleses Hobbes y Locke y el francés Rousseau conocidas popularmente como contractualismo.-

Siguiendo con Ferrater Mora:

*"Durante la Ilustración, el Estado es concebido muchas veces, de acuerdo con la doctrina del "despotismo ilustrado", como aquella organización que puede conducir a los hombres por el camino de la razón frente al oscurantismo, las nieblas y las supersticiones del pasado. Para Kant, el Estado debe estar constituido de tal modo que, sea cual fuere su origen histórico, la ley corresponda a una organización establecida por pacto y contrato. La libertad es también el fin del Estado, pero esta libertad no debe entenderse como una arbitrariedad subjetiva, sino como el respeto de la libertad moral de cada uno a la libertad moral del conjunto, hecho posible mediante la ley. Los componentes del Estado son, en cuanto hombres, fines en sí que deben someterse al fin en sí de su moralidad y que no deben ser empleados en ningún caso como medios".<sup>15</sup>*

Las ideas del autor acerca del Estado son desarrolladas principalmente en sus obras: "Metafísica de las costumbres", "La paz perpetua" en las "Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita". En las obras mencionadas Kant define al Estado como "la reunión de una pluralidad de hombres bajo leyes jurídicas", pero aunque esta definición remite a una noción empírica del derecho, no obstante, la teoría del derecho y del Estado en Kant no puede ser considerada, en última instancia, como una teoría positivista. El derecho en Kant al igual que la moral remite a una ley racional-universal.

La doctrina de Kant tiene sus raíces en Rousseau puesto que el nacimiento del Estado remite a un contrato originario a través del cual todos los miembros de la sociedad entregan al pueblo su libertad externa, para recibirla inmediatamente después como miembro de un ente común el pueblo concebido como Estado.

*"En un sentido amplio, la autonomía de los seres humanos es sinónimo de libertad. Los seres humanos son libres en forma a priori, pero para que la libertad de cada hombre no choque con la libertad de los demás se hace necesaria una regulación de éstas, misma que se da a través del derecho. El derecho aparece entonces como normalización de las libertades externas de los individuos. Ahora*

---

<sup>15</sup> Op. Cit. 5.

*bien la coordinación dada por el derecho es institucionalizada por el Estado. El concepto de derecho apunta al de justicia entendida esta como el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad”<sup>16</sup>.*

Aparece así el derecho como normalización de las libertades externas de los individuos, y dicha coordinación en Kant es institucionalizada por el Estado.

El Estado en Kant no es un Estado déspota ni paternalista. La principal labor de este Estado no es crear la felicidad, la cual puede ser entendida de múltiples formas, sino dar lugar a la libertad de todos y cada uno de los miembros del Estado. El Estado tiene entonces como único fin el derecho y este a su vez el de coordinar las libertades de todos según una “ley universal”.

*“El Estado kantiano es un “Estado de derecho”, ya que tiene como función asegurar la observancia del derecho como garantía de los derechos subjetivos de los individuos. Es un Estado que tiene como fin la garantía de la libertad individual. Prima facie, se puede decir que el Estado kantiano es un Estado liberal, en el sentido en que actualmente se utiliza el término liberal, sin embargo, esto no es del todo correcto ya que no se debe olvidar que el Estado es una institución a través del cual el derecho coordina las libertades pero, tanto el derecho como las libertades apuntan a una “racionalidad pura”, son formales y absolutos. El Estado se ocupa de un derecho no utilitarista”<sup>17</sup>.*

Así los derechos subjetivos son en parte la razón del Estado: *“debe [...] permitírsele al sujeto constreñir a cualquiera, con el que surja una controversia acerca de lo mío o lo tuyo referente a dicho objeto, a participar junto a él en una constitución civil”<sup>18</sup>.*

Los derechos subjetivos no van a ser justificados por el derecho sino que ellos son los que justifican racionalmente al derecho. Otra razón de la existencia del Estado viene a ser el deber moral de salir del estado de naturaleza, pues esta salida no es utilitarista sino moral: si los hombres permanecieran en el estado de naturaleza por que por el momento éste no tuviera problemas, *“obrarían injustamente en grado máximo al querer permanecer en un Estado que no es jurídico, en el que ninguno está seguro de lo suyo contra la violencia de los demás”<sup>19</sup>.* Siendo consecuentemente otra de las razones de la existencia del Estado la salida del estado naturaleza.

<sup>16</sup> “El Estado en Kant” Ana Lillia Ulloa Cuéllar (Dra. En filosofía de Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Veracruzana), pág. 2.

<sup>17</sup> Op. Cit. 16, pág. 3.

<sup>18</sup> Kant, “Metafísica de las costumbres”, parte I, 8 (VI), Doctrina del derecho, Ed. Espasa-Calpe, Argentina, 1971, p. 256.

<sup>19</sup> Ibid., parte I, 42 (VI), p, 307-308; parte II, 44, (VI), pp. 312-313

En la descripción de la evolución del concepto de Estado continúa Ferrater Mora:

*“En cambio, la filosofía romántica desarrollada en Alemania al hilo de un violento despertar nacionalista, tiende a identificar la nación con el Estado y a atribuir a éste, como verdadero representante de aquélla, de la comunidad de todos los hombres unidos por un mismo fin, todas las funciones que pudieran corresponder tanto a una clase como a un individuo o a una Iglesia. El Estado es para Hegel el lugar donde el espíritu objetivo, vencida la oposición entre la familia y la sociedad civil, llega a realizarse plenamente. El que rige el Estado debe ser, conforme a la teoría romántica, el representante del "espíritu del pueblo" o "espíritu nacional", el que cumple los fines objetivos planteados por este espíritu. La discusión sobre el Estado se mueve durante casi todo el siglo XIX dentro de los rieles de la lucha entre el individualismo y el colectivismo. En ambos casos es concebido el Estado como un equilibrio, pero mientras para el primero es el equilibrio de la tensión entre las voluntades particulares, para el segundo es el equilibrio resultante de la supresión de estas voluntades, cuya presencia y actuación se suponen nocivas para el Estado”<sup>20</sup>.*

Opera de esta manera un cambio fundamental en la concepción de la persona, de la sociedad civil, y consecuentemente en la noción del Estado y sus fines y funciones:

*“En Hegel la sociedad civil está constituida por individuos independientes a los que, en cuanto sociedad civil, sólo los unen por un lado sus necesidades, especialmente las materiales, y por el otro lado las leyes, el derecho, que pertenece al universo formal del entendimiento, destinado a proteger la seguridad de las personas y la propiedad. Conforman lo que Hegel denomina un Estado exterior, una defensa frente a lo externo. Se interiorizará y superará en el Estado”<sup>21</sup>.*

Es el surgimiento del individuo como individuo, del particular como particular, que es al mismo tiempo universal y lo es esencialmente. En la sociedad civil el universal permanece en la abstracción propia del entendimiento y consecuentemente la sociedad civil, como momento de esta escisión del espíritu, es un momento absolutamente necesario de él.

Queda planteada de este modo la estructura de la sociedad civil:

*“El primer momento, el del universal abstracto, es el momento de la economía. Se trata de la satisfacción de las apetencias que se logra mediante el trabajo, tanto el propio como el de los demás. El trabajo nunca es algo meramente individual, siempre es social. Al buscar mi satisfacción, logro también la de los demás. Sería el tema de la “mano invisible”, pero que sólo es parte de la verdad. Las instituciones, y en especial el Estado, deberán intervenir.*

<sup>20</sup> Op. Cit. 5.

<sup>21</sup> “La filosofía del Estado ético La concepción hegeliana del Estado” Rubén R. Dri (Profesor de Filosofía, Sociología de la Religión y Teoría Política y Social I y II en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA) publicado en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/moderna/cap8.pdf>

*El segundo momento es la atención a la particularidad de la propiedad, sobre la cual debe velar la justicia. Aquí Hegel se refiere al reconocimiento del derecho, por parte de los ciudadanos y de la actuación de los tribunales.*

*El tercer momento es el de la reconquista del universal, ahora más concreto, por parte de la policía, es decir, de la política del Estado vuelto hacia el bien de todos los ciudadanos y el de la corporación como órgano de acción y formación hacia la universalidad del Estado para la clase formal o burguesa, volcada hacia la particularidad”<sup>22</sup>.*

*En Hegel “El Estado es la realidad de la idea ética, el espíritu ético en cuanto voluntad clara, ostensible a sí misma, sustancial, que se piensa y sabe y cumple aquello que sabe y en la medida en que lo sabe. En la costumbre tiene su existencia inmediata, y en la autoconciencia del individuo, en su saber y actividad, tiene su existencia mediada, así como esta autoconciencia, por el carácter, tiene en él cual esencia suya, finalidad y productos de su actividad, su libertad sustancial”<sup>23</sup>.*

Desarrollando un poco más profundamente “es necesario ver el espíritu ético que es el Estado en dos niveles, el de la inmediatez o de las costumbres, el primer momento del ethos, y el de la mediatez, es decir, de la autoconciencia y la acción. El espíritu ético, o en otras palabras el pueblo, se asienta sobre determinadas costumbres, determinados valores vividos en forma inconsciente o subconsciente. Éstos se encuentran profundamente arraigados en el sentimiento. Sobre ellos se elevan el saber y el actuar”<sup>24</sup>.

Finalmente La idea del Estado tiene:

“a) Realidad inmediata, y es el Estado individual en cuanto organismo que se refiere a sí mismo: constitución o derecho político interno.

b) Ella pasa a la relación del Estado individual con otros Estados: derecho político externo.

c) Es la idea universal como género y poder absoluto frente a los Estados individuales, el espíritu que se da realidad en el proceso de la historia universal”<sup>25</sup>.

Finalmente, Marx a partir de su crítica a la obra de Hegel propone una teoría del Estado estrechamente ligada con la teoría general de la sociedad y de la historia que el recaba del estudio de la economía política. Esta teoría le permite dar una interpretación y hacer una crítica del Estado Burgués que le es contemporáneo, pudiendo dividirse su pensamiento en 5 momentos o etapas 1) crítica de las teorías precedentes, particularmente la de Hegel; 2) teoría general del Estado; 3) teoría del

<sup>22</sup> Op. Cit. 21.

<sup>23</sup> Rizzi, Lino 1993 “Eticità e stato in Hegel”, Milan: Mursia Editore, pág. 257.

<sup>24</sup> Op. Cit. 21.

<sup>25</sup> Op. Cit. 23 pág. 259-60.

Estado Burgués en particular; 4) teoría del Estado de transición y 5) teoría de la extinción del Estado.

*“El trastocamiento de la relación entre sociedad civil y Estado operado por Marx respecto a la filosofía política de Hegel marca una verdadera ruptura con toda la tradición de la filosofía política moderna. Mientras ésta tiende a ver en la sociedad anterior al Estado (ya sea el estado de naturaleza de Hobbes, o la sociedad natural de Locke, o el estado de naturaleza o primitivo de Rousseau del Contrato social, o el Estado de relaciones de derecho privado-natural de Kant, o precisamente la familia y la sociedad civil de Hegel) una subestructura, realidad, sí, pero efímera, destinada a ser resuelta en la estructura del Estado en que sólo el hombre puede conducir una vida racional, y por consiguiente a desaparecer en todo o en parte, una vez constituido el Estado, Marx considera al Estado, entendido como el conjunto de las instituciones políticas, en que se concentra la máxima fuerza imponible y disponible en una determinada sociedad, pura y simplemente como una superestructura respecto a la sociedad pre-Estatal, que es el lugar donde se forman y se desarrollan las relaciones materiales de existencia y, en cuanto superestructura, destinado a desaparecer a su vez en la futura sociedad sin clases”<sup>26</sup>.*

Intentando resumir un poco las ideas:

*“El Estado es, en realidad, como señala Ortega y Gasset, un modo o porción de la sociedad; en el Estado quedan potenciadas todas las vigencias sociales, hasta el punto de que “el orden estatal es la forma extrema de lo colectivo”, “el superlativo de lo social”. El Estado, siempre que no pretenda sustituir a la sociedad, se limita a intervenir en ella cuando, dentro de las actividades sociales que han surgido espontáneamente, encuentra algunas que son ineludibles, que deben ser conservadas, mantenidas y ordenadas. La actividad espontánea social queda entonces estatificada, oficializada. Por eso el Estado es, en el fondo, la fijación y determinación de toda espontaneidad social”<sup>27</sup>.*

Aquí el Estado tiene como función propia intervenir en las cuestiones inherentes a la sociedad, actuando sólo en la medida de lo necesario. En el conjunto de las actividades de la sociedad desarrolla, siempre existen algunas que es necesario ordenar, mantener, resguardar. Este sería el rol del Estado, concebido entonces como el que debe determinar fijar todo aquello que surge espontáneamente de la sociedad.

<sup>26</sup> “Ni con Marx ni contra Marx”, Norberto Bobbio, Fondo de Cultura Económica, México 1.999, Capítulo VII “Marx y el Estado” pág. 136.

<sup>27</sup> Op. Cit. 5.

## II. ELEMENTOS DEL ESTADO

Una vez que hemos logrado precisar la evolución histórica del Estado, así como las relaciones esenciales que existen en él resulta posible acceder a sus elementos esenciales.

Podemos afirmar categóricamente que existen una serie de elementos básicos que caracterizan al Estado y nos permiten diferenciarlo de otros sujetos de derecho. Tales elementos pueden ser agrupados, según su naturaleza, en dos categorías diferentes: en primer lugar materiales o sociológicos y en segundo lugar formales o jurídicos.

*“Elementos materiales o sociológicos:*

- 1) *Una Población.*
- 2) *Un territorio definido.*
- 3) *Una organización político-económica.*

*Elementos formales o jurídicos:*

- 1) *La Soberanía Estatal.*
- 2) *El reconocimiento como sujeto internacional.<sup>28</sup>”*

En virtud de que oportunamente los presentes componentes pueden escindirse como obstáculos epistemológicos a la hora de determinar la responsabilidad del Estado en su quehacer, pudiendo ser considerados factores que condicionan la génesis, naturaleza y evolución de la responsabilidad es menester analizarlos con un poco más de detenimiento.

### II. a. POBLACIÓN:

El Estado es una forma específica de organización social de las relaciones, las características que presenten los individuos que forman parte de esa sociedad afectarán las posibilidades y características de la intervención del Estado.

*“Factores como el número, [...] el grado de desarrollo cultural y científico, [...] la cualificación técnica y la capacidad productiva de esa población, [...] su distribución territorial (densidad de población, grado de concentración urbana, etc.), así como sus características psicosociales (valores e ideologías predominantes) [...]*

<sup>28</sup> “Relaciones Internacionales”, R. Calduch, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 1991, pág. 24

*,contribuyen a formar el perfil demográfico y sociológico sobre el que operan las estructuras estatales.<sup>29</sup>*

Determinarán no solo el carácter de la respuesta del Estado, sino además los obstáculos objetivos y subjetivos que serán determinantes en el obrar político del Estado.

## **II. b. EL TERRITORIO**

*El territorio o espacio nacional de un Estado, aunque debe estar claramente definido gracias a una delimitación fronteriza respecto de los estados vecinos, no puede contemplarse como una realidad espacial estática. En efecto, el ámbito geográfico propio de un Estado puede cambiar, ampliándose o reduciéndose, en el transcurso del tiempo.*

*El marco espacial de un Estado lo podemos, a su vez, dividir en tres subespacios con características, regulación y efectos diversos:*

- el espacio terrestre;
- el espacio aéreo;
- el espacio marítimo;

*Respecto del espacio terrestre, el Estado ejerce su soberanía y competencias sobre todo el territorio específicamente delimitado por sus fronteras, y no sólo sobre la superficie terrestre sino también sobre el subsuelo y cuantos recursos mineros y energéticos contenga.[...] este principio general presenta algunas excepciones y matizaciones que conviene dejar bien sentadas<sup>30</sup>:*

En primer lugar, el espacio terrestre de un Estado puede presentar discontinuidades más o menos significativas, por la existencia de zonas terrestres pertenecientes a estados distintos, esta es la situación de los denominados enclaves o exclaves, en segundo lugar la situación de aquellos estados divididos territorialmente por la interposición de un territorio estatal diferente, como por ejemplo el caso de Pakistán entre su independencia en 1947 y su definitiva división en dos estados diferentes (Pakistán y Bangla Desh) en 1971.

Luego la situación de Estados que gozando de la plena soberanía sobre sus territorios conceden unos derechos preferentes de utilización y/o explotación de ciertas parcelas de su espacio terrestre a otros Estados o entidades privadas extranacionales.

En esta segunda situación se encuentran los casos de utilización y establecimiento de fuerzas militares de un Estado en las bases y territorios de otro

---

<sup>29</sup> *Op Cit. 28* pág. 25

<sup>30</sup> *Ibid. 29.*

Estado, ya sea en virtud de arrendamiento de las bases o por simple concesión unilateral del Estado-huésped mediante tratado. Del mismo modo hay que considerar los casos de concesión de licencias de prospección y/o explotación de los recursos mineros o energéticos existentes en el subsuelo de un Estado a compañías extranjeras.

*“Respecto al espacio aéreo, la Convención de París de 1919 establecía en su artículo 1.º la soberanía «completa y exclusiva» de todo Estado sobre su espacio aéreo atmosférico.*

*Este principio ha permanecido incólume en las décadas posteriores, concediendo a los estados total facultad de control de sus respectivos espacios aéreos, sólo susceptible de limitarse mediante acuerdos expresos entre dos o más estados. A diferencia de la soberanía estatal sobre los espacios marítimos que presenta una serie de limitaciones jurídicas derivadas del Derecho Internacional constitutivo o convencional, la Convención Aérea de Chicago, firmada el 7 de diciembre de 1944, terminó consagrando este principio a pesar de los intentos de Estados Unidos por introducir las denominadas «cinco libertades del aire» como (imitaciones generales a la soberanía aérea estatal.*

*El hecho de que estas libertades no fuesen aceptadas de forma genérica sino a través de acuerdos específicos entre cada Estado, contribuyó significativamente al reforzamiento de la soberanía territorial de los estados en detrimento del desarrollo de la aviación civil internacional.*

*Por último, el espacio marítimo completa el marco espacial en el que se desarrolla la soberanía y los poderes del Estado. Los cambios acaecidos en la regulación jurídica internacional sobre el espacio marítimo, a la luz de la citada Convención de 1982, nos permiten sintetizar el espacio marítimo de los estados en cuatro zonas o ámbitos espaciales distintos: 1º El mar territorial: Está integrado por las aguas y el espacio comprendido en las 12 millas marinas contadas a partir de las líneas de base de la costa. En el mar territorial la soberanía estatal es plena con algunas limitaciones generales establecidas con carácter excepcional, como por ejemplo el derecho de paso pacífico de buques de cualquier Estado por dicho mar territorial.*

*2º La zona contigua: Espacio marítimo que prolonga hasta 24 millas marinas las competencias y soberanía del Estado ribereño de forma cualificada para ciertos fines, como, por ejemplo, persecución y represión del contrabando, derecho de inspección fiscal y aduanera, etc. 3º La plataforma continental: A la que ya nos hemos referido con anterioridad. 4º La zona económica exclusiva: Formada por un espacio marítimo de 200 millas marinas, coincidente por término medio con la plataforma continental, en cuyas aguas el Estado ribereño goza de un derecho de explotación económica de sus recursos vivos o no. La zona económica exclusiva concede, por tanto, la soberanía y competencias de utilización, ordenación y explotación de los recursos y materias naturales existentes en las aguas que se sitúan por encima de la plataforma continental (pesca, producción de energía por movimientos de las mareas, establecimiento de instalaciones y estructuras de*

*exploración o explotación económica de los fondos, etc.).El conjunto de estas cuatro zonas constituyen, por tanto, el ámbito espacial marítimo de los estados ribereños<sup>31</sup>.*

## **II. c. LA ORGANIZACIÓN POLÍTICO-ECONÓMICA**

Los mencionados hasta aquí representan los “elementos materiales” sobre los que se asienta la existencia del Estado. El territorio, y sus diversas divisiones, son el ámbito real (desde lo físico) sobre el que el Estado manifiesta su voluntad. Sin embargo existen otros elementos que caracterizan al Estado, tan esenciales como los mencionados anteriormente, el cual también podemos categorizar como material.

*“Junto a la población y el territorio, el tercer elemento material que nos permite definir al Estado, en su calidad de actor internacional, es la organización político-económica. Por lo general, los autores hacen referencia exclusiva a la organización política representada por el gobierno del Estado, pero aun cuando esta fórmula de identificación entre Gobierno y Estado es cuestionable, lo verdaderamente significativo es el hecho de que tales autores olvidan el alcance que las relaciones económicas y su institucionalización en ciertos órganos posee para la comprensión del Estado y de su responsabilidad”<sup>32</sup>.*

En efecto, junto a las múltiples y tradicionales distinciones entre los Estados de su organización jurídico-política se sobrepone otra distinción, no menos significativa, a tenor de las estructuras económicas estatales y de su grado de desarrollo (estados de economía de mercado o capitalistas y estados de economía planificada o socialistas; estados desarrollados y estados subdesarrollados).

El análisis de los elementos del Estado implica, además del conocimiento de las formas específicas de organización política y económica, un estudio profundo del papel desempeñado por ciertos órganos cualificados del Estado, especialmente de la administración, y el juego de las diversas instituciones estatales y no estatales en la dinámica que genera la responsabilidad.

## **II. d. LA SOBERANÍA DEL ESTADO**

Finalmente el último elemento material, y probablemente aquél que distingue al estado del resto de las personas jurídicas, por la cantidad y calidad de poderes y obligaciones que implica es la soberanía.

La palabra soberanía deriva del latín “super amus” que significa Señor Supremo. *“La soberanía es sinónimo de poder, superior a cualquiera, inalienable e imprescriptible. Es posible identificarla como una cualidad del Estado, aunque no*

---

<sup>31</sup> Op Cit. 28 pág. 26-27

<sup>32</sup> Op Cit. 28 pág. 27

como un término estático. La soberanía es el carácter supremo de un poder supremo, en el sentido de que dicho poder no admite a ningún otro por encima, ni en concurrencia con él”.<sup>33</sup>

*“... en términos estrictamente jurídicos, podemos definirlo con Gonidec como la exclusividad, autonomía y plenitud de la competencia del Estado.*

*La exclusividad de la competencia significa que únicamente aquellas autoridades y órganos facultados por el ordenamiento jurídico-político como representativos del Estado gozan de la cualificación para ejercer las competencias habitualmente reconocidas a todo Estado, tanto por el ordenamiento interno como internacional. A tenor de este principio, cualquier otra entidad, grupo social o individuo perteneciente a un Estado se encuentra incapacitado para actuar, obligando en términos jurídicos y políticos internacionales en nombre del Estado, más allá del Gobierno o de los órganos de la Administración estatal.*

*La autonomía de la competencia viene a representar la absoluta y total libertad de decisión atribuida a los órganos estatales, libertad de decisión que no reconoce más condicionamientos y limitaciones, al menos desde la perspectiva jurídica, que aquellos asumidos por el propio Estado a través de sus representantes. Acorde con la autonomía de la competencia, entendida como facultad o derecho de todo Estado, se encuentra la obligación de no intervenir en los asuntos internos de los estados, reconocida en el artículo 2.6 de la Carta de las Naciones Unidas.*

*Por último, la plenitud de la competencia supone el explícito reconocimiento de que ningún tema, cuestión o campo de actuación permanece excluido de la acción o intervención estatal. Con ello se reconoce una primacía del Estado, respecto de cualquier otro grupo social interno o internacional, para asumir las funciones de actuación, regulación y control respecto de las diversas relaciones que surgen tanto en el ámbito de su jurisdicción interna.<sup>34</sup>”*

Desde luego, el principio de la soberanía estatal, considerado en términos jurídico-políticos constituye uno de los elementos más significativos del Estado y, por la misma razón, debe ser abordado de una forma histórico-dialéctica al igual que la propia realidad estatal de la que participa.

Decimos esto puesto que así como la noción de Estado la de soberanía, a través del tiempo, ha mutado de modo trascendente. Es necesario en los tiempos que corren evaluar y re-significar el alcance, las implicancias y consecuencias de la noción de soberanía.

Señalamos esto puesto que desde finales del siglo XX, y radicalmente desde el inicio del siglo XXI se comenzaron a sentir con más fuerza los efectos de la globalización; muchos hechos de relevancia social, política y económica trascienden las fronteras de los países en los que ocurren, afectando a otros incluso a una gran distancia, demostrando una creciente interdependencia estatal que obliga a

<sup>33</sup> “Teoría General del Estado”, R. Carré de Malberg. UNAM-FCE. México, 1998. Pág 81

<sup>34</sup> Op Cit. 28 pág. 28

cuestionarnos la noción de soberanía estatal, al menos en los términos en que fue planteada durante el siglo XVIII y XIX.

La cabal comprensión histórica de la noción de Estado, su evolución y adaptación a las diversas realidades, y el estudio de las mismas a la luz de la realidad actual permitirá la evolución dialéctica (al menos en términos Hegelianos) puesto que permitirá la superación de cuestiones obsoletas que afectan el adecuado funcionamiento del Estado.

### **III. PRINCIPALES ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL**<sup>35</sup>

#### **1. EL PRESIDENTE DE LA NACIÓN**

El Presidente de la Nación es sin duda el funcionario más importante de la administración nacional. El Presidente es quien de acuerdo con la Constitución expresa la voluntad del Poder Ejecutivo, frente a los demás sujetos de derecho, por intermedio de decretos que deben ser refrendados por los respectivos ministros del ramo, requisito sin el cual sus actos carecen de eficacia.

En el siglo XX la Argentina ha pasado por varios períodos de desdibujamiento constitucional, los cuales representaron una excepción a la normalidad, pero en conjunto quizás apuntan a una tendencia: la pérdida de estribos en el ejercicio de las atribuciones del Poder Ejecutivo. La primera década del siglo XXI, ha sido rica en experiencias inéditas en la historia argentina en cuanto a la figura presidencial.

#### **2. EL JEFE DE GABINETE**

La Reforma Constitucional de 1994 quiso, a través de diversos mecanismos institucionales, limitar el centralismo del Poder Ejecutivo argentino y, para ello, optó por crear la figura del Jefe de Gabinete, con supuesta mayor responsabilidad parlamentaria y supuesta mayor autonomía. Nada de eso ocurrió en la práctica.

*“El Jefe de Gabinete no será un organismo de control si lo designa y remueve un Poder Ejecutivo cuyo partido gobernante tenga mayoría de votos asegurada en el Congreso. Incluso careciendo de ella, con todo, no ha nacido entre nosotros interés por una alternativa distinta de manejo del poder. Sin embargo, en tanto división real*

<sup>35</sup> Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General”. Agustín Gordillo. Buenos Aires, Editorial F.D.A, 2009. Capítulo XII. Pág. XII-23.36.

*del poder, puede al menos en teoría dar lugar a una bipartición de funciones como la que a veces ocurre entre ministros “fuertes” y el Presidente de la Nación.*

*Informes al Parlamento. El art. 101 de la Constitución nacional establece la obligación del Jefe de Gabinete de concurrir cada mes alternativamente a cada una de las cámaras a informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de la pre-existente facultad de interpelación a todos los ministros conforme al art. 71.*

*Voto de censura al Jefe de Gabinete. El mismo art. 101 faculta al Congreso a remover al Jefe de Gabinete por un voto de censura con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras”.*<sup>36</sup>

### 3. MINISTROS Y SECRETARIOS DE ESTADO

Los Secretarios de Estado “firman” los decretos del Poder Ejecutivo, pero sólo el Ministro respectivo los “refrenda,” por lo cual un Decreto que no tuviera firma del Secretario, pero sí el refrendo ministerial, sería válido. Los Secretarios no tienen jerarquía ministerial ni podrían tenerla: son inferiores jerárquicos del Ministro respectivo. Con todo, la orientación administrativa prefirió reconocerles tal “jerarquía ministerial.” En base a tal supuesta falta de relación jerárquica entre el Ministro y el Secretario es que se ha entendido, p. ej., que la tramitación de un recurso jerárquico por el que se impugna un acto del Secretario debía efectuarse ante este mismo y no ante el Ministerio respectivo, con violación entonces no sólo del sistema constitucional y legal sino también de la garantía de que el proceso se tramite ante un funcionario imparcial.

Antes de la reforma de 1994 era frecuente que las leyes de ministerios previeran que las eventuales funciones de los Secretarios se les asignaran por decreto, sin perjuicio de las facultades que los Ministros podían por otra parte delegarles. Así, el origen de las competencias de los Secretarios y Subsecretarios era de orden reglamentario, en tanto que las competencias ministeriales eran constitucionales y legales; por lo demás al ser creados dentro del ámbito de cada Ministerio y a propuesta de éste, se encuentran subordinados jerárquicamente al respectivo Ministro.

### 4. EL PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN

Merece una consideración especial el caso del Procurador del Tesoro de la Nación, funcionario “con independencia técnica” que tiene jerarquía de Ministro

---

<sup>36</sup> Op. Cit. 35 Pág. 24.

dentro del ámbito de la Presidencia de la Nación, a quien la ley da funciones consultivas de especial naturaleza y además atribuciones para decidir ciertos conflictos administrativos. En buenos principios, al tener jerarquía de Ministro debiera asistir a las reuniones del gabinete de ministros.

La importancia del Procurador del Tesoro de la Nación no ha perdido jerarquía teórica ni práctica, pues ha de prestarse atención a que en realidad estamos ante un cuerpo de fuerte tradición colegiada, cuya tradición más que centenaria, la seriedad y continuidad de su doctrina, le han conferido un status relevante en la administración nacional.

*El Procurador del Tesoro es también Director General del Cuerpo de Abogados del Estado, que comprende a todos los organismos de asesoramiento jurídico de la administración nacional y en tal carácter “sienta normas de interpretación y aplicación de las leyes y sus reglamentos, las que serán obligatorias para los abogados que forman el cuerpo.” Ello crea la particular situación de que si bien el dictamen de la Procuración del Tesoro no obliga a los funcionarios que deben decidir, sí obliga en cambio a los abogados integrantes del Cuerpo, que deben dictaminar de acuerdo con su criterio. La solución es loable y ha contribuido en gran medida a la creación de poco menos que una jurisprudencia administrativa, de gran valor constructivo y práctico en la administración pública, que no solamente es invocada por la doctrina nacional de derecho administrativo sino también, en ocasiones, por la propia jurisprudencia judicial.*

*Además de esa función asesora y rectora de los dictámenes de todas las direcciones de asuntos jurídicos, la Procuración del Tesoro de la Nación ha recibido también atribuciones para decidir controversias entre entes descentralizados, incluso empresas del Estado y entidades autárquicas nacionales, sea entre ellas o con la administración central. Esa facultad se aplica a reclamos sobre reparación de daños y dentro de ciertos montos. La Constitución de 1994 torna inaplicable, de pleno derecho, igual facultad que también tenía respecto de la Ciudad de Buenos Aires; por supuesto, ella no es tampoco extensible a las autoridades administrativas independientes de la Constitución. Por último, cabe mencionar que sin su dictamen no pueden celebrarse los contratos de crédito externo<sup>37</sup>.*

## **5. DIRECCIONES GENERALES Y NACIONALES**

Dentro de la organización administrativa nacional existen cargos denominados “Dirección General” o “Dirección Nacional,” que se caracterizan por constituir la más alta jerarquía administrativa, o sea, meramente técnica y desprovista de factor político: son funcionarios que gozan de estabilidad y que no pueden ser removidos sino por las causas que la ley establece, igual que los demás funcionarios estables.

---

<sup>37</sup> Op. Cit. 35 Pág.-25.

*“A su vez, dentro del total de las Direcciones Generales o Nacionales cabe destacar los supuestos en que han sido reguladas por una ley expresa, que les otorgan específicamente facultades. En estos casos nos encontramos frente a un órgano de la administración pública que tiene una competencia propia, desconcentrada, sin separarse por ello de la administración central; no es un ente descentralizado. Algunos de estos son la Dirección General Impositiva y la Administración Nacional de Aduanas, —unificadas en 1997 en la Administración Federal de Ingresos Públicos, AFIP— que tienen atribuciones para adoptar resoluciones sin necesidad de delegación administrativa. A pesar de sus amplias facultades, están de todos modos bajo la jerarquía del Poder Ejecutivo y de los Ministros y Secretarios respectivos.*

*En general, a diferencia de otros tipos de organización burocrática, la jerarquía que aquí tratamos tiene algunas peculiaridades: el superior puede dar instrucciones generales, pero no órdenes particulares, concretas, acerca de cómo resolver un asunto específico de los que entran dentro de las atribuciones desconcentradas; una vez dictado un acto por el órgano desconcentrado, el superior puede de oficio o a pedido de parte revocarlo, reformarlo o sustituirlo, pero sólo por razones de legitimidad (no de mera oportunidad o conveniencia); esas razones de legitimidad se limitan, por lo demás, existiendo procedimientos reglados especiales, al contralor de la “manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación de derecho” y todo ello siempre que no se lesionen derechos adquiridos. Tampoco tiene, a nuestro juicio, facultades de avocación”.*<sup>38</sup>

## **6. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES. EL DEFENSOR DEL PUEBLO**

Tiene como función “la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.” (Art. 86 de la Constitución Nacional.) Las constituciones provinciales han seguido el ejemplo nacional, aunque a veces existen conflictos con la designación concreta de los respectivos sucesores y son también frecuentes los conflictos derivados de la resistencia del Poder Ejecutivo a reconocerle o cumplirle las recomendaciones que realiza en sede administrativa. Esas dificultades, con todo, son la más plena prueba de la importancia y necesidad de su existencia y funcionamiento.

*“Hay dos tipos de derechos controlados y dos clases de sujetos pasivos del control que ejerce el Defensor del Pueblo, que se vinculan asimismo con la existencia o no de acciones colectivas para el ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo de la Nación en sede judicial.*

---

<sup>38</sup> Op. Cit. 35 Pág.26

*Derechos tutelados y órganos controlados. El art. 86 incluye la protección no sólo de los derechos subjetivos (los de la Constitución y de los pactos), sino también de los derechos de incidencia colectiva: así, los referidos al medio ambiente del art. 41; los de los usuarios y consumidores en el art. 42 y, especialmente, los de los usuarios bajo condiciones monopólicas o de exclusividad. Esto último fue discutido jurisprudencialmente durante bastante tiempo, pero parece ahora reafirmarse la buena doctrina<sup>39</sup>.*

A su vez, el control que ejerce no sólo se extiende sobre los órganos de la administración, sino sobre todo sujeto que ejerza funciones administrativas públicas en sentido amplio, comprendiendo p. ej. a los prestadores de servicios públicos.

*“Legitimación procesal. Además, “El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal,” lo que lo habilita para impugnar ante la administración (reclamos, recursos, denuncias) y la justicia en cualquier competencia dentro de la jurisdicción nacional (o sea ante la justicia procesal administrativa, civil, comercial, penal) tanto como parte actora civil o contencioso administrativa, o como parte querellante en sede penal; en la justicia supranacional, iniciando el proceso ante la CIDH. En ese múltiple carácter puede demandar, querellar, recurrir, reclamar, denunciar, los actos, hechos u omisiones lesivos a los derechos y garantías mencionados, y no sólo los de base constitucional o de pactos supranacionales, sino también los de origen legal o reglamentario. Su legitimación procesal no se limita al ámbito nacional, pues puede también presentarse ante los órganos o tribunales supranacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Así lo hizo ante una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazando su pedido de pronto despacho en materia de jubilaciones; su presentación ante la Comisión bastó para que, poco después, la CSJN resolviera Chocobar 1.*

*En una acción de amparo colectivo iniciada en el año 2009 por el Defensor del Pueblo de la Nación contra aumentos tarifarios de energía eléctrica que en algunos supuestos superaban el 300% o 400%, la primer instancia federal le negó legitimación, conforme algunos precedentes. No obstante, la Sala de ferias revocó el fallo y en su consecuencia el magistrado de primera instancia dictó una medida cautelar de alcance universal, para todos los usuarios del servicio eléctrico federal. Ello muestra otro aspecto del recomienzo de la vigencia de las instituciones y en suma del Estado de Derecho o el rule of law. En suma, los derechos de incidencia colectiva, tutelados también a través de las asociaciones no sólo por el amparo del art. 43, sino también por la ley de defensa del consumidor, tienen también tutela colectiva a través del Defensor del Pueblo de la Nación y la justicia. Esta tendencia se ve confirmada y aumentada por el fallo de la CSJN in re Halibi, 24 de febrero de 2009, donde una vez más se estableció el efecto erga omnes en la sentencia del amparo colectivo. La ajustada mayoría, en este aspecto, del fallo recordado, hace prever que en el corto plazo se irán produciendo progresivos ajustes de la exacta mecánica del alcance colectivo de la sentencia del amparo colectivo. Pero el paso fundamental está una vez más claramente dado por la CSJN, lo que comporta un nuevo significativo avance institucional, en un medio no precisamente favorable a dichos cambios, en el ámbito político. Es pues una situación particularmente*

---

39 Op. Cit. 35 Pág.27

*compleja, que esperamos se resuelva progresivamente hacia la renovada vigencia del ahora reducido Estado de Derecho”.*<sup>40</sup>

Carácter genérico o puntual de su intervención. Desde luego, lo que el Defensor del Pueblo debe procurar es la corrección de los sistemas o mecanismos, normas o regulaciones, prácticas o costumbres, que por su carácter genérico sean las causantes de las violaciones concretas y particulares. Más que su actividad en la solución de controversias individuales, interesa entonces a la colectividad que ellas le permitan detectar el disfuncionamiento sistemático de las administraciones o de los licenciatarios o concesionarios de servicios públicos. Una vez halladas, su labor es contribuir a corregir las causas de esos problemas y superar las fallas generalizadas del sistema, antes que atender principalmente a la superación de las consecuencias puntuales, en algún caso, de la violación generalizada.

De todas las modificaciones institucionales introducidas por la Constitución de 1994, ésta ha probado ser la más resistente al embate político y por ende la que mejor ha podido cumplir su finalidad, no obsante todas las dificultades que ha debido sortear a través de los años y distintos titulares.

## **7. LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Dependiente del Poder Legislativo tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de la administración pública centralizada y descentralizada, y por ende, de los servicios concedidos o licenciados que están a su vez controlados por la administración: mal puede controlarse a los entes reguladores descentralizados, en el caso, si no se controla la actividad de los que ellos deben controlar. Este doble control de la auditoría en nombre del Poder Legislativo es el *quis custodiet, custodia* que permitirá saber si los entes reguladores ejercen adecuadamente su propia función de contralor de ellos. Es el sistema de dobles o múltiples controles.

*“Yendo al fondo del ejercicio del control, cabe apuntar que si eventualmente la Auditoría General de la Nación se dedica a perseguir, como antaño el Tribunal de Cuentas de la Nación.*

*Lo mismo si siempre investiga el pasado en vez de prevenir el presente y futuro, o si dedica su atención a las causas menores y descuida las faltas mayores del presente. Para que su contralor sirva deberá procurar detectar: a) las fallas sistemáticas y generales, b) las normas y reglamentos que las sustenten, c) las grandes operaciones en perjuicio del Estado o de los usuarios, que transgredan los principios jurídicos de eficiencia y equidad impuestos por el art. III inc. 5° de la CICC107 y d) también deberá hacerse cargo de la investigación del enriquecimiento*

---

<sup>40</sup> *Op. Cit.* 35 Pág.-28-30

*doloso, público o privado, que el art. 36 de la Constitución nacional iguala al delito de los infames traidores a la patria*<sup>41</sup>.

## **8. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA.**

El segundo párr. del inc. 4º del art. 99 de la Constitución nacional menta la creación del Consejo de la Magistratura, cuya integración y funciones regula esquemáticamente el art. 114 y desarrolla la ley 24.937, modificada por la ley 26.080 en el sentido de darle preeminencia al poder político, en forma claramente incompatible con el sentido del precepto constitucional. Si bien el art. 1º de la ley 24.937 señala que el Consejo de la Magistratura es un órgano del Poder Judicial, pensamos que su necesario control judicial suficiente y adecuado importa considerarlo, en rigor, una autoridad administrativa independiente y no una parte del Poder Judicial; por eso resulta inconstitucional someterlo nuevamente al poder político, como ha hecho la ley 26.080.

*“El espíritu de la norma es claro en cuanto a instituir un órgano de contralor independiente, que debe tener “equilibrio,” en otras palabras, virtual igualdad, entre a) los representantes de los órganos políticos resultantes de elección popular (Poder Ejecutivo y Legislativo, por una parte), b) los jueces de todas las instancias (segunda categoría de integrantes, que no puede quedar librado a la designación sino que debe resultar de elección), c) los abogados de la matrícula (tercer categoría, en la cual deben estar representados la mayoría y minorías de dicho cuerpo) y d) otras personas del ámbito académico y científico (cuarta categoría.) El Consejo de la Magistratura hace las propuestas vinculantes Poder Ejecutivo para que éste eleve al Senado las ternas preparadas por el Consejo para los demás tribunales. Dichas ternas deberán ser tratadas en audiencia pública en el Senado, a fin de resolver si se otorga o no el acuerdo.*

*En cualquier caso, y al igual que en lo referente a los representantes de los usuarios y consumidores en los entes reguladores de servicios dados en monopolio o exclusividad, nos parece más acorde con el sentido de la norma constitucional que los particulares que integren dicho Consejo no adquieran con ello la condición de funcionarios públicos, para mayor independencia en el ejercicio de su función*<sup>42</sup>.

## **9. EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO.**

El Poder Judicial de la Nación es el pilar básico de sistema de control de la administración y dado que esa función puede ser bien o mal ejercida, la Constitución ha querido establecer un sistema de control del ejercicio de la actividad judicial que sea más ágil que el juicio político.

---

<sup>41</sup> Op. Cit. 35 Pág.32

<sup>42</sup> Op. Cit. 35 Pág.33

*“De acuerdo a la remisión que el art. 115 hace al art. 53, los jueces y camaristas pueden ser removidos por las mismas causales que el Presidente y Vice, Jefe de Gabinete, Ministros y Jueces de la Corte Suprema: No sólo por delito en el ejercicio de sus funciones y crímenes comunes, sino también por “mal desempeño” de la función, p. ej., incumplir el orden jurídico supranacional.*

*A título de ejemplo, será mal desempeño de la función el defectuoso cumplimiento de las demás funciones que la nueva Constitución les impone. Básicamente, se trata de su deber de tutela de los derechos individuales frente a la administración y los particulares en los supuestos de los arts. 41 y 42.*

*Así, el 41 en la protección del ambiente, el 42 en la protección de los derechos e intereses económicos del usuario de los servicios públicos actuales y futuros, con más las que impone el art. 36 en materia de enriquecimiento ilícito doloso de funcionarios y particulares; también el 43 en los cuatro medios de tutela que determina operativamente y los demás derechos del Pacto de San José de Costa Rica y otros tratados internacionales: La protección de la intimidad y el honor en el derecho de rectificación y respuesta para la defensa del individuo contra las empresas de medios de prensa, la no discriminación, la aplicación rigurosa de la Convención Interamericana contra la Corrupción, etc.”<sup>43</sup>.*

Conviene recordar, una vez más, que la vinculación que dicha convención efectúa entre diversos delitos como lavado de dinero, narcotráfico, terrorismo, corrupción, etc., llevan indefectiblemente a su futuro juzgamiento como delitos de lesa humanidad, por ende imprescriptibles. Su tratamiento futuro no puede diferir en este aspecto del que se está otorgando hoy en día, con toda razón, a los crímenes de lesa humanidad de los jefes del último régimen militar.

## **10. EL MINISTERIO PÚBLICO.**

La independencia del Ministerio Público, que promueve entre otras materias las causas penales por enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y particulares, es desde 1994 materia regulada en forma operativa por la Constitución.

*“Si bien se justificaba la independencia de los fiscales en el ejercicio de su ministerio público, una vez establecido en la Constitución que son independientes de la administración, poco importa ya dilucidar si integran el Poder Judicial o son otras autoridades administrativas independientes. La importancia de esta independencia se advierte en que sólo así pueden intentar hacer verdad la equiparación que realiza el art. 36 entre la corrupción y la traición a la patria, tanto que el enriquecimiento doloso provenga de funcionarios públicos o de particulares. Hay mucho que aprender del derecho comparado, especialmente el norteamericano, pero independientemente de que se dicten o no leyes tales como la Foreign Corrupt Practices Act, la acción Qui tam, etc., de todos modos el Ministerio Público tiene una función tutelar esencial en la democracia, sobre todo con las obligaciones internacionales que le imponen tanto la Convención Interamericana contra la*

---

<sup>43</sup> Op. Cit. 35. Pág. 35

*Corrupción como la Convención Internacional contra el Soborno Transnacional y el lavado de dinero (ley 25.319) y algunos de sus efectos en materia de jurisdicción*<sup>44</sup>.

### III. b. SÍNTESIS.

Como podemos observar la voluntad del Estado (o expresión de su soberanía) y la consecuente relación con los diversos actores sociales (personas, sociedad y organizaciones, otros Estados, etc.) se dinamiza y expresa a través de un sinnúmero de órganos (que se encuentran, tal y como se expresa la Doctrina, tanto dentro de los poderes como fuera de ellos).

La comprensión adecuada de dichas expresiones y relaciones, su adecuación al ordenamiento legal, su efectividad, y su ordenamiento a los fines del Estado, y la repercusión de dichas circunstancias son esenciales para comprender la relación entre Estado y sociedad civil, y consecuentemente la noción y responsabilidad pública.

A continuación presentaremos la noción de Agentividad, en oposición a la de burocracia, como posible paradigma para comprender y entender el vínculo Estado-Sociedad para reducir las lesiones de las libertades individuales, el aumento de la participación de las personas, etc.

### IV. AGENTIVIDAD.

La conformación de los diseños institucionales o gubernamentales como hoy los conocemos ha conllevado variadas discusiones, las mismas se han dado principalmente en torno a las problemáticas derivadas de la necesidad de coerción que implica cualquier forma de gobierno

De estas discusiones surge una pregunta fundamental, que podría resumir la intención de la presente tesis (poner en discusión el rol del Estado) la que se plantea del siguiente modo:

¿Cuál o cuáles serían las estructuras de gobierno óptimas para limitar a los gobernantes ante posibles abusos de autoridad? O ¿de qué manera se puede reorganizar el Estado para evitar las lesiones a los ciudadanos?

---

<sup>44</sup> Op. Cit. 35. Pág. 36

Podríamos pensar, como lo hicieron los diseñadores de las instituciones originales – que siguieron las enseñanzas de Montesquieu entre otros- que la respuesta se encontraba en la separación de poderes, lo que llevaría al equilibrio, la moderación y consecuentemente a la protección de la libertad.

Acertadamente demuestra Przeworski que muchos de los argumentos a favor de estos mecanismos –como el sistema de frenos y contrapesos o la separación estricta de poderes - no tienen asidero real en la práctica e incluso en variadas ocasiones sólo sirven para complicar en mayor medida los procesos de toma de decisiones e implementación de políticas.

En la discusión que el autor plantea sobre la libertad, se resaltan dos cuestiones importantes. En primer lugar, la idea de que la libertad implica vivir bajo leyes y al mismo tiempo que, cualquier orden legal es una forma de opresión.

Apelando a la teoría de los juegos<sup>45</sup> para explicar criterios que parecen contradictorios entre sí, esto es; ¿Cuál es el punto de convergencia entre la libertad y la coerción? Valiéndose del denominado “dilema del prisionero” demuestra las condiciones a partir de las cuales surge la necesidad de utilizar la ley obligando a muchos a cooperar contra su voluntad.

Por otro lado, esta última cuestión se presenta en el análisis como una tensión irresoluble ¿Cómo conjugar orden con no interferencia?, es otra de las preguntas que se hace el autor del libro. En este sentido, el autor otorga un rol fundamental a los derechos que se encuentran garantizados por las instituciones; puesto que las garantías en ellos insertas hacen que muchas cuestiones importantes sean sustraídas de la discusión política, poniendo un freno, a través del derecho a la regla de la mayoría.

Sin embargo, para el autor, no hay pruebas concretas de que los sistemas mayoritarios sean verdaderamente irrespetuosos de la ley y la justicia, o de que por el contrario los tribunales se ajusten a esos parámetros. Para Przeworski en última instancia el verdadero poder de decisión “debe estar en manos de los representantes elegidos”<sup>46</sup>

---

*45 La teoría de juegos es un área de la matemática aplicada que utiliza modelos para estudiar interacciones en estructuras formalizadas de incentivos (los llamados «juegos») y llevar a cabo procesos de decisión. Desarrollada en sus comienzos como una herramienta para entender el comportamiento de la economía, la teoría de juegos se usa actualmente en muchos campos.*

*46 “Que esperar de la Democracia: Límites y Posibilidades del Autogobierno”. Adam Przeworski. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2010. Pág 247*

El concepto de agentividad es propuesto originalmente por Adam Przerworski en su libro “Que esperar de la Democracia”<sup>47</sup> posibilita enfocar a los protagonistas de la Administración Pública, o del Gobierno o del Estado ya sea por cargos Políticos, de Carrera o Laborales. Esta propuesto para ordenar el vínculo entre las responsabilidades del Estado mediatizadas por dichos agentes.

*El funcionamiento de la Administración Pública requiere una adecuada “organización”. La organización implica idoneidad, esta implica eficiencia y a la vez responsabilidad y legitimidad. Ésta se concreta en la estructuración de órganos y en la atribución de competencias, vale decir en la asignación de funciones a dichos órganos: éstos constituyen los llamados “órganos institución”, que en la estructura estatal son permanentes y estables, y que actúan a través de personas físicas (“órganos individuos” u “órganos personas”).*

*El Estado, y todas las personas jurídicas públicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines, al hallarse estructurado orgánicamente, expresan su voluntad a través de personas físicas que los integran. Estas personas físicas constituyen los llamados “órganos individuos” u “órganos personas”.*

*Esto justifica y explica la ineludible existencia de funcionarios y empleados públicos. Con toda razón se ha dicho que los funcionarios son elementos de todo Estado oficial y que la acción del Estado se traduce en actos de funcionarios”<sup>48</sup>.*

Lo dicho hasta aquí por el autor nos muestra claramente el componente dinámico que existe en el funcionamiento del Estado. La transitoriedad, electividad, la multiplicidad de funciones, etcétera, hacen que el ejercicio de la función pública se desarrolle en un amplio espectro, considerando la relación entre las potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico y las libertades en el ejercicio de las atribuciones concedidas por el mismo, en concordancia a los fines propios del Estado (sic. Seguridad Pública / Bien Común) y a su concepción estática.

Esta tesis destaca el concepto de “agentividad” haciendo referencia a los protagonistas que dan cumplimiento al ordenamiento jurídico y los fines del Estado. En el pensamiento social el Estado es el responsable de la Seguridad Pública y de los actos de gobierno. Partimos de la mediación de los agentes públicos, tanto políticos como de carrera, como los protagonistas del devenir del Estado.

Si bien lo dicho podría encontrar cierta sinonimia con lo que en la doctrina se conoce como “Teoría del Órgano”, según nuestras consideraciones, ciertas cuestiones fundamentales la distinguen del pensamiento formulado por la Doctrina Clásica. Esto es así puesto que a la delegación se suma al cumplimiento de las

---

<sup>47</sup> Op. Cit. 46.

<sup>48</sup> “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo 3, Miguel S. Marienhoff. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. Página 3.

finalidades propias y de la eficiencia y capacidad para plasmar las funciones asignadas.

Uno de los escollos principales de la “teoría del órgano” es la degeneración que en su aplicación real tuvo la misma, dada la creciente burocratización de los órganos estatales y el anquilosamiento de la función pública.

Continuando con el pensamiento de Marienhoff, no sería aceptable tratar lo referente a funcionarios y empleados del Estado sin hacer referencia a la burocracia, expresando en qué consiste y cuál es su significado. Dice el autor *“el crecido numero o gran cantidad de funcionarios y empleados públicos ha determinado una verdadera clase social llamada “burocracia”*. Sería la burocracia el conjunto de funcionarios y empleados públicos, que constituye el “órgano de ejecución de la política del gobierno”. Tal es el concepto puro de burocracia (Cfr. DICCIONARIO RAE).<sup>49</sup>

*“A raíz de la forma de actuar o del comportamiento de funcionarios y empleados, el significado de burocracia fue transformándose. Así, ya no trasluce lo que pertenece o atañe la Administración Pública, sino que, por el contrario, expresa la idea de una “inflación inconsulta de sus órganos” (sobrevaloración), un “estado morboso” de la Administración.*

*El concepto de “burocracia” debe recobrar su originaria acepción “si el personal de la Administración Pública es reducido al necesario; si dicho personal, siendo idóneo, cumple con su deber de actuar con eficiencia, y si adquiere la convicción de que él está para servir al público y no a la inversa. Para lograr todo esto es indispensable seleccionar el personal, darle estabilidad en el cargo y remunerarlo adecuadamente. No se concibe la existencia de empleados públicos que apenas sepan leer y escribir, pues ello reduce proporcionalmente su horizonte mental. La eficiencia, en todos sus grados, requiere personas dotadas de cierta cultura y de cierta educación.”<sup>50</sup>*

En resumidas cuentas que conozcan las funciones de gobierno y las competencias de los órganos que componen

Veremos que el sistema en sí mismo es muchas veces causante de la incoherencia, la irracionalidad, la ilegalidad del comportamiento del administrado, y un régimen legal de estas características es a todas luces contrario a la naturaleza humana y al bien que a dicha naturaleza corresponde, como enseña Santo Tomás de Aquino<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Tal es el concepto puro de democracia dado por la Real Academia Española de la Lengua.

<sup>50</sup> Op. Cit. Marienhoff. Pág.4 y 5.

<sup>51</sup> Dice Santo Tomás a respecto de la Ley: “Hay que decir: Lo que se ordena a un fin debe tener una forma proporcionada a ese fin. La sierra, por ejemplo, tiene la forma que conviene para su fin, que es serrar, según se lee en II Physic.18 A su vez, cualquier cosa regulada y mensurada por otra debe tener una forma acorde con su regla y medida. Ahora bien, en la ley

La proliferación de (des)controles genera indudablemente la propagación de conductas desordenadas y muchas veces contrarias al ordenamiento jurídico; a su vez la sucesión y proliferación de ordenamientos jurídicos destinados a regular más que detalladamente las vicisitudes de la vida humana son muchas veces el germen del conflicto. Dichos ordenamientos contrarían los fines de la ley, ya lo decía Santo Tomás:

*“De aquí que también deban permitirse a los hombres imperfectos en la virtud muchas cosas que no se podrían tolerar en los hombres virtuosos. Ahora bien, la ley humana está hecha para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud. Y por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes”<sup>52</sup>; y respecto al bien y la virtud: “No hay, por lo tanto, virtud alguna cuyos actos no puedan ser prescritos por la ley. Salvo que la ley humana no se ocupa de todos los actos de todas las virtudes, sino sólo de aquellos que se refieren al bien común, ya sea de manera inmediata, como cuando se presta directamente algún servicio a la comunidad, ya sea de manera mediata, como cuando el legislador adopta medidas para dar a los ciudadanos una buena educación que les ayude a conservar el bien común de la justicia y de la paz”<sup>53</sup>.*

Vemos entonces que la sobreabundancia legislativa y procesal es una causa coyuntural de los males que nos aquejan, por lo que podemos definir que el régimen legislativo actual es insuficiente e inútil para responder a las necesidades sociales. Si

---

*humana confluyen estos dos aspectos. Por un lado, es algo ordenado a un fin, y por otro, es una regla y medida regulada y mensurada por una medida superior, que es, a su vez, doble: la ley divina y la ley natural, como ya hemos visto (a.2; q.93 a.3). En cuanto al fin de la ley humana, es la utilidad de los hombres, como también dice el Jurisconsulto<sup>19</sup>. He aquí por qué San Isidoro señala ante todo como condiciones de la ley tres cosas: que guarde armonía con la religión, puesto que ajustada a la ley divina; que ayude a la disciplina, puesto que acorde con la ley natural; y que promueva la salud pública, puesto que ordenada a la utilidad humana. Ya estas tres condiciones se reducen todas las demás que señala a continuación. Porque lo de honesta se refiere a su armonía con la religión. Lo que sigue de justa, posible según la naturaleza y las costumbres del país, proporcionada a los lugares y a los tiempos, viene a desarrollar lo de conveniente para la disciplina. Pues la disciplina humana ha de someterse en primer lugar al orden de la razón, lo que se indica por la palabra justa. Ha de atender, en segundo lugar, a la capacidad de los sujetos. Pues la disciplina debe acomodarse a cada uno según sus posibilidades, incluidas las naturales (pues no se pide lo mismo a un niño que a un hombre maduro), y según las costumbres sociales, pues el hombre no puede vivir aislado en medio de la sociedad sin contar para nada con los demás. En tercer lugar, debe acomodarse a las debidas circunstancias, y por eso se dice proporcionada a los lugares y a los tiempos. Las restantes palabras: necesaria, útil, etc., se refieren a lo de promover la salud pública. Y así, por necesaria se entiende que evite los males; por útil, que promueva los bienes: por clara, que prevenga los daños que de la ley misma pudieran originarse. Y como, según lo ya dicho (q.90a.2), la ley se ordena al bien común, esto es lo que se pone de relieve en la última parte de la descripción”. Suma de Teología, Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España, Cuarta Edición, Madrid, 2001. Tomo II Parte Primera Segunda, Cuestión 95, Artículo 3, Solución, Pág. 743-744*

<sup>52</sup> Op. Cit. 51, Pág. 749-750

<sup>53</sup> Op. Cit. 51 Pág.751.

nos remitimos a la definición<sup>54</sup> de la palabra suficiente que nos otorga la Real Academia Española de la Lengua observaremos que el orden normativo que regula la responsabilidad jurídica del Estado (no sólo la estrictamente civil) no reúne las cualidades necesarias para ser considerado “suficiente”.

Sostiene en ese sentido Gordillo: *“Interpretando el principio de razonabilidad con el alcance que corresponde resulta que muchas normas son irrazonables por desproporcionadas, excesivas, irreales, al margen de cuál haya sido la intención del legislador: la mejor intención también produce normas inconstitucionales, y a veces a mayor convicción mesiánica del emisor de la norma, surge menor debate y crítica y por ende mayor dosis eventual de irracionalidad inconstitucional”*<sup>55</sup>.

Y de nuevo nos unimos a Gordillo cuando dice:

*“...pensamos que existe una preponderancia, dentro de los supuestos de normas existentes y formalmente vigentes que son inconstitucionales por irrazonablemente disvaliosas, en que tal inconstitucionalidad se presenta bajo la forma de exceso e irrealidad en la norma. En efecto, se abusa al crearla de lo que razonablemente puede ser el rol orientador y paradigmático o arquitectónico del derecho. Se plantea como norma de conducta no ya lo deseable y posible, sino meramente lo humanamente imposible e irrealizable por lo tanto lo que sólo puede quiméricamente ser deseable, pero no el plano de las reales conductas humanas”*<sup>56</sup>.

La gravedad de tal conducta, y por ende las graves consecuencias, trascienden del mero disvalor jurídico-positivo de la norma inconstitucional, y repercuten en el orden social a un nivel esencial puesto que vulneran los bienes que constituyen la razón esencial que dota de existencia a la sociedad y el Estado, es un ataque certero a los cimientos sobre los que se asienta la vida humana (en su faz colectiva), que dada la eminente naturaleza social del hombre vulnera a la vez el bien de cada persona individualmente considerada de este modo:

*“...dado que la sociedad en su conjunto no hace finos análisis jurídicos que discriminen qué normas vigentes son inconstitucionales por irreales e irrazonables, ni tampoco lo hacen a tiempo los órganos del Estado, el resultado es que la sociedad no cumple cabalmente el sistema disvalioso, pero no lo hace meramente rebelándose contra las normas disvaliosas, sino contra todo el conjunto, incluido a veces también lo valioso. De ese incumplimiento y desobediencia más o menos generalizada al orden jurídico formal*

<sup>54</sup> Suficiente. (Del lat. *sufficiens*, -entis). 1. adj. Bastante para lo que se necesita. 2. adj. Apto o idóneo.

<sup>55</sup> “La Administración Paralela”. Cuadernos Civitas . Agustín A. Gordillo. Editorial Civitas S.A.2001. Pág. 24

<sup>56</sup> Op. Cit. 55. Pág. 26-27

*surgen entonces pautas de conducta, principios de organización, normas de procedimiento, etc., que son todo un verdadero pseudosistema normativo, paralelo al sistema normativo formalmente vigente<sup>57</sup>”.*

*La cuestión del gobierno paralelo se presenta a sí misma como “diversos fenómenos, suficientemente conocidos, de grupos de presión que ejercen no sólo influencias sino también poder real. Así por ejemplo los sindicatos han ejercido durante mucho tiempo un poder político concreto e importante, y también diversos grupos empresarios tienen ocasional ejercicio trascendente de poder.*

*Más aún, existen instituciones estables y permanentes que funcionan bajo la hipótesis de constituir un gobierno o una administración paralela. [...] los órganos de asesoramiento y coordinación en la Presidencia de la Nación (Secretaría General, etc.) en todos los tiempos se constituyen en verdaderos ministerios paralelos, que compiten frontalmente con las atribuciones que los ministros están llamados constitucionalmente a ejercer...*

*Pareciera en definitiva como si siempre existiera una tendencia a emerger fuentes de poder que difieren de las de la administración institucionalizada conforme a la Constitución y a las leyes, y que esas fuentes de poder también se organizan y ejercen un poder paralelo. Va de suyo que esta duplicación de la administración no es en absoluto sana para el país, y que debe intentar corregírsela<sup>58</sup>”.*

---

57 Op. Cit. 57 Pág. 29

58 Op. Cit. 57 pág. 67-68

## Capítulo 2

*“Si el Estado moderno se encarga cada vez más de repartir beneficencia y previsión a todos lados, a beneficio primero de unos, luego de otros, tiene que degenerar en una institución que estimula la desintegración moral y prepara su propia condena final”<sup>59</sup>.*

---

<sup>59</sup> Wilhelm Röpke (Schwarmstedt 1899- Ginebra 1966)

## I. BIEN COMÚN

De la dignidad, unidad e igualdad de todas las personas deriva, en primer lugar, el principio del bien común, al que debe referirse todo aspecto de la vida social para encontrar plenitud de sentido. Según una primera y vasta acepción, por bien común se entiende el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección.

*Una sociedad que, en todos sus niveles, quiere positivamente estar al servicio del ser humano es aquella que se propone como meta prioritaria el bien común, en cuanto bien de todos los hombres y de todo el hombre. La persona no puede encontrar realización sólo en sí misma, es decir, prescindir de su ser « con » y « para » los demás. Esta verdad le impone no una simple convivencia en los diversos niveles de la vida social y relacional, sino también la búsqueda incesante, de manera práctica y no sólo ideal, del bien, es decir, del sentido y de la verdad que se encuentran en las formas de vida social existentes. Ninguna forma expresiva de la sociabilidad —desde la familia, pasando por el grupo social intermedio, la asociación, la empresa de carácter económico, la ciudad, la región, el Estado, hasta la misma comunidad de los pueblos y de las Naciones— puede eludir la cuestión acerca del propio bien común, que es constitutivo de su significado y auténtica razón de ser de su misma subsistencia<sup>60</sup>.*

Vemos entonces que para la Doctrina Social de la Iglesia el bien representa una realidad trascendente de la vida del hombre, concebido tanto en su individualidad como en la relación que lo vincula con el resto de los hombres. Esta visión trascendente del bien común proyecta sus consecuencias, derechos y obligaciones a todos los estratos en que se desarrolla la vida de la persona humana; desde las asociaciones inferiores hasta las políticas de Estado.

El concepto de bien, es de dominio público, para introducir el mencionado concepto y concretamente sus implicancias jurídicas y filosóficas entendemos que *“Bien (o valor) significa perfectividad y perfección. Estamos hablando del bien como bondad, como formalidad valiosa<sup>61</sup>”*.

Llegamos a esta noción, partiendo de que el autor citado propone que todos los hombres tienen un estado inicial de imperfección; más no se encuentran

<sup>60</sup> *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Pontificio Consejo de Justicia y Paz. Conferencia Episcopal Argentina. Primera Edición, Conferencia Episcopal Argentina Oficina del Libro, 2005. Pág. 115-116.*

<sup>61</sup> *“Valor y Derecho. Introducción Axiológica a la Filosofía Jurídica” Héctor H. Hernández. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pág. 133.*

cerrados en esa imperfección, sino que “sienten” (en sentido amplio) intranquilidad, incompletitud, indigencia de perfección; y en consecuencia están llamados a completar su ser.

En esta tesitura, ante las cosas que se nos presentan como aptas para colmar esa imperfección nos movemos, las tomamos como fines. Actuamos en dirección a ellas; actuamos con “vocación a la perfección”.

De acuerdo al Dr. Héctor Hernández *“Todo ente capaz de conocer es capaz también de apetecer (en la estricta acepción de la palabra). Débase a ello que toda forma conveniente se constituye a modo de fin; es atractiva en tanto que conveniente; actúa como un imán para el que la conoce. El efecto de esta atracción es, en el cognoscente, la apetición.”*<sup>62</sup>

*“El bien que se pone como fin de la apetencia y se define por ello presupone una adecuación o conveniencia. Un ser apecece lo que le conviene y precisamente por ello. Y como algo conviene en la medida que es perfectivo debe decirse que el bien es lo perfectivo de alguna cosa. Nada, empero, puede ser perfectivo sin ser perfecto, es decir, sin estar dotado de perfección; por ello hay que concluir que el bien es lo que es perfecto. La perfección y la perfectividad son como dos caras del bien. La perfección es la cara interior, el constitutivo intrínseco del ente bueno; la perfectividad es la cara externa por la que la bondad se manifiesta...”*<sup>63</sup>

La descripta anteriormente representaría la noción filosófica de “bien”, más no nos preguntamos en el presente trabajo sobre la importancia antropológica o gnoseológica del bien, sino el lugar que el mencionado concepto ocupa en la teoría del Estado; más concretamente aún en relación al funcionamiento de los diversos órganos y mecanismos (estáticos y dinámicos) que el Estado articula para funcionar, concretamente lo que anteriormente referimos como bien común.

Sigue siendo extremadamente esclarecedora la posición de la Doctrina Social de la Iglesia (DSI):

*“Las exigencias del bien común derivan de las condiciones sociales de cada época y están estrechamente vinculadas al respeto y a la promoción integral de la persona y de sus derechos fundamentales. Tales exigencias atañen, ante todo, al compromiso por la paz, a la correcta organización de los poderes del Estado, a un sólido ordenamiento jurídico, a la salvaguardia del ambiente, a la prestación de los servicios esenciales para las personas, algunos de los cuales son, al mismo tiempo, derechos del hombre: alimentación, habitación, trabajo, educación y acceso a la cultura, transporte, salud, libre circulación de las informaciones y tutela de la libertad*

<sup>62</sup> *“Fundamentos de Filosofía”* Antonio Millán Puelles. Quinta Edición, Madrid. Pág. 351.

<sup>63</sup> *Op. Cit.* 61 Pág. 57

religiosa. Sin olvidar la contribución que cada Nación tiene el deber de dar para establecer una verdadera cooperación internacional, en vistas del bien común de la humanidad entera, teniendo en mente también las futuras generaciones.”

Como presentáramos anteriormente, y continuando con la cita “...El bien común es un deber de todos los miembros de la sociedad: ninguno está exento de colaborar, según las propias capacidades, en su consecución y desarrollo. El bien común exige ser servido plenamente, no según visiones reductivas subordinadas a las ventajas que cada uno puede obtener, sino en base a una lógica que asume en toda su amplitud la correlativa responsabilidad. El bien común corresponde a las inclinaciones más elevadas del hombre, pero es un bien arduo de alcanzar, porque exige la capacidad y la búsqueda constante del bien de los demás como si fuese el bien propio.

Todos tienen también derecho a gozar de las condiciones de vida social que resultan de la búsqueda del bien común. Sigue siendo actual la enseñanza de Pío XI: es necesario que la partición de los bienes creados se revoque y se ajuste a las normas del bien común o de la justicia social, pues cualquier persona sensata ve cuan gravísimo trastorno acarrea consigo esta enorme diferencia actual entre unos pocos cargados de fabulosas riquezas y la incontable multitud de los necesitados”.<sup>64</sup>

Mas la adecuada gestión y cumplimiento de la obligaciones, deberes, funciones, etc. necesarios para el cumplimiento de la convivencia en “bien común” requiere indubitablemente de la existencia de orden entre las personas, familias, regiones; en resumidas cuentas intereses y bienes concretos, que permita la plenitud de los mismos, lo que trae la consecuente noción de comunidad política y la necesaria existencia del Estado.

## II. EL BIEN COMÚN POLÍTICO

A tenor de todo lo dicho, y continuando con la lógica del presente trabajo, es necesario demostrar la responsabilidad del Estado en relación a la gestión del bien común, y las funciones que en tal tesitura le corresponde. Dice la DSI:

*“La responsabilidad de edificar el bien común compete, además de las personas particulares, también al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. El Estado, en efecto, debe garantizar cohesión, unidad y organización a la sociedad civil de la que es expresión, de modo que se pueda lograr el bien común con la contribución de todos los ciudadanos. La persona concreta, la familia, los cuerpos intermedios no están en condiciones de alcanzar por sí mismos su pleno desarrollo; de ahí deriva la necesidad de las instituciones políticas, cuya finalidad es hacer accesibles a las personas los bienes necesarios —materiales, culturales, morales, espirituales— para gozar de una vida auténticamente humana. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable”.*<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Op. Cit. 61 Pág. 116-117.

<sup>65</sup> Op. Cit. 60 Pág. 117-118.

Ahora bien para continuar con la explicación partimos de la siguiente cita: *“Como somos sociales por naturaleza, y no nos basta una sola sociedad o asociación, perseguimos la perfección de distintos grupos causados en línea de finalidad por atractivo de los respectivos fines o bienes comunes...”*<sup>66</sup>

Pero el bien de cada una de estas asociaciones no es una utopía o espejismo inalcanzable, es obtenido en alguna medida e incorporado a cada uno de sus miembros.

*“Es entonces, una cualidad, una especie de forma, esto es un accidente inherente a los socios que lo han alcanzado. Precisamente la legitimación fundamental de cualquier grupo (incluido el Estado) estará en la verdadera bondad – moral y jurídica principalmente- de sus fines, y en la medida cierta o probable en que los alcanza o los alcanzará.*

*En ese impulso a la perfección (o inclinación o apetito) con que el hombre se lanza hacia el valor, queda dicho que no la alcanza en una sola asociación, sino que se necesitan otras. Es bajo el imperio del bien, entonces, que se van formando los grupos humanos. Bajo el imperio del bien común del matrimonio, del bien común de la familia, del bien común del barrio, o del municipio, o de la provincia, o de la empresa, o del grupo de trabajo, de la institución, del club, del hospital, del Estado, o del bien común de todos los hombres.”*<sup>67</sup>

En consecuencia no podemos considerar “el bien común de la sociedad” como un fin autárquico; el mismo tiene valor sólo en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de toda la creación. Una visión puramente histórica y materialista terminaría por transformar el bien común en un simple bienestar socioeconómico, carente de finalidad trascendente, es decir, de su más profunda razón de ser.”

### **III. FINALIDAD DE LA COMUNIDAD POLÍTICA**

La persona es el fundamento y el fin de la convivencia política. Por su naturaleza racional el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. Esta apertura a la Trascendencia y a los demás es el rasgo que la caracteriza y la distingue: sólo en relación con la Trascendencia y con los demás, la persona humana alcanza su plena y completa realización. Esto significa que por ser una

---

<sup>66</sup> Op. Cit. 61 Pág. 134

<sup>67</sup> Ibid. 60

criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental, sino una dimensión esencial e ineludible.

La comunidad política deriva lógicamente de la naturaleza de las personas, cuya conciencia descubre y manda observar estrictamente el orden inscrito por Dios: una ley moral basada en la religión, la cual posee capacidad muy superior a la de cualquier otra fuerza o utilidad material para resolver los problemas de la vida individual y social, así en el interior de las Naciones como en la sociedad internacional. Este orden debe ser gradualmente descubierto y desarrollado por la humanidad. La comunidad política, entendida como realidad connatural a los hombres, existe para obtener un fin de otra manera inalcanzable: el crecimiento más pleno de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común, bajo el impulso de su natural inclinación hacia la verdad y el bien.

*La comunidad política encuentra en la referencia al pueblo su auténtica dimensión: “ella « es, y debe ser en realidad, la unidad orgánica y organizadora de un verdadero pueblo ». El pueblo no es una multitud amorfa, una masa inerte para manipular e instrumentalizar, sino un conjunto de personas, cada una de las cuales —« en su propio puesto y según su manera propia »— tiene la posibilidad de formar su opinión acerca de la cosa pública y la libertad de expresar su sensibilidad política y hacerla valer de manera conveniente al bien común. El pueblo « vive de la plenitud de vida de los hombres que lo componen, cada uno de los cuales es una persona consciente de su propia responsabilidad y de sus propias convicciones ». Quienes pertenecen a una comunidad política, aun estando unidos orgánicamente entre sí como pueblo, conservan, sin embargo, una insuprimible autonomía en su existencia personal y en los fines que persiguen<sup>68</sup>”.*

Lo que caracteriza esencialmente a un pueblo es compartir la vida y los valores. La sociedad humana tiene que ser considerada, ante todo, como una realidad de orden principalmente espiritual: que impulse a los hombres, iluminados por la verdad, a comunicarse entre sí los más diversos conocimientos; a defender sus derechos y cumplir sus deberes. Todos estos valores informan y, al mismo tiempo, dirigen las diversas manifestaciones sociales, políticas y jurídicas y, finalmente, de cuantos elementos constituyen la expresión externa de la comunidad humana en su incesante desarrollo..

*“Considerar a la persona humana como fundamento y fin de la comunidad política significa trabajar, ante todo, por el reconocimiento y el respeto de su dignidad mediante la tutela y la promoción de los derechos fundamentales e inalienables del hombre: « En la*

---

<sup>68</sup> Op. Cit. 61. Punto 385.

*época actual se considera que el bien común consiste principalmente en la defensa de los derechos y deberes de la persona humana ». En los derechos humanos están condensadas las principales exigencias morales y jurídicas que deben presidir la construcción de la comunidad política. Estos constituyen una norma objetiva que es el fundamento del derecho positivo y que no puede ser ignorada por la comunidad política, porque la persona es, desde el punto de vista ontológico y como finalidad, anterior a aquélla: el derecho positivo debe garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales<sup>69</sup>.*

De esta manera la comunidad política tiende al bien común, puesto que actúa a favor de la creación de un ambiente humano en el que se ofrece a los ciudadanos la posibilidad del ejercicio real de los derechos humanos y del cumplimiento pleno de los respectivos deberes; en este orden de ideas la experiencia enseña que, cuando falta una acción apropiada de los poderes públicos en lo económico, lo político o lo cultural, se produce entre los ciudadanos, sobre todo en nuestra época, un mayor número de desigualdades en sectores cada vez más amplios, resultando así que los derechos y deberes de la persona humana carecen de toda eficacia práctica.

*“La plena realización del bien común requiere que la comunidad política desarrolle, en el ámbito de los derechos humanos, una doble y complementaria acción, de defensa y de promoción: debe « evitar, por un lado, que la preferencia dada a los derechos de algunos particulares o de determinados grupos venga a ser origen de una posición de privilegio en la Nación, y para soslayar, por otro, el peligro de que, por defender los derechos de todos, incurran en la absurda posición de impedir el pleno desarrollo de los derechos de cada uno ”<sup>70</sup>.*

El despliegue de un comportamiento como el enunciado en el párrafo precedente llevara de manera lógica y sencilla a una sana convivencia. El significado profundo de la convivencia civil y política no surge inmediatamente del elenco de los derechos y deberes de la persona. Esta convivencia adquiere todo su significado si está basada en la amistad civil y en la fraternidad. El campo del derecho, en efecto, es el de la tutela del interés y el respeto exterior, el de la protección de los bienes materiales y su distribución según reglas establecidas. La amistad civil, así entendida, es la actuación más auténtica del principio de fraternidad, que es inseparable de los de libertad y de igualdad. Se trata de un principio que se ha quedado en gran parte sin practicar en las sociedades políticas modernas y contemporáneas, sobre todo a causa del influjo ejercido por las ideologías individualistas y colectivistas.

---

69 Op. Cit. 61. Punto 388.

70 Op. Cit. 61. Punto 389.

*“Una comunidad está sólidamente fundada cuando tiende a la promoción integral de la persona y del bien común. En este caso, el derecho se define, se respeta y se vive también según las modalidades de la solidaridad y la dedicación al prójimo. La justicia requiere que cada uno pueda gozar de sus propios bienes, de sus propios derechos, y puede ser considerada como la medida mínima del amor. La convivencia es tanto más humana cuanto más está caracterizada por el esfuerzo hacia una conciencia más madura del ideal al que ella debe tender”<sup>71</sup>.*

Ahora bien dicho todo esto pueden separarse las aguas de lo que para la DSI es el fin de la autoridad política y lo que dista de serlo: *La Iglesia se ha* confrontado con diversas concepciones de la políticas, económicas y sociales de lo que se comprende como fin y finalidad de la autoridad, teniendo siempre cuidado de defender y proponer un modelo fundado en la naturaleza social de las personas. En virtud de ello la Iglesia no niega la necesidad de una autoridad civil; los hombres sociales por naturaleza y ninguna sociedad puede conservarse sin un jefe supremo que mueva a todos y a cada uno con un mismo impulso eficaz, encaminado al bien común, resulta necesaria en toda sociedad humana una autoridad que la dirija; una autoridad que, como la misma sociedad, surge y deriva de la naturaleza, y, por tanto, del mismo Dios, que es su autor . La autoridad política es por tanto necesaria, en razón de las tareas que se le asignan y debe ser un componente positivo e insustituible de la convivencia civil.

Profundizando en la cuestión:

*“La autoridad política debe garantizar la vida ordenada y recta de la comunidad, sin suplantar la libre actividad de los personas y de los grupos, sino disciplinándola y orientándola hacia la realización del bien común, respetando y tutelando la independencia de los sujetos individuales y sociales. La autoridad política es el instrumento de coordinación y de dirección mediante el cual los particulares y los cuerpos intermedios se deben orientar hacia un orden cuyas relaciones, instituciones y procedimientos estén al servicio del crecimiento humano integral. El ejercicio de la autoridad política, en efecto, « así en la comunidad en cuanto tal como en las instituciones representativas, debe realizarse siempre dentro de los límites del orden moral para procurar el bien común —concebido dinámicamente— según el orden jurídico legítimamente establecido o por establecer. Es entonces cuando los ciudadanos están obligados en conciencia a obedecer ».*

*El sujeto de la autoridad política es el pueblo, considerado en su totalidad como titular de la soberanía. El pueblo transfiere de diversos modos el ejercicio de su soberanía a aquellos que elige libremente como sus representantes, pero conserva la facultad de ejercitarla en el control de las acciones de los gobernantes y también en su sustitución, en caso de que no cumplan satisfactoriamente sus funciones. Si bien esto es un derecho válido en todo Estado y en cualquier régimen político, el sistema de la democracia, gracias a sus procedimientos de control, permite y*

---

<sup>71</sup> Op. Cit. 61 Punto 394

*garantiza su mejor actuación. El solo consenso popular, sin embargo, no es suficiente para considerar justas las modalidades del ejercicio de la autoridad política*<sup>72</sup>.

La autoridad debe dejarse guiar por la ley moral: toda su dignidad deriva de ejercitarla en el ámbito del orden moral, « que tiene a Dios como primer principio y último fin. En razón de la necesaria referencia a este orden, que la precede y la funda, de sus finalidades y destinatarios, la autoridad no puede ser entendida como una fuerza determinada por criterios de carácter puramente sociológico e histórico: «Hay, en efecto, quienes osan negar la existencia de una ley moral objetiva, superior a la realidad externa y al hombre mismo, absolutamente necesaria y universal y, por último, igual para todos. Por esto, al no reconocer los hombres una única ley de justicia con valor universal, no pueden llegar en nada a un acuerdo pleno y seguro. En este orden, si se niega la idea de Dios, esos preceptos necesariamente se desintegran por completo. Precisamente de este orden proceden la fuerza que la autoridad tiene para obligar y su legitimidad moral; no del arbitrio o de la voluntad de poder, y tiene el deber de traducir este orden en acciones concretas para alcanzar el bien común.

*La autoridad debe reconocer, respetar y promover los valores humanos y morales esenciales. Estos son innatos, « derivan de la verdad misma del ser humano y expresan y tutelan la dignidad de la persona. Son valores, por tanto, que ningún individuo, ninguna mayoría y ningún Estado nunca pueden crear, modificar o destruir ». Estos valores no se fundan en « mayorías » de opinión, provisionales y mudables, sino que deben ser simplemente reconocidos, respetados y promovidos como elementos de una ley moral objetiva, ley natural inscrita en el corazón del hombre (cf. Rm 2,15), y punto de referencia normativo de la misma ley civil. Si, a causa de un trágico oscurecimiento de la conciencia colectiva, el escepticismo lograra poner en duda los principios fundamentales de la ley moral, el mismo ordenamiento estatal quedaría desprovisto de sus fundamentos, reduciéndose a un puro mecanismo de regulación pragmática de los diversos y contrapuestos intereses.*

*La autoridad debe emitir leyes justas, es decir, conformes a la dignidad de la persona humana y a los dictámenes de la recta razón: « En tanto la ley humana es tal en cuanto es conforme a la recta razón y por tanto deriva de la ley eterna. Cuando por el contrario una ley está en contraste con la razón, se le denomina ley inicua; en tal caso cesa de ser ley y se convierte más bien en un acto de violencia ». La autoridad que gobierna según la razón pone al ciudadano en relación no tanto de sometimiento con respecto a otro hombre, cuanto más bien de obediencia al orden moral y, por tanto, a Dios mismo que es su fuente última. Quien rechaza obedecer a la autoridad que actúa según el orden moral « se rebela contra el orden divino » (Rm 13,2). Análogamente la autoridad pública, que tiene su fundamento en la*

---

<sup>72</sup>Op. Cit. 61 Punto 394-395

*naturaleza humana y pertenece al orden preestablecido por Dios, si no actúa en orden al bien común, desatiende su fin propio y por ello mismo se hace ilegítima.*<sup>73</sup>

En este sentido cumple un rol fundamental la organización democrática y las instituciones que la misma defiende; un juicio explícito y articulado sobre la democracia está contenido en la encíclica « Centesimus annus »:

*“La Iglesia aprecia el sistema de la democracia, en la medida en que asegura la participación de los ciudadanos en las opciones políticas y garantiza a los gobernados la posibilidad de elegir y controlar a sus propios gobernantes, o bien la de sustituirlos oportunamente de manera pacífica. Por esto mismo, no puede favorecer la formación de grupos dirigentes restringidos que, por intereses particulares o por motivos ideológicos, usurpan el poder del Estado. Una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana. Requiere que se den las condiciones necesarias para la promoción de las personas concretas, mediante la educación y la formación en los verdaderos ideales, así como de la “subjetividad” de la sociedad mediante la creación de estructuras de participación y de corresponsabilidad”.*<sup>74</sup>

#### **IV. DEMOCRACIA, COMUNIDAD POLÍTICA Y BIEN COMÚN**

Es preciso el valor de la Democracia para la DSI. *“Una auténtica democracia no es sólo el resultado de un respeto formal de las reglas, sino que es el fruto de la aceptación convencida de los valores que inspiran los procedimientos democráticos: la dignidad de toda persona humana, el respeto de los derechos del hombre, la asunción del « bien común » como fin y criterio regulador de la vida política. Si no existe un consenso general sobre estos valores, se pierde el significado de la democracia y se compromete su estabilidad”*<sup>75</sup>.

Esta definición clara y de enorme valor axiológico se presenta como uno de los mayores riesgos para las “democracias” actuales sumidas en un preocupante en el relativismo ético, que induce a considerar inexistente un criterio objetivo y universal para establecer el fundamento y la correcta jerarquía de valores: Hoy se tiende a afirmar que el agnosticismo y el relativismo escéptico son la filosofía y la actitud fundamental correspondientes a las formas políticas democráticas, y que cuantos están convencidos de conocer la verdad y se adhieren a ella con firmeza no son fiables desde el punto de vista democrático, al no aceptar que la verdad sea determinada por la mayoría o que sea variable según los diversos equilibrios políticos. A este propósito, hay que observar que, si no existe una verdad última, la

<sup>73</sup> Op. Cit. 61. Pág. 241 y ss.-

<sup>74</sup> Op. Cit. 61 Pág. 258.-

<sup>75</sup> Op. Cit. 61. Punto 407

cual guía y orienta la acción política, entonces las ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. Una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como demuestra la historia. La democracia es fundamentalmente un “ordenamiento” y, como tal, un instrumento y no un fin. Su carácter “moral” no es automático, sino que depende de su conformidad con la ley moral a la que, como cualquier otro comportamiento humano, debe someterse; esto es, depende de la moralidad de los fines que persigue y de los medios de que se sirve.

*“El Magisterio reconoce la validez del principio de la división de poderes en un Estado: Es preferible que un poder esté equilibrado por otros poderes y otras esferas de competencia, que lo mantengan en su justo límite. Es éste el principio del “Estado de derecho”, en el cual es soberana la ley y no la voluntad arbitraria de los hombres.*

*En el sistema democrático, la autoridad política es responsable ante el pueblo. Los organismos representativos deben estar sometidos a un efectivo control por parte del cuerpo social. Este control es posible ante todo mediante elecciones libres, que permiten la elección y también la sustitución de los representantes. La obligación por parte de los electos de rendir cuentas de su proceder, garantizado por el respeto de los plazos electorales, es un elemento constitutivo de la representación democrática.*

*En su campo específico (elaboración de leyes, actividad de gobierno y control sobre ella), los electos deben empeñarse en la búsqueda y en la actuación de lo que pueda ayudar al buen funcionamiento de la convivencia civil en su conjunto. La obligación de los gobernantes de responder a los gobernados no implica en absoluto que los representantes sean simples agentes pasivos de los electores. El control ejercido por los ciudadanos, en efecto, no excluye la necesaria libertad que tienen los electos, en el ejercicio de su mandato, con relación a los objetivos que se deben proponer: estos no dependen exclusivamente de intereses de parte, sino en medida mucho mayor de la función de síntesis y de mediación en vistas al bien común, que constituye una de las finalidades esenciales e irrenunciables de la autoridad política<sup>76</sup>.*

Por todas estas cuestiones es que quienes tienen responsabilidades políticas no deben olvidar o subestimar la dimensión moral de la representación. En esta perspectiva, una autoridad responsable significa también una autoridad ejercida mediante el recurso a las virtudes que favorecen la práctica del poder con espíritu de servicio; una autoridad ejercida por personas capaces de asumir auténticamente como finalidad de su actuación el bien común y no el prestigio o el logro de ventajas personales.

Es por ello que:

---

<sup>76</sup>Op. Cit. 61. Punto 408.

*“Entre las deformaciones del sistema democrático, la corrupción política es una de las más graves porque traiciona al mismo tiempo los principios de la moral y las normas de la justicia social; compromete el correcto funcionamiento del Estado, influyendo negativamente en la relación entre gobernantes y gobernados; introduce una creciente desconfianza respecto a las instituciones públicas, causando un progresivo menosprecio de los ciudadanos por la política y sus representantes, con el consiguiente debilitamiento de las instituciones. La corrupción distorsiona de raíz el papel de las instituciones representativas, porque las usa como terreno de intercambio político entre peticiones clientelistas y prestaciones de los gobernantes. De este modo, las opciones políticas favorecen los objetivos limitados de quienes poseen los medios para influenciarlas e impiden la realización del bien común de todos los ciudadanos”<sup>77</sup>.*

La Doctrina Social de la Iglesia es clara respecto a la función de la administración pública cuando dice que la misma, a cualquier nivel, como instrumento del Estado, tiene como finalidad servir a los ciudadanos: él mismo, al servicio de los ciudadanos, es el gestor de los bienes del pueblo, que debe administrar en vista del bien común. Esta perspectiva se opone a la burocratización excesiva, que se verifica cuando las instituciones, volviéndose complejas en su organización y pretendiendo gestionar toda área a disposición, terminan por ser abatidas por el funcionalismo impersonal, por la exagerada burocracia, por los injustos intereses privados, por el fácil y generalizado encogerse de hombros. El papel de quien trabaja en la administración pública no ha de concebirse como algo impersonal y burocrático, sino como una ayuda solícita al ciudadano, ejercitada con espíritu de servicio.

Todo esto nos lleva a poder diferenciar claramente el papel de la sociedad civil y el rol del Estado en la gestión de esta, dice la DSI: *“La comunidad política se constituye para servir a la sociedad civil, de la cual deriva.”<sup>78</sup>*

Por todo lo hasta aquí dicho podemos decir sin lugar a duda que la comunidad política está esencialmente al servicio de la sociedad civil y, en último análisis, de las personas y de los grupos que la componen. La sociedad civil, por tanto, no puede considerarse un mero apéndice o una variable de la comunidad política: al contrario, ella tiene la preeminencia, ya que es precisamente la sociedad civil la que justifica la existencia de la comunidad política.

*En conclusión: “El Estado debe aportar un marco jurídico adecuado para el libre ejercicio de las actividades de los sujetos sociales y estar preparado a intervenir,*

---

<sup>77</sup>Op. Cit. 61. Punto 411

<sup>78</sup>Op. Cit. 61 Punto 417.

*cuando sea necesario y respetando el principio de subsidiaridad, para orientar al bien común la dialéctica entre las libres asociaciones activas en la vida democrática. La sociedad civil es heterogénea y fragmentaria, no carente de ambigüedades y contradicciones: es también lugar de enfrentamiento entre intereses diversos, con el riesgo de que el más fuerte prevalezca sobre el más indefenso*<sup>79</sup>.

## V. SEGURIDAD PÚBLICA

El mencionado marco Jurídico y ordenamiento al que hacemos referencia en el párrafo que precede a estas líneas debe materializarse en acciones concretas a través del reconocimiento de bienes jurídicos, entre los que se destaca la Seguridad Pública.

*“Entre los peldaños del “Estado de Derecho Democrático”, que regula la convivencia de nuestro tiempo, la “seguridad” es un principio-valor, guía y rector de la escalera de desarrollo.”*<sup>80</sup>

La Seguridad Pública como valor esencial de los cimientos del Estado de Derecho, se traduce concretamente en dos atributos para su explicación: su carácter ciudadano (convivencial) y su carácter jurídico (normativo). Por ello cabe hablar traslativamente, de seguridad ciudadana y seguridad jurídica. La Seguridad Pública es el ecuador democrático entre dos polos de confrontaciones antagónicas: el abuso de derecho y el abuso de poder.

La teoría jurídica y la filosofía del derecho tipifican los límites y responsabilidades ante el desorden individual y el desvío de la autoridad. De este modo el orden público se erige como límite de accionar individual y convencional de la voluntad ciudadana, en tanto que la supremacía constitucional señala los límites dogmáticos del poder político, como atributo de la autoridad. La seguridad es un crédito en el sistema del Estado de Derecho, que respeta la dignidad de la persona humana, instalada en un edificio social pluralista de instituciones solidas y garantismo eficiente.

En esa realidad, el hombre despliega su espacio vivencial y potencialmente su desarrollo y posibilidades a futuro, generándose expectativas respecto al modo en que su vida transcurrirá.

---

<sup>79</sup> Op. Cit. 61 Punto. 97.

<sup>80</sup> “La seguridad: Una deuda del Estado de Derecho”, Roberto Dromi, en “Cuadernos de Época: Serie Servicios Públicos”, Tomo 3, Pág. 11, Editorial Ciudad Argentina.

En lo que a nosotros respecta el ocaso de occidente en nuestro tiempo resulta de la intromisión de disvalores, que nos apartan de la dirección emancipadora histórica, que nos meten en una época de transición, que hemos aprendido a llamar posmodernidad y descalifican la soberanía del espíritu y la razón del hombre, sus auténticas formas de emancipación.

*“La seguridad es un estadio, un “status” situado en el mundo de la vivencia afectiva o de la imaginación de los sueños, según los atributos existenciales que la explican en los casos concretos.”<sup>81</sup>*

La seguridad existe en el mundo de la realidad, cuando la vida social se mueve con códigos, con reglas de juego claras y previas, con marcos regulatorios predecibles, con certezas situacionales, con deslindes entre lo prohibido y lo permitido. En ese orden, con previsibilidad hay predictibilidad y anticipación del resultado, para vencer a los reductos de riesgos, sombras, fantasías y ficciones, en el terreno del lenguaje de las operaciones y de las acciones sociales.

La realidad de la seguridad exige también perdurabilidad de la predictibilidad, con una razonable durabilidad de las reglas aplicables. La seguridad es incompatible con la frivolidad de los cambios permanentes vaciados de lógica, racionalidad y finalidad”<sup>82</sup>.

El Estado a través del orden jurídico, la seguridad y las normas organizativas controla y regula el devenir de las acciones sociales y comunitarias.

Sostiene el político inglés Edmund Burke que:

*“Al Estado debe mirárselo con otra reverencia: porque no es una asociación de cosas que sirven solamente para la grosera existencia animal, de naturaleza temporaria y perecedera. Es una sociedad para toda ciencia, para todo arte, para toda virtud y toda perfección”. “Como sus fines no se pueden lograr en muchas generaciones es una sociedad no solo entre vivos, sino entre los vivos, los muertos y los que están por nacer”<sup>83</sup>*

## **VI. CONTENIDO DE LA SEGURIDAD:**

Cuando hablamos del contenido de la seguridad nos referimos a los componentes o elementos de la seguridad que le son propios, es decir a aquellos que funcionando a modo de presupuestos, deben concurrir para alcanzar una situación definida y cierta como segura. Solo hay seguridad en la concurrencia

---

<sup>81</sup> Op. Cit. 80. Pág. 12.

<sup>82</sup> Op. Cit. 80 pág. 13.

<sup>83</sup> Op. Cit. 60 Pág. 111.

educacional de: la autoridad, la libertad, el orden, la estabilidad, la legalidad, la justicia, la policía, la solidaridad, la responsabilidad y sanción.

### **1. No hay Seguridad sin autoridad:**

La autoridad es la que engendra la energía del poder, para imperar sobre la conducta desacatada socialmente. La autoridad pública, administrativa, legislativa y judicial tiene que reenergizarse para encauzar certeza, normatividad y justicia en el marco del Estado de derecho; en su defecto "La ley de la selva" será la autoridad del desgobierno, pues es la forma de gobierno no compatible con los cánones constitucionales.

La seguridad está condicionada, de modo esencial, por la existencia de la autoridad política, que desenvuelve su acción operativamente mediante sus instituciones, como medida armónica de "ideas y organización" para acceder con afectación y especialidad al objetivo común de consagrar y hacer respetar un estatus de "seguridad" y confiabilidad en las relaciones sociales que promueve el cumplimiento de los bienes que componen el bien común.

Es necesario para eso un "gobierno aplicado superador de las usurpaciones, desviaciones, invertebraciones y vulneraciones de funciones, competencias y cometido, tanto de la burocracia oficial como de los sectores sociales organizados en de lucha y reproche, o simplemente grupos autodeterminados que hacen hoy de la gestión pública un verdadero "despotismo administrativo", incompatible con el bien común.

### **2. No hay seguridad sin libertad.**

La seguridad se inserta en el marco de los derechos y las libertades fundamentales. La existencia de reconocimiento de derechos fundamentales es un presupuesto esencial de la seguridad. La seguridad pública, tanto jurídica como ciudadana, necesita un contexto determinado de la organización social donde los derechos fundamentales se ejercen en una realidad convivencial tridimensional, tanto en la norma, como el valor, como la conducta.

En este estadio vivencial de los derechos fundamentales la seguridad es factible. Sólo así crece el clima de crédito, confianza, paz, estabilidad y previsibilidad que caracteriza a las situaciones de seguridad. La seguridad como "estado de" requiere su consecuencia de libertades con tutela y protección, tanto administrativa como judicial, tanto de la policía como el sistema judicial (jueces y fiscales).

### **3. No hay seguridad sin orden.**

La seguridad predica el orden. El orden público es la base estructural y fundacional de la convivencia que viabiliza el desarrollo en situaciones seguras. El orden público, como régimen o código de las conductas sociales, precisamente para la anticipación y la previsibilidad de comportamiento, es la base de sustentación de la seguridad. El orden público es el seguro contra los excesos de los inmunes. Los intocables dejan de serlo si existe un orden público, no negociable, irrenunciable y un orden jurídico respetable, regulador, previsor y sancionador.

Esa plenitud de orden, donde no pasan ni el abuso del poder, ni el abuso del derecho, es la única tierra fértil para que crezca la vida, seguridad y seguridades aplicadas a los múltiples quehaceres sociales.

### **4. No hay seguridad sin estabilidad.**

La seguridad y la estabilidad se parecen. Tanto es así, que la estabilidad es también una cualidad de la seguridad, siendo que no hay seguridad sin estabilidad. La estabilidad supone precisamente continuidad y permanencia. Tratándose de la seguridad pública esa permanencia y continuidad debe versar sobre las reglas del juego social de que se trate. Las reglas, los usos y las costumbres, no armonizan con la improvisación y la alteración constante.

En ese sentido, la seguridad impone y supone una estabilidad jurídica, donde la ley General, como la ley particular prevalecen como regla del sistema. Es el juego del equilibrio entre los principios y las excepciones. Es la armonía entre las “pacta sunt servanda” y “rebús sic stantibus”.

En su mérito las emergencias, sólo caben como excepciones y provisionalidades, dentro el sistema piramidal del ordenamiento jurídico. La voluntad constituyente de la soberanía del Estado Local como la de soberanía compartida del estado regional, supone una fijación, certeza, y permanencia como dato de la estabilidad jurídica propia de la seguridad pública en el estado de derecho y democracia.

La estabilidad garantiza la transformación sin riesgo, y la vigencia del tratado de límites entre lo público y lo privado, entre el intervencionismo estatal y la iniciativa privada. Los derechos y los deberes, no pueden ser una línea imaginaria. Esta frontera tiene que ser visible y duradera, puesto que las invasiones a las reglas destruyen la confianza y de suyo la estabilidad para la seguridad.

### **5. No hay seguridad sin leyes.**

La seguridad supone una convivencia reglada. Las conductas tienen cauces y riberas. La ley es el patrón de ejercicio de las libertades individuales en los términos del artículo 19 Constitución Nacional). Los parámetros y límites fijados por las leyes y los tratados señalan la garantía objetiva del orden de la convivencia, donde es posible la libertad como atributo natural, y la reprochabilidad (contravencional y delictual) como consecuencia, por exceder los límites y perímetros de la juridicidad, en la convivencia reglada

La seguridad supone normatividad, objetividad, que permita medir, predecir y prevenir conductas. La libertad pública como absoluto no existe. Si las acciones privadas están limitadas por el orden, la moral y las buenas costumbres, con mayor y excluyente razón, las acciones públicas. Lo reglado explícito y los límites de la ley de la discrecionalidad, son las contenciones que se construyan por y para la seguridad de las partes y el conjunto.

La seguridad es certeza, es derecho cierto y verdadero. La seguridad no es el “revés” del derecho.

### **6. No hay seguridad sin justicia.**

La seguridad es un valor de amplio espectro. En su razón, las condiciones de existencia que le apuntalan crecen en todos los rincones de organización social, precisamente para mantener el tejido de la sustentabilidad convivencial. En este sentido la administración de justicia, con toda a la articulación del sistema judicial, es una exigencia esencial. La justicia es el árbitro y el garante de la seguridad jurídica, porque la justicia es:

- 1) La autoridad independiente para dar a cada uno lo suyo.
- 2) La autoridad titular de las acciones públicas de reproche y responsabilidad a través del ministerio público fiscal.
- 3) La autoridad de la defensa de los ausentes, incapaces, carenciados, y rebeldes a través el ministerio público defensa.
- 4) La autoridad de sanción y reprochabilidad penal
- 5) la autoridad del control de constitucionalidad, y de la defensa de la integridad y compatibilidad normativa con la axiología superior.
- 6) La responsable del cumplimiento de las penas y la rehabilitación social y el respeto de sus derechos fundamentales.
- 7) Un elemento vital inexcusable en la seguridad convivencial.

*"La justicia también es la garante de la seguridad jurídica. Nadie discute la justicia en sí misma, todos reclaman por su deficiente administración. La moderna seguridad jurídica comprende también a la seguridad social y a la seguridad económica. Sobre esta concepción de la seguridad jurídica se debe pensar y hacer en derecho las leyes del Nuevo Estado, con la libertad como punto de partida, la justicia como punto de llegada..."*<sup>84</sup>

## **7. No hay seguridad sin policía.**

La prevención y la represión son hipótesis reales para la tutela de la seguridad. La organización ha encomendado a un brazo del sistema institucional, "la policía", la autoridad administrativa activa y operativa directa en las relaciones materiales de conflicto, divergencia o protesta.

Esta situación inmediatez de la policía, que en la seguridad ciudadana y el orden convivencial debe actuar por "actos y hechos", de continua ejecución e inmediata decisión, lo más parecido a la "repentinización" de un árbitro de fútbol, a veces con fallos irremediables o con injusticias irreparables, es un componente dinámico, discrecional que debe conocer como nadie los límites técnicos y límites jurídicos elásticos de lo "razonable" y la "no desviación del poder", para preservar la finalidad de su acción.

La organización de la policía, esta tan identificada con la tutela de la seguridad, que son precisamente fuerzas de seguridad, tienen tanta historicidad como Estado; nunca hubo Estado sin policía, y si lo hubo fue otra cosa, pero no Estado.

La autoridad junto a el Estado es un dato identidad de la policía. Es continuo y permanente el debate por precisar la gris frontera entre el deber y el abuso; entre la autodefensa y el exceso. Es obra de la acción humana, tanto de uno como de otro lado. Lo indiscutible es que en esas situaciones límite se tienen que poner mojones objetivos preestablecidos para juzgar y sancionar tanto los abusos de la libertad como los abusos de autoridad.

La reprochabilidad y la sanción siguen siendo los elementos más reparadores de lo irreparable. El peligro es el absoluto de la impunidad, de los que se van del

---

<sup>84</sup> Parejo Alfonso, Luciano- Dromi, Roberto, *Seguridad pública y derecho administrativo*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina-Marcial Pons, 2001, P. 223.

sistema porque creen que la autoridad a la libertad, le dan derecho al exceso, al abuso irracional. La sanción por el camino de la ley, será la única solución.

### **8. No hay seguridad sin solidaridad**

La solidaridad incorporada a la axiología convivencial como un valor que exige comprensión, equidad, fraternidad, objetividad, calidad y humanidad, también juega su rol en el moderno partido la seguridad pública.

Decimos que no hay seguridad sin solidaridad, porque el sistema de convivencia necesita por humanidad y por factibilidad, un espacio en el quehacer diario, para los excluidos y los marginados. El mundo no es propiedad de unos pocos. Es un condominio indivisible de la humanidad. Todos tienen derecho a los servicios comunes mínimos, vitales y existenciales. No cabe darle interpretación. La arrogancia de clasificar los mundos, se está propagando desde hace rato con violencia, guerras y terrores que rebasa la racionalidad y la fe. ¿Por qué? ¿No será necesario pensar que falta a la solidaridad real, efectiva y ejemplar, para quebrar la brecha del exceso irracional recurrente?

En la balanza de la seguridad, hay que pesar la solidaridad, no habrá calidad en la seguridad sin acciones solidarias positivas y eficaces. No habrán dos mundos absolutos, uno de todo lo seguro y otro todo lo inseguro. Aunque duele, debemos darnos cuenta de que los excesos y abusos sólo traerán más excesos y abusos. La razón debe encontrar remedios para las irracionalidades. Hagamos de la solidaridad la nueva igualdad fundacional que permita a todos coexistir con sus más y sus menos, en la convivencia global posible, de otros repartos y otras responsabilidades. Si así no fuere, aparece en el horizonte no hay sino sólo más de lo mismo.

Sin duda escasea la fe y la razón, aquí y en todas partes. La seguridad y la solidaridad mantienen una relación predicativa y de concordancia. El porvenir de la exaltación del egoísmo, sino el equilibrio del reparto y de los sacrificios. La seguridad de los débiles es también seguridad jurídica. El desarrollo predica exigencias para el estado de derecho para que efectivamente sea accesible la democracia solidaria y el estado de justicia, a toda la comunidad sin privilegios ni discriminaciones.

### **9. No hay seguridad sin responsabilidad**

No hay seguridad sin límites. El principio de responsabilidades es un límite de toda acción humana. Ahora bien, si falla el principio de responsabilidad, su falencia se traslada a la sociedad, bajo forma de inseguridad jurídica, pública y ciudadana; si

falla el principio de responsabilidad consecuentemente existen conductas ilícitas impunes, existen delitos y penas. La responsabilidad predica fiscalización y control.

Otro límite de la seguridad es el principio de estabilidad como permanencia jurídica. El cambio imprevisto, sorpresivo e incausado de las reglas de juego también descoloca la seguridad. La permanente legislación de "emergencia" con medidas excepcionales, extraordinarias y transitorias afecta la certeza sobre el derecho regulador de las conductas públicas y privadas.

"Los límites" son precisamente los que permiten vertebrar un sistema jurídico de seguridad. Otro límite es la legalidad. Tanto la administración, como la legislación no poder ir "más allá de la ley". La irracionalidad, la irrazonabilidad, y la arbitrariedad son límites para perimetrar la legalidad de la seguridad; para qué lo razonable complemente lo racional y sea medida entre la necesidad del arbitrio como espacio de precisión y los excesos de la decisión que con arbitrariedad, rompen la lógica de las proporciones, de las congruencias y las consecuencias, en un ejercicio indebido e ilegítimo del arbitrio.

#### **10. No hay seguridad sin sanción.**

La percepción y convicción de impunidad que se registra múltiples ámbitos de la vida social, fundamentalmente en materia transgresiones a la convivencia, vía la violencia y el delito, son demostrativas de la falta de seguridad. Son señales de que se vive en la impunidad, sin parámetros morales, ni perímetros jurídicos. Esa especie de todo vale, borra del sistema jurídico el régimen sancionatorio.

Así radica la gravedad de que quiebra la existencia de la seguridad. Grave es que las penas sean leves o no sean severas, más graves aún que no se apliquen. La ausencia de sanción, transmuta la impunidad en irresponsabilidad. Con la pérdida de responsabilidad se desvanece una nota esencial de la forma republicana de gobierno. No sólo se licua el control como antesala obligada de la responsabilidad, sino que además se desvanecen en laberintos formales la instancia jurídica de la responsabilidad y la sanción, dos consecuencias obligadas para permanecer o recuperar la seguridad.

En conclusión la seguridad necesita una reinstitucionalización jurídica, que devuelva parámetros normativos, paradigmas axiológicos y credibilidad sociológica, refortaleciendo la energía administrativa jurisdiccional de la autoridad, eliminando el descreimiento la justicia y la policía. Sólo así "la calidad de vida institucional" retornará a los niveles razonables del Estado de derecho democrático. De lo

contrario, la anomia social terminará devastando el orden público y la vida democrática misma, que seguirá sumida en apariencias ardidadas y ficciones de simulación de fraudulenta coexistencia social.

Como dijo Fray Mamerto Esquiú, en el sermón pronunciado en Iglesia de Catamarca con motivo de la jura de la constitución del año 1853:

*"...obedeced, señores: sin sumisión no hay ley, sin ley no hay patria, no hay verdadera libertad: existen sólo pasiones, desorden, anarquía, disolución, guerra y males de que Dios libre eternamente a la República Argentina".<sup>85</sup>*

---

<sup>85</sup>Op. Cit. 80. Pág. 29.

## VII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

La idea central de la presente tesis pivotea sobre la noción del binomio formado por las nociones de Estado y Responsabilidad.

En el primer capítulo enfocamos la noción de Estado (y su finalidad) desde un triple enfoque (gnoseológico, histórico, filosófico), que nos permite observar que el mismo es una realidad compleja, si bien es una entidad ideal que carece de materialidad, su concreción y materialización jurídica, realizada a través de la mediación de sus órganos lo convierten en una “verdadera entidad viviente” que interviene de un modo determinante en la sociedad.

La organización jurídica del Estado surge de la urgencia de responder a las necesidades de la sociedad en su conjunto, procurando una acción que dinamice la relación entre las personas, sometidas a la soberanía estatal a través de la ley, y que permita la satisfacción y generación de los bienes sociales y jurídicos que permiten el desarrollo pleno de la persona considerada en su individualidad y en relación a sus congéneres.

Pero es menester comprender la noción de Estado alejadas de falacias mecanicistas que conciben al mismo como un mero instrumento de control y sometimiento. Si bien el monopolio del uso de la fuerza, el arbitrio o discrecionalidad de las facultades de la administración, etc. son potestades indubitables que surgen de la noción de soberanía; dichas facultades deben ser ejercidas dentro de una legalidad de orden finalista, es decir ordenadas al bien común, tanto individual como político.

De la “fricción” natural que se genera entre los diversos componentes sociopolíticos que intervienen en la relación del estado con los ciudadanos surge la necesidad de limitar las potestades del Estado a fin de evitar lesiones innecesarias en la vida y los bienes de sus subordinados. Es en este momento en que la idea de responsabilidad surge como resorte necesario para limitar el ejercicio de las mencionadas facultades.

## VIII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El Estado, en el cumplimiento de sus funciones y atribuciones, puede lesionar a los administrados o particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales. De ahí surge el problema de la "responsabilidad del Estado".

La responsabilidad del Estado, como en general la de todo ente jurídico, puede ser de dos tipos esenciales: contractual o bien extracontractual, según que ella, respectivamente, obedezca o no al incumplimiento de obligaciones convencionales.

Esos dos tipos de responsabilidad, a su vez, pueden regirse por el derecho público o por el derecho privado, lo que dependerá de la índole de la cuestión que la promueva.

En virtud del tema propuesto por esta tesis, es menester enfocarse en la responsabilidad extracontractual. En primer lugar es necesario decir que la misma puede originarse o surgir de un comportamiento del órgano Ejecutivo de gobierno, como del órgano Legislativo o del órgano Judicial; pero a fin de dar lugar a la discusión propuesta en esta tesis es necesario observar el modo en que dicha noción mutó a través del tiempo.

*“Ya antaño León Duguit dijo que lo atinente a la responsabilidad del Estado recién últimamente penetró en la conciencia jurídica del hombre civilizado; y agregó que en muchas legislaciones positivas, aun avanzadas, sus aplicaciones son todavía extremadamente limitadas. Estas palabras del ex Decano de la Facultad de Derecho de Bordeaux aún hoy tienen vigencia, pues la situación aludida por él se mantiene, en general, actualmente.*

*Así ocurre también en nuestro derecho, donde lo relacionado con la responsabilidad del Estado no surge precisamente de una regulación positiva orgánica -expresa, integral y concreta-, sino de la jurisprudencia, de las enseñanzas de la doctrina científica y de normas positivas dispersas y parciales. Puede afirmarse que tal es, asimismo, la situación existente en la mayoría de los países.*

*Pero lo cierto es, como lo afirma un autor, que un sistema de derecho administrativo no es completo sino cuando el ciudadano tiene el medio de obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado. De ahí lo imperioso y conveniente de que el sistema de responsabilidad del Estado, en sus tres direcciones -actividad de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial-, y en todos sus aspectos, sea expresamente considerado desde el punto de vista positivo. Sólo así la certeza del derecho y la seguridad jurídica aparecerán debidamente resguardadas.*

*La aceptación de la responsabilidad del Estado, cuando éste desarrolla su actividad en el ámbito del derecho público, fue de tardía aparición en la historia. Pero*

*así como originariamente la "irresponsabilidad" del Estado constituía el "principio", en la actualidad dicha "irresponsabilidad" constituye la "excepción".*<sup>86</sup>

En un primer momento del desarrollo jurídico sólo se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho privado, pues al Estado soberano se lo consideraba irresponsable, salvo casos especialmente previstos por la ley. El Estado soberano, se decía, no puede dañar. Sin embargo, puede afirmarse que la "irresponsabilidad" es un concepto arcaico, anacrónico. "Del precepto *"the king can do no wrong"*<sup>87</sup> no queda nada en el derecho moderno del sistema democrático". Posteriormente, poco a poco, comenzó a admitirse esa responsabilidad en todos los órdenes.

En un comienzo regía el principio de la irresponsabilidad del Estado y de sus agentes públicos (funcionarios y empleados). Más tarde se aceptó la responsabilidad del agente público, no así la del Estado. Luego la de ambos (agente y Estado), y finalmente la del Estado en forma directa.

La irresponsabilidad del Estado cuando actuaba en el campo del derecho público, concepción característica del siglo pasado, aparecía como un corolario de la "soberanía", criterio, éste, que retardó la aceptación de la responsabilidad estatal.

Tratábase de ideas equivocadas: pretender que la soberanía implica infalibilidad es un absurdo. Nunca soberanía puede ser sinónimo de impunidad. Soberanía significa el ejercicio de poderes superiores pero siempre dentro del derecho, dentro de normas legales o constitucionales que fijan la conducta a observar por los funcionarios del Estado; todo acto realizado al margen de la Constitución o de la ley será un acto inválido, no pudiendo en ninguna forma invocarse para su validez la soberanía del Estado. El sistema de la irresponsabilidad era el sistema regaliano, dando a la idea de soberanía un alcance inadmisibles. Si soberanía no implica "infalibilidad", menos aún trasunta "impunidad": de ahí la posible responsabilidad estatal por sus diversos comportamientos.

La idea o concepto de "soberanía", pues, nunca podrá invocarse eficazmente para excluir la responsabilidad del Estado por incumplimiento de contratos, comisión

<sup>86</sup> "Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV. Limitaciones a la propiedad privada en interés público. Policías. Poder de policía. Responsabilidad del Estado." Marienhoff, Miguel S. Puntos 1626 y ss.

<sup>87</sup> El Rey no puede hacer daño. "Aunque es uno de los pilares fundamentales de la inmunidad soberana se ha sugerido, sin embargo, que el significado tradicionalmente atribuido a esta frase es una perversión irónica de su intención original: "La máxima sólo significaba que el rey no tiene el privilegio de hacer el mal, si sus actos eran contrarios a la ley eran injurias (errores). Bracton, mientras ambiguo en sus varias declaraciones en cuanto a la relación entre el rey y la ley, no tenía la intención de transmitir la idea de que él era incapaz de cometer una injusticia legal. Borchard, responsabilidad del Gobierno en Tort, 34 Yale LJ 1, 2, n. 2 (1924).

de hechos ilícitos, o simplemente dañosos, o ejercicio irregular de sus funciones esenciales.

Resabio de todas esas ideas fue la necesidad de la "venia" o anuencia legislativa para demandar al Estado cuando éste actuaba en el ámbito del derecho público, requisito que también rigió en nuestro país (ley nº 3952, del 6 de octubre de 1900, art. 1º), después dejado sin efecto por la ley nº 11634, del 11 de octubre de 1932.

El "Estado de Derecho" presupone una autolimitación de sus propios poderes por parte del Estado que permite, frente a él, un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, ensanchamiento que incluye la responsabilidad estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables.

Aceptada, como principio, la responsabilidad del Estado. ¿Cuál es su "fundamento"? Al respecto se sostienen los cuatro criterios:

*a) Un primer criterio considera que la responsabilidad del Estado por los daños que éste ocasione halla su fundamento en los "riesgos sociales", lo cual implica excluir la "culpa" estatal como fundamento de su deber de resarcir los daños que se produzcan por los hechos o actos que le sean imputables.*

*Como lo expresa Entrena Cuesta, y sin perjuicio de que claramente este tratadista advierte que la responsabilidad del Estado ha sido certeramente calificada de última ratio del "Estado de Derecho", desde el punto de vista práctico basta recordar las proporciones del actual intervencionismo administrativo para percatarse de la casi permanente situación de riesgo en que los particulares se encuentran situados. La existencia de ese riesgo es exacta. Al respecto hoy ocurre todo lo contrario a lo que acontecía antaño con la actuación del Estado liberal, cuya intervención dejaba casi libre la esfera de actividad de los administrados, circunstancia que entonces explicaba la tolerancia de la idea de "irresponsabilidad" del Estado.*

*Los expresados "riesgos sociales", aun existiendo, podrán ser la "causa" de los respectivos daños y perjuicios, pero en modo alguno constituyen el "fundamento" de la responsabilidad estatal (obligación de resarcir al damnificado). La específica "teoría del riesgo" queda absorbida por las consecuencias del "Estado de Derecho", cuyos principios, en definitiva, fundamentan la responsabilidad del Estado. Va de suyo que los comportamientos y conductas del Estado de Derecho han de hallarse plenos de juridicidad.*

*b) Un segundo criterio, como fundamento de la responsabilidad del Estado, exige la existencia de una ley formal que expresamente la reconozca. Es la posición que en nuestro país adoptó Bielsa y que fue seguida por otros expositores.*

*Cuadra aclarar que Bielsa nunca sostuvo que al Estado debía tenerse por "irresponsable": lo único que sostuvo fue que, para reconocer tal responsabilidad, era menester que esto surgiera de una ley formal.*

*Para Bielsa, la responsabilidad del Estado carece de un fundamento jurídico propio. A nuestro entender ese fundamento, como lo pondré de manifiesto en un próximo párrafo, existe y no es otro que el complejo de principios propios del*

*Estado de Derecho. Pero ocurre que Bielsa, apartándose de la generalidad de la doctrina moderna, al efecto impugna varios de esos principios; es así como objeta la aplicación extensiva en esta materia de los principios sobre expropiación por causa de utilidad pública, de proporcionalidad en las cargas públicas, etc.*

*c) Un tercer criterio considera que la aceptación de la responsabilidad del Estado por actos suyos lesivos de la esfera jurídica de los administrados, se impone como regla implícita de lógica jurídica.*

*Como exponente de tal posición pueden transcribirse las siguientes palabras de un jurista español: "...la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría razón ninguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas", porque "desde el punto de vista jurídico lo que sería preciso justificar sería la solución contraria, es decir, el principio de una inmunidad de la Administración respecto a la responsabilidad de los daños causados por su actuación".*

*Sin negar la exactitud del razonamiento que antecede, en derecho no es conveniente limitarse a efectuar una manifestación, sino que es recomendable demostrar toda afirmación que se efectúe. Esto rodea de juridicidad a las soluciones que se propongan y excluye que una afirmación pueda ser tachada de arbitraria.*

*d) Ninguno de los tres criterios expuestos en los respectivos párrafos precedentes sirve, por sí, como fundamento de la responsabilidad del Estado.*

*Tal fundamento no es otro que el "Estado de Derecho" y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Es de esos principios, o postulados, que forman un complejo y que tienden, todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público.*

*Los "principios" aludidos resultan de la Constitución Nacional, como así de las generosas expresiones de su Preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho ("no dañar a otro"; "dar a cada uno lo suyo") que, por cierto, también integran nuestro ordenamiento jurídico, como el de todo país civilizado. Ha de recordarse, por lo demás, que, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos"<sup>88</sup>.*

*Entre tales "principios" pueden mencionarse:*

*1º El respeto del derecho a la "vida" y, en general, a la integridad física del hombre, pues tal derecho, aunque no expresamente, surge implícitamente de la Ley Suprema, ya que su existencia y reconocimiento es requisito "sine qua non" para que el hombre goce de todos los demás derechos expresamente reconocidos por la Constitución. El derecho a la vida actúa como obvia garantía constitucional innominada: sin él no es posible el ejercicio de ninguno de los otros derechos reconocidos expresamente. Recuérdese que, como alguien dijo, la vida es para el derecho y la libertad lo que para los cuerpos el espacio, lo que para los hechos el tiempo. El respeto debido al derecho a la "vida" y a la integridad física del hombre es, en síntesis, el fundamento de la responsabilidad del Estado por la muerte o lesión física causada a una persona al ser ésta, por ejemplo, embestida con un automotor*

<sup>88</sup> CSJN Fallos 137:251, Salazar del Campo, 1922.

*de propiedad de aquél -máxime si en la especie no hubo precisamente "culpa" del Estado-, o al recibir una herida de bala por la actuación de un guardián del orden, etc.*

*2º El respeto a los "derechos adquiridos" o, en otras palabras, el respeto a la "propiedad", todo lo cual surge del artículo 17 de la Constitución.*

*3º Las específicas normas sobre "expropiación" por utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada. Estas normas constituyen un "principio general", de aplicación no sólo en los supuestos específicos de "expropiación", sino en todos los supuestos en que un derecho individual cede o sufre menoscabo por utilidad o interés público.*

*4º La igualdad ante las cargas públicas.*

*5º El "afianzamiento de la justicia".*

*6º El reconocimiento de derechos esenciales (mencionados en el artículo 14).*

*7º Las garantías a la libertad (artículo 18).*

*8º El que surge del artículo 15 de la Ley Suprema, en cuyo mérito "en la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración". Esa "ley" nunca se ha dictado, lo cual, como dice Bullrich recordando a un parlamentario brasileño, posiblemente obedeció a que no se sabía si la indemnización se otorgaría a los amos o a los esclavos...; pero lo cierto es que ese texto de la Constitución evidencia que los constituyentes sancionaron ahí un aspecto de la responsabilidad del Estado.*

*9º El artículo 100 de la Ley Suprema, del cual dedúcese la posibilidad de someter a juicio al Estado.<sup>89</sup>*

La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios propios en los que se funda el "Estado de Derecho". Como precedentemente se presento, en el capítulo uno, es inconcebible la noción jurídica de Estado aislada de la de responsabilidad, no es concebible un Estado de Derecho "irresponsable". Lo contrario implicaría un contrasentido. De esta manera "Estado de Derecho" y "responsabilidad" son conceptos correlativos. Tal responsabilidad existe cualquiera sea el órgano estatal causante del agravio, pues cualquiera de esos órganos, al actuar, lo hace en nombre del "Estado", a cuya estructura pertenece.

La doctrina científica, en todos y cada uno de los rincones del mundo jurídico fundamenta la "responsabilidad" del Estado en el complejo de principios propios del Estado de Derecho.

Aceptada la procedencia teórica de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, su admisión en los casos concretos dependerá de que, respecto al daño o perjuicio cuya reparación se pretenda, en

---

<sup>89</sup> *Op. Cit. 86 Puntos 1626 y ss.*

cada supuesto concurren o se acrediten los requisitos acerca de su existencia, imputación del mismo al Estado, relación de causalidad, monto, etcétera.

Los caracteres del perjuicio son, en general, los mismos, cualquiera sea la especie de aquél. Para que la "responsabilidad" se haga efectiva, es menester la existencia de un daño o perjuicio que deba ser reparado (indemnizado o resarcido). Sin la existencia de ese menoscabo o deterioro la responsabilidad no se pone en movimiento. El "perjuicio" es un elemento esencial de la responsabilidad. Como bien se dijo, sin la existencia de "perjuicio" no existe responsabilidad.

Por tanto, el "perjuicio" indemnizable debe reunir los siguientes caracteres:

*"a) En primer lugar debe acreditarse la efectiva existencia del perjuicio.*

*Un sector de tratadistas exige que tal daño sea actual y cierto; no futuro y eventual. Pero la generalidad de la doctrina, si bien excluye el daño "eventual" (o sea el daño contingente, que puede o no producirse), también acepta el resarcimiento del daño "futuro" pero de inevitable producción; es lo que algunos denominan "daño futuro necesario".*

*b) Entre el daño alegado y la conducta estatal debe existir una relación directa e inmediata de causa a efecto. Es lo que en doctrina denominase "relación de causalidad", "causación o causalidad adecuada".*

*El perjuicio no debe ser "mediato", ni "indirecto". Muchas veces, la determinación de si el "daño" es directo o indirecto constituirá una cuestión de hecho.*

*c) Los daños producidos deben serle jurídicamente imputables al Estado. Esto es obvio. De ahí que los daños producidos por caso fortuito o fuerza mayor no generen responsabilidad estatal; ejemplo: deterioros imprevistos y sorpresivos causados por multitudes desorbitadas.*

*d) Alguien sostiene que para que el daño sea resarcible, debe afectar un "derecho subjetivo" y no "meros intereses". No comparto semejante posición restrictiva.*

*Si en la doctrina incluso se acepta que, en ciertos supuestos, el Estado también deba responder extracontractualmente por el daño "moral", no se advierte por qué no ha de responder por la lesión de meros "intereses" si ello causa perjuicios materiales al administrado.*

*Para que el daño sea resarcible basta, pues, con que él ocasione perjuicios "materiales", sin que al respecto deba distinguirse entre agravio a un derecho subjetivo o a un mero interés." <sup>90</sup>*

Es decir que una vez que se dan todos y cada uno de los requisitos mencionados, puede considerarse la existencia o inexistencia de responsabilidad por parte del Estado, y a partir de este momento considerar si existe una norma legal que establezca las consecuencias de las lesiones que el obrar irregular del Estado genere.

---

<sup>90</sup> *Op. Cit. 86 Puntos 1626 y ss.*

## Capítulo 3

*Hasta que quienes ocupan puestos de responsabilidad no acepten cuestionarse con valentía su modo de administrar el poder y de procurar el bienestar de sus pueblos, será difícil imaginar que se pueda progresar verdaderamente hacia la paz.*<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Juan Pablo II de nombre secular Karol Józef Wojtyła (Wadowice Polonia, 18 de mayo de 1920 –Ciudad del Vaticano, 2 de abril de 2005), fue el 264.º Papa de la Iglesia Católica Apostólica Romana.

## I. DERECHO IMPLICADO.-

Ahora bien resuelta la cuestión del fundamento jurídico-filosófico de la responsabilidad del Estado, tanto por sus acciones como por sus omisiones, cabe preguntarse si a la hora de resolver cuestiones concretas debe aplicarse Derecho Privado o Derecho Público.

La respuesta es sencilla, y en virtud de la amplitud de ámbitos y la complejidad de relaciones en las que el Estado es parte es menester aplicar ambos tipos de derecho, puesto que ambos tipos de normas o principios pueden tener aplicación en estos supuestos: la selección de la o las normas dependerá de la actuación desplegada por el Estado, es decir si éste actuó ejercitando su capacidad (competencia) de derecho público, o si ejercitó su capacidad (competencia) excepcional de derecho privado.

*“Cuando la actuación del Estado tiene lugar en la esfera del derecho privado, su eventual responsabilidad extracontractual se rige por las mismas normas del derecho civil aplicables a las personas privadas (físicas o jurídicas). Así, por ejemplo, si se tratare de la responsabilidad del Estado por las consecuencias de "vías de hecho", al no constituir éstas "actos administrativos", tal responsabilidad rígease por el derecho privado.”<sup>92</sup>*

En cambio, cuando la actuación del Estado tiene lugar en el ámbito del derecho público, su eventual responsabilidad extracontractual se rige, substancialmente, por normas o principios de derecho público y no por los de derecho privado, salvo que corresponda recurrir a éstos subsidiariamente por no haber normas específicas de derecho administrativo.

*“Las normas o principios que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público no son, pues, las normas o principios del derecho civil, ya que en el Código Civil, como lo puso de manifiesto su autor -doctor Dalmacio Vélez Sarsfield- sólo se legisla sobre el derecho privado). La actuación del Estado, en su calidad específica de tal, en modo alguno se rige por el derecho privado, civil en la especie, pues el Estado, por principio, es una persona de derecho público que actúa dentro de éste. Incluso la propia "personalidad" del Estado, en su calidad específica de tal, no surge del Código Civil, sino de la Constitución Nacional . La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público, se rige por principios de derecho público, que fundamentalmente hállese contenidos en la Ley Suprema, y que, por ello mismo, son jerárquicamente*

---

<sup>92</sup> Op. Cit. 86 Puntos 1633.

*superiores a los contenidos en el Código Civil, o se rige por principios que la teoría general considera como "preceptos capitales del derecho.*

*La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al admitir la responsabilidad extracontractual del Estado hacia los administrados, lo hizo aplicando normas del Código Civil relacionadas con la "culpa" o "negligencia". En uno de esos casos el Estado había actuado en su específico carácter de tal, es decir en la esfera del derecho público; en otro de ellos había actuado en el ámbito del derecho privado<sup>93</sup>.*

En todos esos supuestos el Tribunal Supremo fundó sus decisiones en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, que presuponen "culpa" o "negligencia" del responsable. Se realizó una interpretación correcta en virtud de que la responsabilidad del Estado derivaba en esos casos de hechos "culposos" o "negligentes". En el supuesto en que el Estado había actuado en el ámbito del derecho privado era evidente que correspondía aplicar los mencionados textos del Código Civil, y en los casos en que había actuado específicamente como Estado, en la esfera del derecho público la aplicación de esos preceptos se imponía a título subsidiario.

La Corte Suprema excluyó la aplicación del artículo 43 del Código Civil (hoy modificado por la ley 17711). Tal criterio del Tribunal es plausible, pues aquella disposición legal, aun con respecto al derecho privado, no obstaba a la responsabilidad extracontractual del Estado. En los supuestos en que el Estado había actuado en el campo del derecho público, la no aplicación del artículo 43 del Código Civil respondió precisamente a esa circunstancia, tanto más cuanto en el Código Civil sólo se legisla sobre derecho privado.

Ahora bien: aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación la responsabilidad extracontractual del Estado, tanto cuando éste actúa en el ámbito del derecho privado como en el plano del derecho público, y aceptado asimismo por el alto Tribunal que esa responsabilidad tanto puede existir en los supuestos de actos "lícitos" como "ilícitos, todavía falta que la Corte Suprema exprese cuál es el fundamento positivo de la responsabilidad extracontractual del Estado en los casos en que dicha responsabilidad derive de un comportamiento legal, lícito, imputable al Estado, es decir cuando a éste no pueda atribuírsele "culpa", "negligencia" o "dolo" de sus agentes públicos.

Ciertamente, el fundamento positivo que la Corte Suprema deberá invocar para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado, actuando éste como

---

93 *Op. Cit.* 86 Puntos 1648.

tal en el ámbito del derecho público, tratándose de consecuencias dañosas derivadas de actos lícitos, deberá ser alguno de los principios integrantes del complejo de principios inherentes al Estado de Derecho, principios que surgen esencialmente de la Constitución Nacional o de su calidad de preceptos capitales del derecho.

## II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

Lo relacionado con la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" constituye un tema que en nuestro derecho público se halla desierto de normas positivas que lo rijan. Por ello, su tratamiento jurídico debe efectuársele recurriendo a normas analógicas, y a algún principio general de derecho donde existe una norma "genérica" dada por el art. 1074 del Código Civil, que permite ubicar específicamente en ella el tema de la "responsabilidad" del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención; sin perjuicio de la necesidad de adecuación de dicha norma a todos los demás principios que rigen la responsabilidad del Estado.

*“La fuente del art. 1074 del Código Civil argentino es la doctrina científica francesa, no su derecho positivo, que en la especie está representado por los artículos 1382 y 1383 del Código Civil de Francia, de cuya expresión literal se apartó la doctrina de los autores. Vélez Sarsfield se inspiró categóricamente en tal doctrina (nota al expresado artículo 1074), no en el Código napoleónico.*

*La "falta" o ilícito sancionable puede resultar de un hecho omisivo, "in omittendo", como también de un hecho de comisión, "in committendo". Hecho positivo o de comisión; hecho negativo o de omisión. Hecho "activo" el primero; hecho "pasivo" el segundo. Sólo me ocuparé del hecho omisivo, o de abstención, que le interesará al derecho en tanto el hecho omisivo constituya un deber jurídico que el sujeto omiso debió cumplir. Si este deber jurídico, esa obligación legal, no existiere, el hecho omisivo carece de sanción y el derecho se desentiende de él, porque no se habría afectado un derecho ajeno. Es, pues, fundamental distinguir los hechos de omisión de los hechos de comisión.*

*En esta materia el principio o regla consiste en que si el hecho omitido no implica un deber jurídico que el sujeto omiso dejó de cumplir, la omisión carece de sanción. Tal es el principio. La "intención" que pueda haber llevado al omisor a su abstención no es decisiva para resolver este problema; cualquiera fuere esa "intención", si la omisión no implica violación de un deber jurídico, la intención con que se la llevó a cabo resulta irrelevante, por principio. Determinar esto constituye una cuestión de hecho a resolver en cada caso.*

*En el campo teórico, para resolver lo atinente a la responsabilidad que pudiese derivar del acto de omisión aparecieron dos tesis o posiciones. Una amplia, sostenida a principios del siglo pasado, principalmente por el jurista francés Toullier,*

y otra más limitada sostenida por juristas posteriores, entre éstos Aubry et Rau, quienes objetaron la posición de Toullier.

Según la posición de este último, si el que pudiendo actuar para evitar el daño no actúa, se lo considera responsable como autor del daño.

De acuerdo con el criterio adverso al anterior, el que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, sólo será responsable cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido. Es la posición de Aubry et Rau, y demás juristas franceses, aceptada expresa y concretamente por Vélez Sarsfield (artículo 1074 del Código Civil y su nota).

Para fundar su tesis, Toullier sostenía que el que pudiendo evitar el daño no lo impedía, incurría en una especie de complicidad que lo tornaba responsable por las consecuencias de su omisión. Su afirmación fue rechazada por los demás juristas de su país, quienes estimaron que su proposición, al colocar los hechos de omisión en la misma línea que los hechos de comisión, resultaba muy general. Si bien consideraban que desde el punto de vista filosófico y moral la abstención constituye frecuentemente una verdadera falta, no ocurre lo mismo con relación a la ley positiva, ante la cual la simple abstención no engendra responsabilidad. Nosotros debemos responder -decían- de acuerdo con las reglas del derecho positivo, y según éstas sólo hay responsabilidad ante el incumplimiento de un deber jurídico".<sup>94</sup>

Es destacable a fin de desentrañar la lógica que funda la responsabilidad por omisión del Estado la exégesis teleológica del artículo 1074 del Código Civil, que dice así: "*Todo persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido*".

Cabe un primer análisis. Este precepto del Código Civil contempla una situación que igualmente se produce en derecho público con relación al Estado, resultando entonces -ante la falta de tal texto expreso en derecho público- aplicable en este último ámbito jurídico en mérito a lo establecido en el artículo 16 del Código Civil, precepto éste que, no obstante su ubicación, pertenece a la llamada parte general del derecho, aplicable en todos los sectores del mismo; es decir que el precepto del 1074 resulta aplicable analógicamente para resolver, en derecho público, lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su omisión o abstención.

Por principio, y salvo alguna excepción que correspondiere, todo lo que se diga en derecho privado respecto al artículo 1074 del Código Civil, es de aplicación respecto al Estado en la esfera del derecho público.

En un segundo análisis cabe aclarar la función del artículo 16 del Código a la hora de analizar la responsabilidad por omisión del Estado. Dice el art. 16: "*Si una*

---

<sup>94</sup> Op. Cit. 86 Puntos 1629.

*cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.*

El mencionado artículo al establecer la manera de resolver los supuestos que contempla, supedita la decisión de una cuestión que no puede resolverse por la letra de la ley a la analogía y a los principios generales del derecho, estableciendo el orden de prelación que, en los casos concurrentes, han de aplicarse la analogía y los principios generales del derecho, dándole prelación -aunque no exclusividad- a la analogía sobre dichos principios.

Por lo que de no ser suficiente el uso de normas análogas a la hora de resolver una cuestión determinada, el juzgador debe valerse de los principios generales del derecho.

La aplicación de los principios generales del derecho, para fundar la responsabilidad del Estado por su hecho o acto omisivo, tal como surge del expresado artículo 16, es, pues, sólo secundaria o subsidiaria, significando más una aclaración que una fundamentación. No hay razón alguna para que este tipo de responsabilidad tenga un fundamento positivo y un alcance distinto que el de la responsabilidad general del Estado por sus hechos o actos de comisión.

Corresponde insistir en que el mencionado artículo 1074 de nuestro Código Civil, si bien proviene del derecho francés, no procede de su derecho positivo sino de la doctrina científica de dicho país. El doctor Vélez Sarsfield tomó ese artículo de la obra de Aubry et Rau. La nota puesta al pie del precepto legal es clara al respecto.

*“De manera que, en nuestro país, la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión, producidos en el ámbito del derecho público, se rige, por principio, por la disposición genérica del artículo 1074 del Código Civil, cuya amplitud conceptual comprende o involucra a la generalidad de los supuestos omisivos que pueden presentarse; en cambio, en supuestos específicos, como los referentes a hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, rige lo dispuesto en el artículo 1112 del Código Civil.”<sup>95</sup>*

---

<sup>95</sup> Op. Cit. 86 Puntos 1630.

En tercer lugar, continuando con la lógica propuesta, es necesario aclarar que entiende la doctrina que analiza el artículo 1074 del Código Civil en relación a la responsabilidad por omisión del Estado cuando dispone que toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la "ley" le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido; concretamente analizaremos el alcance del concepto de "ley" al que la norma se refiere.

Aclara Marienhoff que el término "ley" trasunta y comprende las omisiones que constituyan situaciones antijurídicas, latamente consideradas, sin que incluyan o comprendan deberes pura y simplemente morales o espirituales, pues en estos supuestos la ley positiva no los ampara.

Y continúa explicando que la mencionada ley no sólo puede ser la "formal" ordinaria, sino también la ley "material" (reglamento). Pero no sólo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento puede determinar que una omisión sea sancionable y obligue la responsabilidad del autor.

Concretar la extensión de la aplicación del concepto de ley en el caso concreto es una cuestión de "hecho" cuya aceptación depende de la razón, del correcto y honesto sentido con que deben interpretarse los hechos en un pueblo culto y civilizado. *"Incluso, en ocasiones, ciertos deberes o comportamientos sociales ineludibles entre personas educadas y cultas pueden constituir un deber cuyo incumplimiento generaría responsabilidad. Hay normas morales, principios éticos, cuyo acatamiento resulta espontáneamente sobreentendido e ineludible entre personas de niveles culturales acendrados, personas cuya actuación se desenvuelve dentro de delicados carriles de dignidad. Los jueces deberán establecer si el caso sometido a su decisión constituye o no un supuesto semejante"*<sup>96</sup>.

De manera que el deber jurídico de cumplir el hecho omitido puede estar expresa o implícitamente establecido; esto dependerá de las circunstancias del caso concreto. Pero la obligación legal, el deber jurídico, aún la obligación implícita, debe resultar o aparecer sin duda alguna, plenamente fundada en la razón, en el buen sentido.

La responsabilidad del Estado derivada de lo dispuesto en el artículo 1074 del Código Civil corresponde a la actividad ilícita reglada en el mismo Código . A su vez,

---

<sup>96</sup> Op. Cit. 86 Puntos 1630.

la responsabilidad que surge del hecho o del acto de omisión o de abstención es "objetiva".

Si bien muchos autores le atribuyen fundamental importancia al concepto de "falta de servicio" regulado por el artículo 1112 del Código Civil, como principio formal fundante de la responsabilidad del Estado por su comportamiento omisivo; el mismo fracasa en cumplir los requisitos de principio general en virtud de que esa disposición legal contempla supuestos particulares o específicos de omisiones -referidas al comportamiento de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones-, por lo que ese precepto específico cede, por lógica jurídica, ante el artículo 1074 del Código Civil, que es una norma genérica comprensiva de cualquier posible comportamiento omisivo, y que debe considerarse como el fundamento formal de la responsabilidad extracontractual del Estado por sus abstenciones.

*"No obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un funcionario o empleado público ("agente público"), el Estado es responsable por las consecuencias dañosas de tal comportamiento o conducta. Esa responsabilidad es "directa", no "indirecta", a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de un agente público (funcionario o empleado). La responsabilidad extracontractual del Estado es, pues, "directa", vale decir presupone un hecho o acto propiamente suyo.*

*Lo que antecede es así porque los agentes públicos (funcionarios o empleados) no son mandatarios ni representantes del Estado, sino "órganos" suyos, integrando en esta última calidad la estructura misma del Estado. De ahí que la conducta, actuación o comportamiento de dichos órganos le sea directamente imputable al Estado, al extremo de que tal conducta, actuación o comportamiento valen como si fuesen del Estado mismo.*

*Sería un contrasentido hablar aquí de responsabilidad "indirecta", pues los expresados "órganos" (funcionarios y empleados) no son terceros respecto al Estado, sino partes del mismo, como que son sus propios órganos a través de los cuales debe inexcusablemente obrar, pues es a través de ellos que el Estado expresa su voluntad y su acción. La actividad estatal sólo se concibe a través de acciones u omisiones de sus órganos (funcionarios y empleados).*

*Únicamente cabe hablar de responsabilidad "indirecta" cuando a un sujeto de derecho le sean imputables las consecuencias de hechos o actos de otro sujeto de derecho; verbigracia, responsabilidad del patrón, persona física o individual, por el hecho o acto de su dependiente. Pero esto no ocurre en materia de responsabilidad estatal, dado que los agentes públicos (funcionarios y empleados), en el orden de ideas que aquí se considera, no son sujetos distintos al Estado, sino, por el contrario, constituyen partes del mismo, en calidad de órganos suyos.*

*Si bien entre "funcionarios" y "empleados" públicos existe una diferencia conceptual, esto no admite que la responsabilidad del Estado se considere "directa" en el supuesto de hechos o actos de sus "funcionarios" e "indirecta" en el supuesto de hechos o actos de sus "empleados", pues, como quedó dicho, ambos son igualmente "órganos" del Estado.*

*Tampoco la distinción entre "actos" y "hechos" de la Administración Pública sirve para considerar "directa" su responsabilidad en el supuesto de los primeros (actos) e "indirecta" en el de los segundos (hechos). Tal diferenciación carece de base lógico-jurídica, porque la actividad ordinaria y normal de la Administración Pública (Estado), a través de sus agentes públicos, no se concreta ni agota en específicos actos, sino que incluye "hechos", lo que entonces impide que, sobre la base de esa distinción, en unos casos su responsabilidad se considere "directa" y en otros "indirecta".*

*La responsabilidad extracontractual del Estado es, pues, "directa". Tal es, también, la opinión de la doctrina dominante. Algunos autores estiman que, en ciertos casos, la responsabilidad extracontractual del Estado es simplemente "refleja" ("indirecta"); pero al sostener esto se olvida que el agente público es específicamente un "órgano" del Estado (no un mandatario o representante), con sus correlativas consecuencias. Otros autores, haciendo una distinción entre el órgano de una persona física y el de una persona moral, en el sentido de que el órgano del cuerpo humano no tiene iniciativa alguna, contrariamente a lo que ocurre con el órgano de una persona moral que tiene impulsos e iniciativas propios, sostienen que ello obliga a discernir qué comportamientos del órgano son imputables a la persona moral y cuáles a la persona física; no obstante, en general y como principio, nada de ello impide que los daños causados por el Estado a través de la actividad de sus funcionarios o empleados, actuando éstos como tales, le sean directamente imputados a aquél<sup>97</sup>.*"

### **III. RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN, RESPONSABILIDAD LEGISLATIVA Y JUDICIAL.**

Tal y como indica el título comenzaremos haciendo referencia a la responsabilidad administrativa. De todas las especies de responsabilidad en que puede incurrir el Estado con motivo del desempeño de sus funciones y atribuciones, desde el punto de vista "cuantitativo" éste constituye el más importante, pues la Administración Pública es el órgano de gobierno que, por la índole de sus funciones y actividades, tiene mayor relación con los administrados.

Dice Marienhoff que *"la actividad administrativa, contrariamente a lo que ocurre con la actividad legislativa y con la actividad judicial, es actividad "inmediata": la realizan y llevan a cabo los propios órganos administrativos; en cambio, el legislador y el juez, por principio, no ejecutan por sí sus propias decisiones, sino que le requieren su cumplimiento a la Administración. Además, la actividad de la Administración es "práctica". Finalmente, la actividad de la Administración es "permanente" o "continua", en tanto que la legislación y la justicia son actividades*

---

<sup>97</sup> Op. Cit. 86 Puntos 1631.

*intermitentes o discontinuas. Todas esas características de la actividad de la Administración Pública aumentan la posibilidad de que, su ejercicio, cause daños y que de ahí derive una responsabilidad hacia los particulares o administrados*<sup>98</sup>.

Pero debemos entender la noción de Administración corresponde al punto de vista material, objetivo o substancial, y no al criterio orgánico o subjetivo; de modo que no sólo puede haber "administración" en la actividad del órgano Ejecutivo, sino también en la de los órganos Legislativo y Judicial; y la doctrina está de acuerdo en que la responsabilidad del Estado por hechos o actos de la Administración, comprende también los respectivos comportamientos o conductas de los órganos Legislativo y Judicial.

Las funciones de la Administración Pública, su actividad, no sólo se traducen o expresan en "actos", sino también en "hechos". De ahí que la responsabilidad extracontractual del Estado, como consecuencia de la actividad de la Administración Pública, pueda surgir de "actos" o de "hechos" imputables al mismo.

En el ámbito jurídico de nuestro país, la aceptación de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando actúa en la esfera del derecho público, tuvo diversas aristas, que describiremos a continuación, en virtud de la importancia de las mismas para el derecho nacional:

*"a) La doctrina*

*En este aspecto, la opinión hallábase dividida en dos grupos irreductibles.*

*Uno de ellos, auspiciado por el Dr. Rafael Bielsa, sostenía que, si bien debía aceptarse la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público, ello sólo podía ser así en tanto una ley formal lo dispusiera.*

*El otro grupo, representado por el Dr. Rodolfo Bullrich, sostenía que el Estado podía ser responsabilizado extracontractualmente en la esfera del derecho público, sin necesidad de que una ley formal admitiere tal responsabilidad. Sosteníase que el fundamento de ésta hallábase en una serie de principios de derecho público, inherentes al Estado de Derecho.*

*Esta última orientación doctrinaria ganó terreno entre nosotros, y se impuso, siendo aceptada por juristas posteriores. Es también la que prevalece en el derecho extranjero. Así debió ser, pues reposa en una lógica incontrovertible.*

*b) La jurisprudencia*

*En este orden de ideas sólo me referiré a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, dado el carácter "final" de ellas, son las que resolvían en definitiva las cuestiones pertinentes.*

*En la jurisprudencia del alto Tribunal adviértense tres períodos o etapas netamente diferenciados.*

*En el primero de esos períodos no admitía la responsabilidad extracontractual del Estado en el plano del derecho público.*

*Para sostener esa irresponsabilidad, la Corte Suprema procedió así: 1º partiendo de la doctrina de la doble personalidad del Estado -hoy abandonada por la casi totalidad de los autores-, sostuvo que el Estado, como Poder Público, es irresponsable porque obra en virtud de su "soberanía". 2º Como persona jurídica (quería decirse: "en el ámbito del derecho privado"), sostúvose que el Estado sólo es responsable contractualmente, pero no extracontractualmente (supuesto de delitos o cuasidelitos), porque las personas jurídicas no responden por los actos ilícitos de sus representantes (artículos 36 y 43 del Código Civil) . 3º Aceptaba la responsabilidad del Estado cuando ésta surgía de una ley .*

*Esa posición de la Corte Suprema tenía dos deficiencias esenciales: al aplicar indebidamente la inadmisibles teoría de la doble personalidad del Estado, en un caso rechazaba categóricamente la responsabilidad (supuesto de actuación del Estado en el ámbito del derecho público) y en el otro caso en parte la aceptaba (responsabilidad contractual en el plano del derecho privado); al aplicar normas del Código Civil, artículos 36 y 43, excluía la responsabilidad extracontractual del Estado en la esfera del derecho público.*

*En el segundo período, la Corte Suprema, cambiando de criterio, admite la responsabilidad extracontractual del Estado -en el ámbito del derecho público- en los supuestos de "culpa" imputables a éste. Invocó los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. Es decir, el Tribunal admitió la responsabilidad estatal como consecuencia de un comportamiento ilícito que le era imputable. No volvió a invocar el artículo 43 del Código Civil.*

*En el tercer período, que es el actual, la Corte Suprema, para responsabilizar extracontractualmente al Estado en el ámbito del derecho público, prescinde de que los daños deriven de un comportamiento "ilícito" (vgr., "culposo" o "doloso"), pues tanto admite esa posible responsabilidad en el supuesto de daños derivados de una conducta ilícita como del ejercicio "legal" de sus prerrogativas o potestades.*

*Lo cierto es que, como la propia Corte Suprema lo ha declarado expresamente, dicho Tribunal admite ahora la responsabilidad extracontractual del Estado, tanto en el derecho privado como en el derecho público<sup>99</sup>.*

La generalidad de la doctrina actual admite o acepta la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, máxime cuando hoy está definitivamente abandonada la tesis de que el Estado era "irresponsable", extracontractualmente, en el ámbito del derecho público, porque ahí actuaba ejercitando su "soberanía", siendo entonces de advertir que la actividad "legislativa" es expresión típica del poder "soberano" del Estado. A pesar de esto último, hoy no se pone en duda la posibilidad teórica de la responsabilidad del Estado-Legislador.

En un comienzo negábase la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos.

El criterio de irresponsabilidad se basaba en que "legislar" implica ejercicio de la soberanía, y los agravios causados por el soberano no se reparan; llegándose a

---

<sup>99</sup> Op. Cit. 86 Punto 1652.

fundar que dado que la ley es expresión de la voluntad general, el daño que ocasionara una ley era también parte de dicha voluntad.

*“No obstante, Duguit, desde un principio, partiendo de que, respecto a los administrados, el Estado actúa como asegurador de todo riesgo resultante de su actividad general, sostuvo que dicho seguro cubre también el riesgo que resultaba de la aplicación de una ley. De ahí que considerase responsable al Estado por las consecuencias de sus actos legislativos. La generalidad de la doctrina actual admite la posibilidad teórica de la responsabilidad del Estado por sus actos de legislación.*

*En Francia, hasta el año 1938, no se aceptó la responsabilidad del “Estado-Legislator”, salvo que el propio legislador aceptare tal responsabilidad. Ello ocurrió en un caso que, por implicar un cambio trascendental en las prácticas jurídicas de Francia, adquirió gran notoriedad, y que dado el prestigio del Consejo de Estado de Francia y lo plausible de la decisión adoptada, ejerció gran influencia en el ámbito jurídico del mundo occidental. Me refiero al caso relacionado con la Sociedad La Fleurette, precedentemente denominada “la Gradine”, que era el nombre del producto que ella fabricaba. Este consistía en una crema compuesta de leche, aceite de maní y yema de huevo. En junio de 1934 se dictó una ley protectora de los productos lácteos. Esta ley prohibía vender y fabricar, exportar, importar o introducir en tránsito, bajo la denominación de crema, seguido o no de un calificativo, producto alguno que no proviniera exclusivamente de la leche. Tal prohibición afectó, entre otras, a la mencionada Sociedad La Fleurette, quien, para el ejercicio de su industria, había realizado una apreciable inversión de capital. A raíz de la paralización forzosa de su actividad, dicha Sociedad solicitó administrativamente una indemnización, requerimiento que no tuvo éxito. Acudió entonces al Consejo de Estado, quien, al hacer lugar a la demanda, condenó al Estado por las consecuencias del expresado acto legislativo. El Tribunal consideró que la prohibición establecida por la ley de 1934 respondió a una exigencia del interés general, por lo que sus consecuencias debían ser soportadas por la colectividad toda; además, el Tribunal hizo presente que la actividad prohibida no era en modo alguno nociva, habiendo sido hasta entonces perfectamente lícita”<sup>100</sup>.*

Es probable que quienes rechazan la responsabilidad del Estado, acaecidas por actos legislativos, estén influidos por el rango de la ley formal en los países de Constitución flexible, donde indiscutiblemente la ley formal tiene una jerarquía muy distinta a la de la ley formal en los países de Constitución rígida.

Y este es el caso de la República Argentina en donde si la ley agravia algún derecho o garantía reconocidos por la Constitución, la ley de referencia deberá ser declarada nula si fuere inconstitucional y, si fuere válida por ser constitucional, se condenará al Estado al pago de daños y perjuicios como consecuencia de su responsabilidad por dicho acto de legislación.

Es evidente entonces que el daño que el Estado ocasione en ejercicio de su función legislativa puede resultar de una ley “válida” o de una ley “inválida”, pues

---

<sup>100</sup> Op. Cit. 86 Puntos 1655.

también en este ámbito rige el principio de que el comportamiento dañoso o lesivo del Estado es posible que derive del ejercicio "inválido" (ley "inconstitucional") o del ejercicio "normal" de sus potestades legales (ley que monopoliza una actividad -lícita, desde luego- que hasta entonces era de libre ejercicio por los administrados).

Lo mencionada anteriormente tendrá consecuencias en relación a los modos de fiscalizar jurisdiccionalmente la actividad legislativa, que podrá realizarse por una simple declaración de inconstitucionalidad de la norma, si ésta aún no hubiere causado "perjuicio" material por no haber sido puesta efectivamente en ejercicio; o bien condena al pago de daños y perjuicios causados por leyes que, siendo constitucionales, causan un daño patrimonial, o por leyes inconstitucionales que al ser aplicadas causan daño.

La responsabilidad del Estado por sus actos legislativos puede derivar de una tanto de una ley formal ordinaria como así también de una reforma constitucional que implicare un agravio a principios esenciales contenidos en la Constitución, resultando por ende viciada de nulidad, y considerable inconstitucional.

*“En un país constitucionalmente organizado, la ulterior reforma de la Constitución no puede despojar -es decir, privar sin indemnización- a parte de los habitantes de derechos esenciales que la Constitución originaria les atribuyó. La comunidad tiene el deber jurídico de seguir respetando las consecuencias de lo originariamente concebido y establecido como regla básica de convivencia. Por lo demás, es de suponer que toda "reforma" constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde se deriva la obvia necesidad de resarcir los daños que los administrados reciban en semejantes condiciones. Estos criterios básicos no pueden ser desconocidos sin agraviar elementales principios de ética-jurídica, valor, éste, inapreciable en la estructura de un Estado, dado el apoyo que, a través de la garantía de seguridad, implica como factor estimulante para asegurar el trabajo honesto y el progreso, lo que indiscutiblemente integra los "fines" del Estado. Resolver o pretender lo contrario implica un agravio a la civilización, cuyos adelantos requieren el respeto a los principios inmanentes de cultura que tanto han contribuido al bienestar de la humanidad, bienestar que se traduce en la variedad de bienes (materiales, científicos, morales) que es posible esperar de una situación de paz moral para el desarrollo de las actividades y ejercicio de los derechos”<sup>101</sup>.*

El "fundamento" de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legislativa, es el mismo que el de la responsabilidad extracontractual por hechos o actos de la Administración Pública, o sea alguno de los principios del

derecho público integrantes del complejo de principios inherentes al Estado de Derecho.

Es menester tener presente el fundamento concreto de tal responsabilidad dependerá, a su vez, de lo que constituya el caso particular que se considere. Según de qué se trate en el caso concreto, así será el "principio" o "fundamento" a aplicar para fundar la tesis de la responsabilidad. Es por ello que resulta prácticamente imposible aplicar todos los "principios" aceptados objetivamente por la doctrina.

*“Con relación a la norma legal determinante del daño o lesión jurídica al administrado, y al resarcimiento de tal daño o lesión, pueden presentarse tres supuestos o situaciones:*

- a) La propia ley reconoce el derecho a la indemnización.*
- b) La ley guarda silencio al respecto.*
- c) La ley niega derecho al resarcimiento.*

*En el primer supuesto, es decir cuando la ley reconoce el derecho a la indemnización, no existirá problema alguno. Todo consistirá en adecuar luego el resarcimiento al daño efectivamente producido. En este caso el juez no tendrá dificultades, pues su labor se limitará a "cumplir" o "ejecutar" la ley en lo que respecta a la indemnización.*

*En la segunda hipótesis, o sea cuando la ley guarda silencio acerca del resarcimiento, lo atinente a la procedencia de éste dependerá de que el caso concreto admita la aplicación de alguno de los principios jurídicos inherentes al complejo de ellos propio del Estado de Derecho, en cuyo mérito resulte obvio el otorgamiento de una indemnización. En Francia, donde habíase mantenido firme la tesis de la irresponsabilidad del Estado-Legislator, si la propia ley no reconocía el derecho a la respectiva indemnización, en el año 1938, en un supuesto donde la pertinente ley nada decía acerca del resarcimiento, el Consejo de Estado, dadas las características del caso, cambió de criterio, y admitió la indemnización a favor del administrado: se invocó el "principio de derecho" que establece la igualdad ante las cargas públicas: tratábase del caso de la Sociedad "La Fleurette".*

*En el tercer supuesto, o sea cuando en la propia ley el legislador niega todo resarcimiento a los administrados, las cosas adquieren un tono más grave, pues el damnificado no sólo deberá gestionar el otorgamiento de la indemnización, sino también la declaración de que su negativa dispuesta en la ley agravia algún principio esencial de rango constitucional. Sayagués Laso hace resaltar que una disposición legal semejante afectaría la competencia propia del Poder Judicial, decidiendo por vía legislativa un conflicto de derecho entre partes. No es, pues, procedente el criterio de algunos autores cuyos países hállanse regidos por una Constitución "flexible", en cuanto afirman que si el legislador negó toda reparación, el juez, supeditado a la supremacía de la ley, debe inclinarse ante ésta. En países como el nuestro, de Constitución "rígida", esta última solución es inaceptable: la ley debe supeditarse a la Constitución, por hallarse debajo de ella<sup>102</sup>.*

Con referencia al resarcimiento del daño o perjuicio que la aplicación de una ley les ocasione a los administrados, pueden mencionarse las cuatro siguientes hipótesis esenciales:

**1º Ley que prohíbe o restringe, para el futuro, el ejercicio de una actividad o industria considerada peligrosa o lesiva para la salud o la moral públicas**<sup>103</sup>.

Ejemplos: prohibición de ejercer la industria de saladería de cueros y carnes en forma que atente, manifiesta e indubitadamente, contra la salud de los vecinos de los respectivos establecimientos saladeros<sup>104</sup>; prohibición de ejercer la prostitución; ley que tuviese por objeto y finalidad suprimir prácticas fraudulentas, etc.

Las personas afectadas por esas prohibiciones carecen de derecho a ser indemnizadas puesto que no resultando semejantes actividades "legalmente honestas", quienes las ejerciten no pueden pretender el amparo del derecho. No hay, en estos casos, responsabilidad alguna del Estado hacia los administrados o particulares comprendidos en la norma prohibitiva.

**2º Destrucción o decomiso de cosas muebles (sean o no semovientes) peligrosas para la salud o seguridad de los habitantes o para la economía pública**<sup>105</sup>.

Tales serían los supuestos de sacrificios de perros hidrófobos, de vacunos atacados de aftosa, de vides atacadas de filoxera, etc. La destrucción de tales cosas no apareja responsabilidad alguna para el Estado, porque, dada la condición en que se encuentran, no constituyen una propiedad que se halle en "estado legal", por lo que entonces no tienen la protección del orden jurídico

**3º Ley que, al disponer el monopolio estatal de una industria lícita, que en nada afecte a la salud física o moral del pueblo, les prohíbe su ejercicio para el futuro a los administrados que hasta entonces la ejercían**<sup>106</sup>.

Es lo que suele ocurrir con actividades que son declaradas servicios públicos (provisión de electricidad para alumbrado y fuerza motriz; suministro de gas; servicio telefónico; etc.), o como sucedió en países extranjeros con ciertas actividades

<sup>103</sup> Op. Cit. 86 pág.297

<sup>104</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 31, páginas 273-284, in re "Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires sobre indemnización de daños y perjuicios", sentencia del 14 de mayo de 1887.

<sup>105</sup> Op. Cit. 86. pág.298

<sup>106</sup> Ibid. 103.

industriales y comerciales: explotación de minerales de primera categoría, explotación de hidrocarburos, minerales radioactivos, fabricación de fósforo; seguros de vida; tabacos, etc.

La actitud que asume el Estado en este caso es perfectamente lícita, y consecuente con sus prerrogativas constitucionales; siendo en consecuencia los daños que tal prohibición legal les ocasione a los administrados, que hasta la sanción de la ley ejercían esas actividades, indemnizables. Esta obligación de indemnizar es una consecuencia lógica de la garantía constitucional a la inviolabilidad de la propiedad, al derecho de ejercer toda industria lícita y de comerciar

**4º El cambio del derecho objetivo, en cuanto produzca un perjuicio en el patrimonio de los administrados ¿es causa de responsabilidad del Estado? ¿Debe éste indemnizar a los administrados que sufren daños con motivo de ese cambio del derecho objetivo?<sup>107</sup>**

Tal sería el supuesto de una ley que declare del "dominio público" bienes o cosas hasta entonces del dominio privado de los particulares; aguas subterráneas o freáticas; aguas que nacen en una heredad privada y exceden los límites de tal heredad; etc.

*“Si bien el Estado puede llevar a cabo esos cambios en el derecho objetivo, no es menos cierto que ello sólo será eficaz mientras cumpla con las exigencias que surjan de la Constitución Nacional, lo que es tanto más exacto en un país, como el nuestro, de Constitución rígida, donde la ley formal está absolutamente subordinada a la Ley Suprema.*

*El cambio del derecho objetivo, pues, en cuyo mérito se determine, por ejemplo, el traspaso al dominio público de toda una categoría de bienes hasta entonces de propiedad "privada" de los habitantes, sólo será lícito -y se mantendrá dentro de los límites de la juridicidad- en tanto no se afecten derechos de índole patrimonial, pues éstos hállanse protegidos por la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad. El dominio es "perpetuo", y, no contando con el asentimiento del interesado, o no existiendo hechos imputables al mismo que le hagan perder su derecho, éste sólo puede desaparecer mediante expropiación<sup>108</sup>”.*

En doctrina es casi unánime la opinión de que, para que el Estado sea extracontractualmente responsabilizado por el daño resultante de la aplicación de una ley, tal daño debe individualizarse con relación a una persona o grupo de personas, es decir que el daño debe ser especial, particular o singular y no universal

---

<sup>107</sup> Op. Cit. 86. pág.298

<sup>108</sup> Op. Cit. 86. pág.299

o general, más según destaca Marienhoff esta posición es equivocada por dos razones:

En primer lugar porque la posición que exige que el daño sea "particular", "especial" o "singular" y no "general" o "universal" proviene, originariamente, de tratadistas o autores que, ante el sistema constitucional vigente en sus respectivos países, no consideran "suprema", en el sentido norteamericano y argentino, exclusivamente a la Constitución, sino también a la ley formal, pues en aquellos países el "poder constituyente" prácticamente se confunde con el "poder legislativo".

El segundo fundamento para descartar la mencionada posición nace en virtud de que resulta inaceptable la afirmación de que el perjuicio o daño "general" no es indemnizable porque constituye una carga pública. Cuando el perjuicio "general" se concreta en la pérdida de la propiedad sobre una cosa, verbigracia disposición legislativa que declara del dominio ciertas cosas que hasta entonces eran del dominio privado de los administrados, tal disposición no trasunta, técnicamente, una "carga pública", sino un despojo o una confiscación, lo que en manera alguna armoniza con disposiciones de la Constitución Nacional. Pretender que ello constituye una "carga pública" significa tergiversar el concepto jurídico de la misma.

En tercer lugar es necesario destacar que es prácticamente imposible que el perjuicio sea universal pues jamás los efectos de una ley inciden en todos los habitantes de un país, la misma afectará a un sector de la sociedad de mayor o menor envergadura

Por lo que se puede concluir indubitablemente que si una ley causa un perjuicio "general, y tal ley resulta en oposición a la Constitución Nacional, sus derechos o garantías, debe o bien declararse dicha ley o admitirse la responsabilidad del Estado por el perjuicio o daño que a raíz de la aplicación de ella se ocasiona en el patrimonio de los administrados.

*“Es inconcebible que, para aceptar la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, la lesión patrimonial deba ser "especial", "individual" o "particular" y no general”<sup>109</sup>.*

Finalmente, y como se estableció en el título del presente capítulo es menester referirse a la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la administración de justicia.

---

<sup>109</sup> "Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV. Limitaciones a la propiedad privada en interés público. Policías. Poder de policía. Responsabilidad del Estado." Marienhoff, Miguel S. pág.302.

Desde hace ya mucho tiempo fue considerado lo relativo a los daños que el Estado podría producirles a los administrados en este ámbito; circunscribiéndose, sobre todo, a la reparación a las víctimas de "errores judiciales", especialmente en el ámbito penal.

La evolución de estas consideraciones se fue ampliando a todos los supuestos de daños que derivan de la actividad judicial del Estado-, denominándose responsabilidad del Estado por sus actos judiciales de tipo jurisdiccional, o sea responsabilidad del "Estado-Juez".

Se habla de "actos judiciales de tipo jurisdiccional", porque el órgano "Judicial" también puede emitir actos no jurisdiccionales, que son entonces actos "administrativos", emitidos por dicho órgano, actos éstos que quedan incluidos en la responsabilidad atinente a los "actos administrativos".

*“Actualmente, hay expositores que pretenden adscribir a la "responsabilidad del Estado por sus actos judiciales", no sólo los daños emergentes de "errores judiciales" (verbigracia, condena penal de un inocente), sino también las consecuencias que puedan derivar de otros tipos de comportamientos del Estado-Juez; por ejemplo, consecuencias derivadas de actos procesales que no constituyen precisamente "sentencias" definitivas; daños ocasionados por la conducta dolosa del juzgador; condena en primera instancia que es dejada sin efecto en segunda instancia; detención y procesamiento de quien es después sobreseído definitivamente o absuelto; detención preventiva exageradamente prolongada; publicidad indebida a raíz de un proceso penal en el que el imputado es sobreseído o absuelto; etc. ¿Pueden admitirse todos estos actos o circunstancias como causa de responsabilidad del Estado por sus actos judiciales?*

*Cuadra advertir que, desde el punto de vista teórico, a la responsabilidad del Estado-Juez no se la circunscribe o limita a su actividad en el ámbito "penal"; se pretende extenderla al ámbito "civil" o "comercial".*

*En nuestro país, en el orden nacional, una de las rarísimas normas que pueden relacionarse con esta materia se refiere al comportamiento dañoso del juzgador en el ámbito civil: el artículo 515, inciso 4º, del Código Civil, considera obligaciones "naturales" -con todas sus consecuencias- "las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, o cuando el pleito se ha perdido por error o malicia del juez". Desde luego, esta norma no puede mencionarse como supuesto de recepción de la responsabilidad del Estado-Juez, pues fundamentalmente sólo regla las relaciones de los administrados entre sí, considerados como "partes" de una contienda judicial civil<sup>110</sup>.*

En síntesis: si bien la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales en el ámbito penal se impone racionalmente, no puede decirse lo mismo de esa responsabilidad referida al fuero "civil" o "comercial".

<sup>110</sup> Op. Cit. 86. Puntos 1665-1666

*“En el ámbito penal, la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales, y su correlativo deber de indemnizar al agraviado, nace en el supuesto específico y clásico de "error judicial", o sea cuando alguien fue definitivamente condenado, sufrió prisión y más adelante, al "revisarse" la sentencia condenatoria se advirtió la tragedia de haber condenado a un inocente, quien recién entonces es liberado o a quien recién entonces se le reconoce la corrección de su conducta, rehabilitándolo moralmente. Es en estos casos donde puede y debe hablarse de responsabilidad por acto judicial erróneo en el ámbito penal. Las más elementales nociones de justicia, equidad, derecho, requieren inexcusablemente que el Estado resarza a la víctima de su gran error todos los perjuicios que éste le ocasionó.*

*En un Estado de Derecho no puede concebirse otra solución. Pero en modo alguno debe admitirse responsabilidad del Estado, con la correlativa obligación de indemnizar, cuando alguien haya estado privado de su libertad durante la substanciación del proceso y sea finalmente puesto en libertad -sobreséido o absuelto- por el órgano jurisdiccional de primera, de segunda o eventualmente de tercera instancia, dentro del curso normal u ordinario del proceso”<sup>111</sup>.*

El fundamento de la responsabilidad del Estado por sus actos jurisdiccionales, debe hallarse en alguno de los "principios" de derecho público integrantes del complejo inherente al Estado de Derecho.

*“De lo expuesto se deduce que el fundamento de este tipo de responsabilidad es el mismo que en los supuestos de hechos o actos de la Administración Pública o de acto legislativo . Si la doctrina considera como una "falta" (comportamiento culposo del legislador) la sanción de una ley inconstitucional, por análoga o mayor razón ha de considerarse que incurre en "falta" el juez que condena a un inocente, derivando de todo ello la correlativa obligación del Estado de indemnizar a las personas dañadas”<sup>112</sup>.*

La responsabilidad del Estado por sus actos judiciales no está integralmente tratado en el derecho positivo argentino, siendo este aspecto, el derecho provincial adelantado en relación a la Nación.

En el orden nacional, exclusión hecha de los principios constitucionales que, sólo cabe mencionar la disposición del artículo 515, inciso 4º del Código Civil. Pero, como dijimos anteriormente, dicha norma no puede mencionarse como supuesto de recepción de la responsabilidad del Estado-Juez.

*“En el ámbito provincial las cosas cambian. Muchas provincias, en sus Constituciones, incluyeron textos consagrando la responsabilidad del Estado-Juez. Trátase de la responsabilidad del Estado por "error judicial" en el proceso penal,*

---

<sup>111</sup> Op. Cit. 86. pág.304

<sup>112</sup> Op. Cit. 86. Puntos 1669

*error que resultaría de haber condenado a un inocente, aunque una provincia establece dicha responsabilidad en el supuesto de que alguien haya estado detenido por más de sesenta días y fuese absuelto o sobreseído definitivamente. Otra provincia responsabiliza al Estado-Juez sin distinguir al respecto entre fuero penal o civil, por los daños y perjuicios que ocasionen los jueces de tribunales por los errores que cometan. La ley n° 8132 de la Provincia de Buenos Aires, vigente desde abril de 1974, consagra la responsabilidad del Estado a favor de toda persona que hubiese sido condenada por error a una pena privativa de la libertad, una vez resuelto definitivamente a su favor el recurso de revisión”<sup>113</sup>.*

#### IV. SÍNTESIS.

Así como en el Capítulo Primero vimos la compleja relación que determina la existencia y los fines del Estado, en el que nos encontramos concluyendo observamos el enorme y enredado sistema que determina la atribución de responsabilidad al Estado en la relación con sus súbditos, la que en honor a la brevedad y por ser la más compleja nos referimos únicamente en su faz extracontractual.

Lo que pretendemos con este enfoque no es realizar un estudio dogmático del sistema de atribución de responsabilidad desde un enfoque que, mira o bien desde el derecho administrativo o desde el derecho civil, sino valernos del método descriptivo para partir desde la realidad normativa (en su contenido objetivo) y observar el fracaso de la misma ante el peso de la realidad.

El debate entre administravistas y civilistas respecto a toda la cuestión de la responsabilidad del Estado se remonta a los orígenes del tema tratado, y no obstante la evolución en los principios y a ciertas evoluciones dogmáticas ingeniosas, no se ha podido dar una solución a los problemas del Estado en su vínculo con los administrados.

De hecho a medida que se ha complejizado y aumentado la relación, y por ende la fricción, entre dichos protagonistas han surgido una multitud de problemas para los que la plataforma normativa dispuesta se muestra inútil, generando como resultado una crisis en el orden político, jurídico y social.

---

<sup>113</sup> Op. Cit. 86. pág. 307

Ante la ausencia de respuestas de parte de la administración, o bien ante el fracaso estrepitoso de las mismas, es necesario buscar las soluciones al agotamiento de las estructuras Estatales dentro del marco de la sociedad civil, de la libre iniciativa privada, del empresariado, de los contrapesos democráticos, plebiscitos, etc.

Creo que lo dicho podría resumirse en el concepto de “gobiernos abiertos a los ciudadanos” y con el concepto de subsidiariedad.

*Por un lado “el desarrollo de las tecnologías digitales y la expansión de internet ha favorecido cambios radicales en las capacidades de los usuarios-finales. Estas tecnologías han renovado y fortalecido el ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales para las sociedades democráticas. Entre otros, la libertad de expresión, el derecho de autor y de copia, el derecho de peticionar a las autoridades, el derecho de libre acceso y disponibilidad de la información.*

*Las relaciones entre las tecnologías digitales, las redes distribuidas y las formas de gobierno tienen una larga historia. Las promesas, búsquedas y reivindicaciones de mejores formas de gobierno estuvieron presentes desde los inicios de la digitalización. Desde la informatización de las administraciones públicas hasta los más sofisticados proyectos de gobierno electrónico. En la actualidad, esta pretensión de construir mejores gobiernos y una fuerte ciudadanía digital todavía sigue en pie. Tal vez con más deudas y exigencias, pero también con algo más de vigor. Sin embargo, las tecnologías digitales y las redes electrónicas no son neutras. Ciertas configuraciones socio-técnicas pueden corromper profundamente las actuales formas de gobierno. Otras por fortuna pueden ayudar a construir gobiernos más democráticos, republicanos y toda una nueva relación entre los ciudadanos y sus gobernantes de turno.*

*La idea de un gobierno (electrónico) “abierto” ha surgido recientemente como una vía, una alternativa, como camino posible, que conduzca a la construcción de mejores formas de gobierno en la era digital. A pesar de ser un concepto ambiguo, polisémico, e, incluso, redundante, a través de este comienzan a definirse nuevas formas de gobierno que, mediadas por las tecnologías digitales y redes electrónicas distribuidas, pretenden estar al servicio de los ciudadanos”<sup>114</sup>.*

De ninguna manera planteamos una absurda utopía en la que se automatice la gestión de todos y cada uno los ámbitos de gestión del Estado, pero sí se abran los canales de información y participación en el marco de las políticas y actividades públicas.

*“El gobierno abierto, a pesar de no ser todavía una doctrina política, si puede entenderse como un intento de llevar mayor apertura a la política. Esta apertura se contrapone al secretismo, la clausura y, sobre todo, a la brecha que separa a los ciudadanos y sus gobernantes. Por ello, estas nuevas formas de gobierno buscan*

<sup>114</sup> “Datos, informaciones, obras y gobiernos abiertos a los ciudadanos”. Ariel Vercelli. Publicado en [www.arielvecelli.org](http://www.arielvecelli.org)

*ser más transparentes, confiables, participativas y colaborativas en la administración de la cosa pública. Los gobiernos abiertos tienen, al menos, tres principios básicos: A) transparencias en las formas de gestionar el patrimonio público; B) participación activa de los ciudadanos en las propuestas y elaboraciones de leyes y políticas; C) colaboración entre los gobiernos, ciudadanos, comunidades, ONG's, partidos políticos y empresas<sup>115</sup>”.*

Modelos de gestión de este tipo fueron puestos en práctica por Barack Obama al darle a la información del Gobierno Federal la calidad de “activo nacional” (national asset) o con el portal del País Vasco “Irekia”.

La cuestión de los gobiernos abiertos, de la participación activa de la sociedad civil en las cuestiones políticas se relaciona íntimamente con el principio de subsidiariedad: *“Conforme a este principio, todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda (subsidium) —por tanto de apoyo, promoción, desarrollo— respecto a las menores. De este modo, los cuerpos sociales intermedios pueden desarrollar adecuadamente las funciones que les competen, sin deber cederlas injustamente a otras agregaciones sociales de nivel superior, de las que terminarían por ser absorbidos y sustituidos y por ver negada, en definitiva, su dignidad propia y su espacio vital.*

*A la subsidiariedad entendida en sentido positivo, como ayuda económica, institucional, legislativa, ofrecida a las entidades sociales más pequeñas, corresponde una serie de implicaciones en negativo, que imponen al Estado abstenerse de cuanto restringiría, de hecho, el espacio vital de las células menores y esenciales de la sociedad. Su iniciativa, libertad y responsabilidad, no deben ser suplantadas<sup>116</sup>”.*

*Chocan con el principio de subsidiariedad y lo contradicen palmariamente todas las formas de centralización, de burocratización, de asistencialismo, de presencia injustificada y excesiva del Estado y del aparato público: “Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por las lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos. La ausencia o el inadecuado reconocimiento de la iniciativa privada, incluso económica, y de su función pública, así como también los monopolios, contribuyen a dañar gravemente el principio de subsidiariedad.*

*A la actuación del principio de subsidiariedad corresponden: el respeto y la promoción efectiva del primado de la persona y de la familia; la valoración de las*

---

<sup>115</sup> *Ibid.* 114.

<sup>116</sup> *Op. Cit.* 61 Punto 186

*asociaciones y de las organizaciones intermedias, en sus opciones fundamentales y en todas aquellas que no pueden ser delegadas o asumidas por otros; el impulso ofrecido a la iniciativa privada, a fin que cada organismo social permanezca, con las propias peculiaridades, al servicio del bien común; la articulación pluralista de la sociedad y la representación de sus fuerzas vitales; la salvaguardia de los derechos de los hombres y de las minorías; la descentralización burocrática y administrativa; el equilibrio entre la esfera pública y privada, con el consecuente reconocimiento de la función social del sector privado; una adecuada responsabilización del ciudadano para « ser parte » activa de la realidad política y social del país<sup>117</sup>.*

Podemos decir de modo concluyente que: *“La comunidad política debe regular sus relaciones con la sociedad civil según el principio de subsidiaridad: es esencial que el crecimiento de la vida democrática comience en el tejido social. Las actividades de la sociedad civil —sobre todo de voluntariado y cooperación en el ámbito privado-social, sintéticamente definido “tercer sector” para distinguirlo de los ámbitos del Estado y del mercado— constituyen las modalidades más adecuadas para desarrollar la dimensión social de la persona, que en tales actividades puede encontrar espacio para su plena manifestación. La progresiva expansión de las iniciativas sociales fuera de la esfera estatal crea nuevos espacios para la presencia activa y para la acción directa de los ciudadanos, integrando las funciones desarrolladas por el Estado. Este importante fenómeno con frecuencia se ha realizado por caminos y con instrumentos informales, dando vida a modalidades nuevas y positivas de ejercicio de los derechos de la persona que enriquecen cualitativamente la vida democrática”<sup>118</sup>.*

---

<sup>117</sup> Op. Cit. 61 Punto 187

<sup>118</sup> Op. Cit. 61. Punto 419

# Conclusiones

*"Un buen gobierno no está asegurado por la liberalidad de sus principios, pero sí por la influencia que tiene en la felicidad de los que obedecen".<sup>119</sup>*

---

<sup>119</sup> José Francisco de San Martín y Matorras ((Reducción de Yapeyú, Virreinato del Río de la Plata, 25 de febrero de 1778 - Boulogne-sur-Mer, Francia, 17 de agosto de 1850) Militar y Libertador de Argentina, Chile y Perú.

La presente tesis se estructura a partir de un principio esencial y coyuntural: el fundamento del Estado, su relación con el bien común y su íntima relación con la responsabilidad; pero a partir de dichos conceptos rectores podemos extraer las siguientes conclusiones:

### ***I. Primero:***

La necesidad de trascendente del concepto de Estado, puesto que, como hemos comprobado y podido observar a través de todo el cuerpo de la tesis no es para nada azarosa, la misma reviste un carácter esencial puesto que a partir de ella se explica una porción esencial de la vida y la experiencia humana tal como es la vida en sociedad.

La comprensión de la vital importancia del Estado como gestor de las necesidades de la máxima expresión de la colectividad humana nos muestra que es esencial comprender su función en relación a bienes y valores objetivos.

Como vimos en el capítulo dos, es esencial que la finalidad del Estado, y sus estructuras jurídicas se adecúen a la finalidad propia del hombre, puesto que cuanto más se aleje el Estado del cumplimiento de dichos fines y de la gestión de los bienes que se le adecúan se encontrara en una mayor posición de ilegitimidad (al menos desde el punto de vista del derecho natural), y su función se verá por ende desnaturalizada propendiendo ya no al bien, sino graves males como los que nos acucian.

La adecuada comprensión y delimitación del concepto de Estado , (en los términos del referido capítulo) de sus principios rectores, y su finalidad redundan, consecuentemente, en la posibilidad de garantizar a la ciudadanía los derechos y garantías fundamentales de la persona. La ideologización, el menoscabo, los ataques y vulneraciones a dichos principios y fundamentos lesionan no sólo al Estado en sí mismo, sino a los bienes de los administrados.

Un estado que desdibuja sus principios, a través de sus decisiones y sus políticas, se deslegitima por atacar sus principios esenciales; ataca consecuentemente la libertad de sus ciudadanos, convirtiéndose en un “aparato represivo” y lesivo de los derechos y garantías, en vez de ser su garante y promotor.

Por ello es fundamental la libertad para buscar la verdad, en virtud de que los hombres no pueden satisfacer sus necesidades fundamentales de forma adecuada a su propia naturaleza, si no gozan de libertad psicológica al mismo tiempo que de inmunidad de coacción externa.

No debemos confundirnos con lo antedicho. De modo alguno se intenta endilgar exclusivamente la culpa de la crisis axiológica y social en la que vivimos a la ineficacia del Estado en el cumplimiento de sus fines intrínsecos; pero si podemos asegurar, sin hesitación alguna, que la inoperancia y el fracaso de los mecanismos de contención desplegados por el Estado surgen como una de las causas primordiales.

Como vimos en el capítulo "I" el concepto de Estado, históricamente considerado, lo refleja como una entidad jurídica y una organización que compromete un sinnúmero de cuestiones y personas, estando multívocamente definido desde el punto de vista teórico. En lo práctico es una realidad diversa y mutable, cuya multiplicidad de controles, actores, factores naturales, culturales, etc. divergen con lo que teóricamente se dice de él.

Esta diferencia entre la teoría y la práctica del Estado se ve plasmada en las diferentes vestiduras jurídicas, gubernamentales y políticas de las cuales el mismo es muñido para cumplir con los fines que se le adjudican. Ahora bien, en dicha tesitura observamos que en multiplicidad de ocasiones (como en el caso de la República Argentina) dichas "formas o vestiduras" son inadecuadas e insuficientes para cumplir con los mentados fines.

En la dinámica que existe entre el sentido teórico del Estado (su concepto), la realidad social y los actores de la misma, observamos un absoluto divorcio que se plasma en una contradicción palmaria entre lo ideal y lo real; de la mencionada circunstancia surge una fricción entre lo teórico y lo práctico que en los hechos se traduce como un estado de desconfianza e inseguridad, desde lo que puede considerarse la experiencia propiamente humana hasta las más complejas relaciones jurídicas.

Pero de ningún modo el ordenamiento jurídico, en ningún orden, debe provocar lesiones en los administrados. El ordenamiento jurídico positivo debe ser acorde a los fines naturales de la persona, la dinámica entre la sociedad civil y el Estado será menos conflictiva (y por ende menos lesiva) en la medida en que el ordenamiento jurídico se adecue como medio razonable para propender al cumplimiento de los fines de la persona humana, la Sociedad Civil y el Estado, puesto que los mismos no sólo son compatibles sino que además son connaturales.

La paulatina adecuación de la tarea política y gubernamental a los fines de la persona humana evitará el divorcio entre lo real y lo teórico del Estado, puesto que se adecuará la teoría a la praxis Estatal.

## **II. Segunda:**

La proliferación de (des)controles y mecanismos legislativos irracionales (como el ej. De modelo de Responsabilidad Extracontractual propuesto en el capítulo “III”), el incumplimiento de los valores constitucionales, el creciente desvarío institucional y gubernamental, etc. promueve en la sociedad la creencia de que el ordenamiento jurídico (tanto lo valioso como lo disvalioso) representa un innecesario mecanismo represivo, que por cercenar libertades y derechos individuales, y poner al hombre en un estado de indefensión ante la Administración (y eventualmente ante el resto de la sociedad) no debe ser respetado.

Resulta de esto una fragilidad bifronte: por un lado la fragilidad de una Legislación violada sin que los mecanismos del Estado puedan reaccionar a tiempo para corregir y menos aún impedir las infracciones a los valores constitucionales, y por otro lado la fragilidad del sistema creado en infracción a tales normas superiores. Pues la sociedad percibe que el sistema así violatorio de la Constitución no es valioso y por lo tanto no siente frente al mismo el debido respeto y acatamiento que son las bases mismas del funcionamiento del orden jurídico.

La incompreensión y desarticulación de estos binomios en conflicto de ideal-real e inseguridad-control, llevan a que los diversos encargados de las cuestiones públicas o del Estado no logren resolver satisfactoriamente la implementación de las medidas mínimas para cubrir las necesidades del conjunto.

En esta tesitura, para dar una cabal comprensión de la problemática social, es menester reconocer, tal como lo mostramos en el capítulo “I”, los elementos propios del Estado, del Gobierno y de los diversos grupos que componen el complejo entramado de la sociedad, a fin de poder determinar los mecanismos necesarios para la gestión, control y solución de las diversas problemáticas y conflictos que surgen de la fricción entre lo ideal y lo real.

Es necesario distinguir los elementos de control que cada organización gubernamental (como expresión real del concepto de Estado) dispone a fin de poder evaluar su adecuación a la problemática concreta en las interacciones con los diversos estamentos que lo componen.

Como hemos podido comprobar existe en la sociedad una multiplicidad heterogénea de sujetos (individuales y colectivos) que aportan diversas “energías” y paradigmas a la relación Estado-Sociedad Civil-Persona.

De la eficiencia en la determinación de los grupos sociales menores, intermedios y mayores que componen la sociedad (familias, simples asociaciones, clases, sindicatos, ONG, etc.) y la sinergia que entre ellos y los individuos que los componen se genera, dependerá el éxito en el establecimiento de las políticas de gobierno (Políticas de Estado vulgarmente) y más concretamente de los mecanismos necesarios para reducir drásticamente la conflictividad social, y las consecuente inseguridad que tal estado de la cuestión genera.

Es un error habitual en la mayoría de los gobernantes reducir las políticas gubernamentales a la satisfacción de necesidades colectivas que surgen del pañol del conflicto (caso Blumberg, caso Cromagnon, Caso Tragedia de Once, etc.), debiendo ser el deber que conlleva el obrar responsable la investigación de la problemática que a tales cuestiones subyace, siendo las soluciones de los problemas sociales truncales el camino para la mejor elaboración de mecanismos de control eficientes que promuevan una dinámica de conjunto de mayor participación y consecuentemente ordenada al bien común.

Es tan perjudicial para la seguridad pública, y consecuentemente para el bien común la proliferación excesiva de mecanismos de control como su merma veloz o su ausencia, como hemos podido observar en los capítulos “II” y ”III”.

Es necesario que los pivotes de la actividad pública se centren en una armonía que permita establecer las responsabilidades, obligaciones y derechos de cada estamento público a fin de poder evaluar de forma eficaz si cumplen o no con la finalidad (ideal) que les fue trazada.

Si bien la creación de modelos ideales de gestión es útil y necesaria, los mismos deben indefectiblemente mutar con el devenir a fin de adaptar sus funciones a las necesidades cambiantes de la dinámica social. Si bien el mecanismo de control se plantea como un modelo ideal su trazado real se encuentra limitado no sólo por lo normativo sino por su actividad y su composición.

La participación de la sociedad civil a través de las tecnologías, la apertura de la información pública, la gestión comunitaria y subsidiaria son ejemplos de modelos de gestión que se presentan como fructíferas posibilidades de superar este aparente fracaso del Estado.

### ***III. Tercera:***

Al evaluar el desempeño y consecuente responsabilidad de un órgano no puede considerárselo de modo abstracto, sino que es fundamental insertarse en el sustrato humano del mismo, es decir aquellos que representaron la voluntad del órgano, con sus tareas y su desempeño concreto, a fin de poder determinar en quién debe recaer la responsabilidad.

Debe distinguirse necesariamente la responsabilidad patrimonial de la responsabilidad política del Estado. De igual modo es necesario distinguir la responsabilidad jurídica (normativa) del órgano de las anteriores; y finalmente considerar las mencionadas especies en relación a los funcionarios que los representan.

El ejemplo normativo de la responsabilidad administrativa que hemos presentado nos muestra a todas luces el fracaso del derecho positivo nacional a la hora de poner coto al Estado (más allá de los contrapesos constitucionales o como expresión positiva inferior de ellos).

Más el fracaso tiene un fundamento que podemos resumir citando nuevamente con una anécdota muy particular contada por un historiador y constitucionalista brasileño, que al ser consultado sobre qué reformas propondría a la Constitución, propuso la siguiente: “*Artigo único: Tudo brasileiro fica obrigado a ter verghona*”<sup>120</sup>.

Se resume allí, por una parte, la irrealidad de querer todo llevarlo a una norma escrita, y por la otra, que la clave del buen funcionamiento de un sistema está no tanto en su texto como en los valores con los cuales los ciudadanos efectivamente se comporten, y que de nada vale, sin tales valores, cualquier esquema constitucional (o legal) y cualquier aspiración que en él plasmemos.

Efectivamente la solución no se encuentra, como la mayoría de los medios y la sociedad en su conjunto supone, en la proliferación de sistemas de control legislativo o administrativo, sino en un conjunto operativo de leyes que protejan y promuevan tanto el bien común como los valores fundamentales de la persona humana

El Estado a través de su ordenamiento jurídico ordena y garantiza la convivencia social en un marco de seguridad y responsabilidad pública, como

<sup>120</sup> Frase dicha por el historiador Brasileño Capistrano do Abreu (1926) Traducción- “Artículo único: Cada Brasileiro se encuentra obligado a ser avergonzado”

presentamos en los capítulos primero y segundo. La interpretación y el comportamiento de cada uno de los individuos con respecto a ello son los obstáculos que atentan a la estabilidad y la armonía social. Existen múltiples paradigmas del orden público que están previstos como medios para prevenir el caos y una advertencia externa que modera la conducta para prevenir aquellas no deseadas y la sanción que corresponde en caso de incumplir la norma; pero las mismas carecen absolutamente de valor si no existe un sustrato axiológico que indique que su cumplimiento es obligatorio.

Más como vimos a través de la comparación del ordenamiento normativo (en una porción mínima) y comparándolo con la realidad, estos paradigmas del orden público no cumplen, siquiera mínimamente, con los fines propios del Estado. Son someramente buenos, en sentido finalista, porque al representar un “orden” de la razón son “buenos” en un sentido mínimo de la palabra. A pesar de sus falencias, distorsiones teóricas y prácticas, deformaciones aplicativas, etc. tienen un carácter de bien en sentido genérico.

Tal como lo expresa Przeworski, la noción de Agentividad, entendida como mejora de los mecanismos estatales, establecimiento de criterios normativos que hagan más eficientes los órganos y los controles, y medidas tendientes a una mejor comprensión de los componentes del Estado, la soberanía y la democracia, redundaría en un enorme beneficio a favor de los administrados.

En el mismo orden se encuentran, tal y como lo pudimos observar en el Texto del Dr. Vercelli que una aplicación de las mencionadas nociones son concedidas por los métodos de democracia directos y semidirectos, mediatizados a través de la tecnología; que desde la globalización se presenta al mismo tiempo como una amenaza y una oportunidad para el Estado, la soberanía y la democracia... pero el tratamiento de esta cuestión requiere un tratamiento superior a la cuestión que se trata en la presente tesis.

#### ***IV. Cuarta.***

El escándalo social y jurídico que provocan hechos de gran relevancia social como alguno de los casos enumerados nos hace cuestionarnos respecto al lugar del administrado en su relación con la administración. De qué modo valores como la justicia, el orden y el bien común pueden materializarse si los órganos que se ocupan de la gestión social de dichos bienes/valores no cumplen o cumplen

deficientemente, sin consecuencia alguna, con las funciones que legalmente le han sido adjudicadas.

La indefensión del administrado frente al Estado asume a veces formas insospechadas en el plano teórico, pero dotadas de suficiente realidad en el plano práctico como para merecer algún comentario. Se trata de indefensión no sólo frente a las normas formales, sino frente a las normas y procedimientos que rigen en la práctica pero que no están establecidos en ninguna norma, o que incluso contrarían expresas normas vigentes. Existe así un procedimiento administrativo paralelo al formal, como también una organización administrativa informal que no siempre coincide con la que el organigrama indica.

Si analizamos la realidad podemos observar, con una preocupante plenitud, la existencia de esta circunstancia, de la que el caso propuesto es un ejemplo más que elocuente. La multitud de funcionarios infieles, controles paralelos e insuficientes, trámites burocráticos innecesarios, advertencias institucionales desoídas, ordenanzas y leyes de orden público incumplidas, etc. demuestran lo dicho.

Si bien como sostuvimos anteriormente los fundamentos esenciales de la responsabilidad (en sentido amplio) surgen de los principios generales del derecho dicha circunstancia no implica que la aplicación del método de la responsabilidad civil (y mucho menos aún sus principios) puedan aplicarse a los vínculos entre los administrados y la administración, puesto que dicho comportamiento (como verificamos en la realidad) lesiona bienes/valores de rango constitucional.

La insuficiencia e irracionalidad de la normativa jurídica genera la crisis que observamos y describimos; la constitución del “sistema paralelo” implica al mismo tiempo la proliferación de grupos de presión que se constituyen como verdaderos poderes, que dado su desborde anómico y antinormativo se convierten en poderes paraconstitucionales. Así la realidad jurídica, política, social, económica y gubernamental se ve atravesada y trascendida por un régimen que antepone el disvalor al bien.

Como vemos el caudal de consecuencias disvaliosas es grave:

- Se incumple el sistema Legal,
- Se trastocan los principios y los valores,
- El Estado no cumple con sus fines,
- Se diluye la responsabilidad,
- Se dilatan y flexibilizan los controles,

- Se propende al desorden social.

Por todas estas circunstancias consideramos esencial preguntarnos y replantearnos que queremos y exigimos del Estado. Conociendo su finalidad, los límites de sus facultades y principalmente la importancia vital de la noción de persona humana y bien común como factor de cambio de los paradigmas actuales del comportamiento y la responsabilidad pública, es que se propenderá en mayor medida al bien común.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Pontificio Consejo de Justicia y Paz. Conferencia Episcopal Argentina. 2010.
2. CSJu "Fallos", tomo 31, páginas 273-284, *in re* "Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires sobre indemnización de daños y perjuicios", sentencia del 14 de mayo de 1887. Fallos 137:251, Salazar del Campo, 1922.
3. *Datos, informaciones, obras y gobiernos abiertos a los ciudadanos*. Ariel Vercelli. Publicado en [www.arielvercelli.org](http://www.arielvercelli.org)
4. Definición.de/Estado.2008
5. Diccionario de Filosofía. Nueva Edición actualizada por la Cátedra Ferrater Mora bajo la dirección de Josep María Terricabras. Editorial Ariel S.A, Barcelona. 1ra Edición Revisada, Aumentada y Actualizada. 1994. Priscilla Cohn Ferrater Mora.
6. El Estado en Kant, Ana Lillia Ulloa Cuéllar (Dra. En filosofía de Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Veracruzana).
7. El Príncipe. Nicolás Maquiavelo.
8. Etimologías.dechile.net/?estado.2007
9. Fundamentos de Filosofía Antonio Millán Puelles. Quinta Edición, Madrid.
10. <http://www.es.catholic.net/empresarioscatolicos/464/1123/articulo.php?id=41211>
11. Kant, "*Metafísica de las costumbres*", parte I, 8 (VI), Doctrina del derecho, Ed. Espasa-Calpe, Argentina.
12. La Administración Paralela. Cuadernos Civitas . Agustín A. Gordillo. Editorial Civitas S.A.2001.
13. La filosofía del Estado ético La concepción hegeliana del Estado. Rubén R. Dri (Profesor de Filosofía, Sociología de la Religión y Teoría Política y Social I y II en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA) publicado en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/moderna/cap8.pdf>
14. La seguridad: Una deuda del Estado de Derecho, Roberto Dromi, en "Cuadernos de Época: Serie Servicios Públicos", Tomo 3 Editorial Ciudad Argentina.
15. Ni con Marx ni contra Marx, Norberto Bobbio, Fondo de Cultura Económica, México 1.999, Capítulo VII "Marx y el Estado".
16. Parejo Alfonso, Luciano- Dromi, Roberto, Seguridad pública y derecho administrativo, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina-Marcial Pons, 2001, P.
17. Política. Aristóteles.
18. Que esperar de la Democracia: Límites y Posibilidades del Autogobierno. Adam Przeworski. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2010.

19. Relaciones Internacionales, R. Calduch, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 1991.
20. Rizzi, Lino 1993 "Eticità e stato in Hegel", Milan: Mursia Editore.
21. Suma de Teología, Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España, Cuarta Edición, Madrid, 2001. Tomo II Parte Primera Segunda, Cuestión 96, Artículo 2, Solución, Pág. 749-750
22. Teoría General del Estado, R. Carré de Malberg. UNAM-FCE. México, 1998. P
23. Tratado de Derecho Administrativo, Miguel S. Marienhoff. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998.
24. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General". Agustín Gordillo. Buenos Aires, Editorial F.D.A, 2009.
25. Valor y Derecho. Introducción Axiológica a la Filosofía Jurídica, Héctor H. Hernández. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.