

RESPONSABILIDAD DE LOS ASESORES TECNICOS EN EL PROCESO DE ELABORACION DE NORMAS LEGALES

Por Walter F. Carnota y Patricio A. Maraniello.

SUMARIO: I. Introducción. II.- Responsabilidad. II. 1. Concepto y características. II.2. Clases o tipos de responsabilidad. II. 3. Kelsen y su punto vista desde la teoría general del derecho. III. Distinción entre responsabilidad y obligación. IV. 1. Antecedentes en el derecho comparado. IV. 1. A. Derecho Francés. IV.1. B. Derecho Alemán. IV.1. C. Derecho Español. IV. 2. Derecho Argentino. IV. 2.1. Responsabilidad por error judicial. IV.2.2. Error legislativo: Evolución Jurisprudencial. IV.2.2. Recepción jurisprudencial a partir del caso “Bustos” concurrencia del voto del Dr. Zaffaroni. IV. 3. Tipicidad en el Derecho Penal. V. A modo de conclusión.

I.- INTRODUCCIÓN.

Los agentes públicos sean estos legisladores, jueces o administradores, son guiados y orientados en sus decisiones por expertos en la materia de que se trate, dado que hoy en día la especialidad ha sido considerada como la mejor forma de llegar a resultados acertados.

Cabe destacar que los jueces habitualmente designan lo que conocemos con el nombre de peritos en determinados asuntos (contadores, ingenieros, médicos, químicos, etc). En cambio, los funcionarios políticos tienen asesores internos y externos. Los

primeros son los que se encuentran dentro de la estructura permanente del organismo y los segundos son convocados a cumplir una función de asesoramiento en ciertas cuestiones que por su complejidad o su importancia escapan al conocimiento de los integrantes de su respectivo personal estable.

Ahora bien, cuando un juez dicta una sentencia por un mal asesoramiento técnico de los expertos, o los legisladores o administradores de sus asesores técnicos ¿cuál sería la responsabilidad que tendrían estos últimos en la sentencia, en los decretos o en las leyes hechas por los funcionarios públicos que en definitiva suscriben esos actos?

Esta cuestión ha tenido especial trascendencia debido al fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: “*Bustos, Alberto Roque c/ E.N. y otros s/ amparo*” con fecha 26 de octubre del 2004, sobre el denominado “corralito financiero”. En dicha resolución, el Dr. Zaffaroni -quien forma parte de la mayoría donde ha llegado a la misma conclusión que los otros ministros, pero con argumentos propios- hace expresa alusión a la eventual responsabilidad que les cabe a quienes coadyuvaron en la factura de la ley de intangibilidad de los depósitos bancarios, la que en poco tiempo fue rebasada por las propias variables económicas y financieras.

De todas las consideraciones mencionadas por el Dr. Zaffaroni, podemos extraer la significativa importancia que tiene la responsabilidad de los técnicos que trabajan junto a los funcionarios públicos y el alcance del delito de defraudación por suscripción engañosa de documentos, tipificado por el art. 173 inc. 3 del Código Penal¹.

La temática aquí en tratamiento deviene relevante en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, en la medida en que “las constituciones actuales, propias de los

¹ Art. 173 del CP. *Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: Inc. 3º) el que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento.*

estados sociales y de derecho a diferencia de las etapas liberales, necesitan de la actuación permanente del legislador ordinario para el desarrollo de sus preceptos, caracterizados por ser mandatos para alcanzar un mejor nivel de vida social y económico de la sociedad”. Es que “la constitución no debe ser un código que abarque a detalle todos los ámbitos que se deseen regular. Por el contrario, solo deben marcar los lineamientos generales y trasladarle la obligación de detallar sus preceptos al legislador ordinario”².

Se ha repetido hasta el cansancio que ningún derecho fundamental es absoluto; que, por el contrario, todos son relativos y susceptibles de reglamentación. Los parámetros de ese poder reglamentario son, desde un ángulo formal, el principio de *legalidad*, y desde un plano material, el de *razonabilidad*.

El debido proceso sustantivo, es decir, la reglamentación de los derechos, no sólo se satisface con la primera de las pautas indicadas. El análisis que aquí propiciamos va incluso más allá del control de razonabilidad o de constitucionalidad que incumbe a los jueces respecto de las acciones de los otros poderes del Estado, ya que nos adentramos a analizar productos legislativos *legítimos en sí pero que causan o provocan perjuicio a los derechos de particulares*.

Bajo una perspectiva clásica y anticuada del tema, podría fácilmente catalogarse al proceso de formación y sanción de la ley como una *cuestión política no justiciable*. Después de todo, el *criterio* que adopta el órgano Congreso en la adopción de tal o cual ley pertenece a lo que suele denominarse “zona de reserva de la ley”, o ítems que hacen a la “oportunidad, mérito y conveniencia” congresionales. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina ha enfatizado que no se presume ni la inconsecuencia ni la

² Amezcua, Luis: “Omisiones legislativas en México”, en Carbonell, Miguel (Coordinador), “Derecho Constitucional (Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Contemporáneos)”, México DF, 2004, págs.946 y 947.

imprevisión en el legislador, lo cual tiene su correlato en el ámbito administrativo con la presunción de validez de los actos decididos en dicha sede.

Por lo demás, la inconstitucionalidad, desde la célebre formulación de Brandeis en adelante, configura la “ultima ratio” del ordenamiento jurídico. Dicho en otras palabras, el intérprete debe agotar todos los intentos de armonización y de conciliación de los preceptos jurídicos involucrados para recién allí llegar a su invalidación para el caso concreto. Es lo que se denomina “teoría de la evitación” (*avoidance doctrine*)³.

A los efectos de suscitar responsabilidad, no es entonces necesario llegar al umbral (*threshold*) de la previa declaración de inconstitucionalidad de la norma legal. Se ha expresado al respecto que *“existen normas lícitas y legítimas que en sí mismas no son inconstitucionales, pero cuyos efectos pueden, en algún caso, causar daños a los derechos. En estos supuestos el Estado debe responder por su actividad lícita, reparando el daño mediante una adecuada indemnización a favor de quien lo sufre. Por ejemplo, si el acto legislativo constituye ejercicio legítimo de una facultad constitucional (verbigracia, ley que establece un monopolio), dicho acto será legítimo y válido. Pero toda vez que lesione derechos adquiridos de los administrados y no meras expectativas, deberá indemnizarlos. De la misma manera, cuando el Estado expropia, ejerce una facultad constitucional, pero debe indemnizar al propietario a quien se le expropia”*.⁴

La producción legislativa se ha visto en los últimos años envilecida en su calidad. Redacciones farragosas y confusas, frases vagas y ambiguas, finalidades poco discernibles,

³ Sobre esta construcción del derecho judicial norteamericano, receptada en variadas latitudes, ver López Bofill, Héctor, “Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley”, Valencia, 2004, p. 235 y ss.

⁴ V. Fernández Cittadini, J., “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”, Tesinas de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2003, p. 20.

hacen que las leyes, no bien dictadas, requieran de posteriores aclaratorias, o directamente son derogadas, o declaradas inconstitucionales por los tribunales de justicia.

Pese a que los equipos de asesoramiento de los legisladores y de las comisiones del Congreso se han transformado en una “tecno-burocracia” por derecho propio⁵, ocupando cada vez más espacio físico de aquél asignado a la planta de la Legislatura propiamente dicha, ello no ha contribuido a una depurada elaboración de la norma legal. Todo lo contrario.

La forma o estructura de gobierno no es un dato menor al considerar estos asuntos. Loewenstein estima que el principio rector del presidencialismo es la *interdependencia por coordinación*, mientras que el del parlamentarismo es la *interdependencia por integración*.

Resulta ilustrativo, por ejemplo, estudiar el papel de las comisiones legislativas en los Estados Unidos y en Gran Bretaña. Observan Bradshaw y Pring respecto de los primeros que “la efectividad de los comités en la preparación de la legislación ha sido provocada por un número de factores, notablemente la extensión en la cual, a medida que la legislación devino más compleja, fueron capaces de reclutar personal apto para ayudarlos a evaluar el testimonio de expertos de la rama ejecutiva. Sin embargo, el desarrollo de un sistema completo de comités ha permitido disfrutar al Congreso de una posición genuina de coordinación con el Poder Ejecutivo, como lo contempla la Constitución. Hoy la diferencia entre el Congreso como una legislatura auto-contenida y el Parlamento que se limita a

⁵ Sobre el rol de la Oficina de Presupuesto del Congreso de los EE.UU (CBO), véase Goode, Stephen, “The New Congreso”, New York, 1980, p. 168 y ss. El papel de los equipos técnicos en el Congreso norteamericano es analizado por Patterson, Samuel C., “The Semi-Sovereign Congreso”, en AA.VV., “The New American Political System”, Washington D.C., 1978, p.163 y ss.

criticar, reformar, en ocasiones a rechazar un proyecto de ley, pero sin molestar fundamentalmente al programa legislativo del gobierno como un todo, parece completa”⁶.

Ello se ha visto con nitidez en la investigación del escándalo Watergate en la década de los '70, del affaire “Irán-contras” en la de los '80 y del juicio político al Presidente Clinton en la de los '90, entre otras instancias legislativas de averiguación y pesquisa. Contrasta todo ello con un rol más “digitado” si se quiere de las comisiones del Parlamento británico. Es que sin dudas este sistema ha transmutado de un “gobierno parlamentario” a un “gobierno de gabinete”.

A este análisis contribuye Loewenstein, al consignar que “el grado de autonomía e independencia parlamentaria es diferente en cada tipo de gobierno. No es una exageración el decir que el tipo de gobierno de un determinado Estado depende del grado de autonomía interna del que puede gozar efectivamente el parlamento. *Los controles más débiles del parlamento sobre el proceso legislativo se dan en Gran Bretaña; el gabinete tiene un monopolio sin fisuras sobre el punto*”⁷.

Los crecientes procesos de integración regional (v.gr. Unión Europea), por otra parte, han puesto sobre el tapete el planteo de si cabe imputar responsabilidad por errónea aplicación de la masa de reglas derivadas del llamado *derecho comunitario*⁸.

En el caso argentino, advertimos cómo con creciente frecuencia el Congreso de la Nación es cada vez más reactivo; tiene cada vez menos iniciativa propia y se limita a convalidar la agenda del Presidente, en detrimento de su propia credibilidad institucional. Dentro de este contexto, no es de extrañar que cada vez con más fuerza desde la sociedad

⁶ V. Bradshaw, Kenneth, y Pring, David, “Parliament and Congreso”, Londres, 1972, pág. 264.

⁷ V. Loewenstein, Karl, “Teoría de la Constitución”, Barcelona, 1979, p. 244.

⁸ V. Bidart Campos, Germán J., “La responsabilidad del Estado en los Tratados con jerarquía constitucional”, en AA.VV., “Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio”, Buenos Aires, 1997, p.425 y ss.

civil se abogue (aunque con poca concreción práctica hasta el presente) por el empleo de las formas de la democracia semi-directa que contemplan los arts.39 y 40 de la Constitución Nacional, agregados por la reforma de 1994.

Bien se ha señalado con relación a nuestro sistema político que *“en cuanto al predominio del Ejecutivo en la iniciativa de las leyes, el Parlamento argentino se asemeja al inglés y al francés, aunque algo más atenuadamente...la Asamblea Nacional francesa se ha convertido en una cámara registradora, en el cual el gobierno es quien dispone qué leyes se van a tratar en el orden del día e inicia la mayor parte de los proyectos. Si bien, en nuestro país todavía la Comisión de Labor Parlamentaria es quien arma y dispone el orden del día, en los últimos años la gran mayoría de las leyes de carácter estructural han sido iniciadas por el presidente y aprobadas sin mayores modificaciones por el Congreso, tal como ejemplifica el paquete de leyes económicas de 1989/1991, las leyes provisionales y tributarias, etcétera”*⁹.

Podemos, además, utilizar distintos modelos teóricos (*frameworks*) para analizar la problemática en examen. Así encontramos, entre muchos otros, tres aportes significativos en esta área, como la “teoría de la decisión en sentido estricto”, la “teoría de los juegos” y la “teoría de la decisión social”. La primera se basa en el siguiente interrogante axial: ¿cómo puede el decisor elegir entre las posibles alternativas de acción que conoce, aquella opción cuyo resultado le prometa, a la luz de sus propios objetivos una maximización de los objetivos a conseguir?. Con relación a la segunda, se elige la estrategia que dentro del marco de las reglas del juego y en vista de la ubicación y calidad de los oponentes promete el resultado más favorable. La tercera considera que los jugadores son más bien miembros de un grupo que, a pesar de ser inicialmente competitivos individualmente, aspiran a una

⁹ V. Pellet Lastra, Arturo, “El Poder Parlamentario”, Buenos Aires, 1995, pág. 375.

decisión común sin tomar en cuenta potenciales conflictos de poder o de amenaza. Se trata de una versión sociológica de la primera, de hondo cariz psicológico.

Desde una mirada constitucional y encontrándonos en el campo de productos legislativos lícitos y constitucionales la pregunta ha formular es si cabe imputar en estas hipótesis la responsabilidad al Estado. Al respecto Agustín Gordillo afirma que “no existe pues, en principio y en el estado actual de la jurisprudencia, responsabilidad del Estado por leyes legítimas aunque ocasionen daños; pero no creemos que pueda categóricamente decirse que ‘en nuestro derecho el Estado no responde por los actos legislativos’”¹⁰.

Creemos que, más allá de los subterfugios jurisprudenciales y doctrinales que se observan en nuestro derecho sobre el tema, debe computarse el claro principio rector que dimana del Art. 19 de la CN, en cuanto consagra expresa y nítidamente la prohibición de dañar.

Además habrá de distinguirse, desde una matriz más teórica, entre *responsabilidad* y *obligación*, atento a que muchas veces se confunden la aplicación de una y de otra, sin reparar en que sus características y elementos antecedentes y consecuentes son disímiles. Repárese que la obligación es de voluntario cumplimiento y la responsabilidad es de cumplimiento obligatorio.

Por otro lado para saber si hay responsabilidad tendremos que averiguar: 1) si el sujeto pasivo coincide con la sanción respectiva, 2) si el perjudicado tiene la potestad de accionar ante el hecho dañoso y 3) además si existe una norma que establece sobre el sujeto pasivo alguna sanción (ej. acto coactivo de privación de bienes).

¹⁰ Gordillo, Agustín: “Tratado de derecho administrativo” Tomo II, Fundación de Derecho Administrativo, Capítulo XX, pág. 30, Buenos Aires, 2003, sexta edición.

Si bien este tipo de responsabilidad del Estado por actividad normativa fue tratado tangencialmente en el derecho comparado (Francia, Alemania, España, entre otros) en nuestro país no tuvo un tratamiento muy exhaustivo por parte de la jurisprudencia y de la legislación en lo atinente a su regulación específica, con una clara tendencia a la impunidad y evasión de posibles delitos y daños.

Es por todo ello, que la importancia de dar una regulación específica resulta harto necesaria si tenemos en cuenta que la no sanción de un determinado hecho ilícito realizado con dolo o culpa es un acto de impunidad flagrante que empaña considerablemente un Estado de Derecho. Sin descartar un posible comienzo por vía pretoriana con las normativas legales actuales, como ha ocurrido con varios institutos, cuyo punto de inicio podría ser el voto del Dr. Zaffaroni en el *obiter* del caso “Bustos” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II.- RESPONSABILIDAD:

II. 1. Concepto y características:

La responsabilidad en derecho es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

De ahí que *responsabilidad* y *persona* sean conceptos inseparables e inescindibles. No se puede ser integralmente *persona* sin tener responsabilidad. Su falta o disminución

apareja una *capitis diminutio*; un ser irresponsable, aunque sea un ser humano, no es un ser pleno¹¹.

Siempre la noción de responsabilidad va a estar ligada a la actividad del hombre, individual o colectivamente considerado, por una causa próxima o remota.

Tenemos así que todo daño jurídico atribuido a alguien repercute frente a quien deba responder por sus consecuencias jurídico-patrimoniales¹².

II. 2. Clases o tipos de responsabilidad¹³:

Existen cuatro clases bien diferenciadas de responsabilidad:

- a) Responsabilidad personal individual (que es la clásica del derecho penal);
- b) Responsabilidad objetiva individual;
- c) Responsabilidad personal colectiva;
- d) Responsabilidad objetiva colectiva (derecho internacional).

Por otra parte, existen distinciones y *niveles* de responsabilidad teniendo en cuenta su intencionalidad. Un sujeto es responsable por dolo cuando ha querido que el acto perjudicial se produzca, mientras que por culpa se produce frente a la omisión de un deber de previsión.

Puede advertirse con nitidez que los supuestos aquí delineados de presunta responsabilidad de los funcionarios en la formación de la ley de intangibilidad de los depósitos es de índole personal en lo que corresponde a los asesores técnicos involucrados,

¹¹ Cavagna Martínez:” Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios”, LL 27/11/90.

¹² Ibídem.

¹³ Ibídem.

que puede ir desde la responsabilidad penal, pasando por la civil -patrimonial y concluyendo en la meramente administrativa. Como en todos estos casos, cabe plantearse hasta qué punto podría implicar también un traslado de responsabilidad hacia el Estado, teniendo en cuenta que han ayudado a la formación de la voluntad del órgano *pero que no son el órgano propiamente dicho* (v.gr., no son legisladores).

Cabe también preguntarse si el personal legislativo no está comprendido dentro de las previsiones del art.1112 del Código Civil argentino, cuando estatuye: *“Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”*(la norma alude a hechos ilícitos que no son delitos).

Los sistemas jurídicos inspirados en la tradición continental-romanista han seguido un discurso en líneas generales ascendente en la aceptación de las diversas hipótesis de responsabilidad del obrar del Estado.

II. 3. Kelsen y su punto de vista desde la teoría general del derecho:

Al respecto, Kelsen¹⁴ dice que existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son, como ya vimos precedentemente, dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de la sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación

¹⁴ Kelsen, Hans: *“Teoría pura del derecho”*, Capítulo VI, Eudeba, 4ª edición, 2000.

y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción¹⁵.

La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la categoría del hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una teoría del derecho¹⁶.

III. DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIÓN.

Roberto Vernengo¹⁷ expresa que en derecho un acto es obligatorio en la medida en que el acto contrario esté prohibido, y esté prohibida una acción que sea condición suficiente de la sanción.

Ej. Matar —————> Delito.

No matar —————> Obligación jurídica (acto contrario al hecho jurídico).

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Vernengo, Roberto J., “Curso de teoría general del derecho” Depalma, 1986.

En derecho, no hay actos intrínsecamente obligatorios, sino que un acto sólo es calificado como obligatorio por su relación con el acto prohibido que provoca una sanción.

De ahí que Kelsen afirma que, por lo común, el jurista sólo se refiere a deberes y a obligaciones cuando una norma ha sido suficientemente individualizada.

Es responsable en cuanto puede reprochársele una acción de la cuál era psicológicamente y físicamente capaz; es responsable por dejar de cumplir el rol social que había asumido.

La noción responsabilidad tiene elementos no solo jurídicos sino también morales. Cuando se es responsable, se responde por los actos que se ejecuten con discernimiento (conocimiento) y voluntad (intención).

Propone Kelsen que “x” es jurídicamente responsable en cuanto “x” es el sujeto pasivo potencial de una sanción, en merito a ciertas acciones suyas o de terceros.

Es necesario, pues, distinguir frecuentemente en derecho la obligación de la responsabilidad. O mejor dicho el sujeto del deber jurídico del sujeto responsable.

Por ejemplo el padre es responsable por los actos de sus hijos.

Ej.

- Obligado —————> Conducta propia.
- Responsable —————> Conducta propia y ajena.

Hasta aquí hablamos de responsabilidad subjetiva, pero por su parte existe la responsabilidad objetiva, donde el sujeto de ninguna manera podría evitar el hecho que acarrea la sanción.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS:

IV. 1. Antecedentes en el derecho comparado:

IV. 1. A. Derecho Francés:

El primer antecedente que permite la reparación por parte del Estado manteniendo la licitud de la norma que produjo el daño, lo constituye el célebre *arrêt La Fleurette* (14 de junio de 1938), del Consejo de Estado Francés. En el caso, la Sociedad en cuestión fabricaba un producto llamado *Gradine* (una crema compuesta por leche, aceite de maní y crema de huevo) y el Estado había decidido proteger los productos lácteos, prohibiendo producción alguna que no proviniese exclusivamente de la leche. El Consejo de Estado dirimió la contienda iniciada condenando al Estado por las consecuencias del expresado acto legislativo. Al respecto, dijo que “...*nada, ni el texto mismo de la ley o en sus antecedentes, ni dentro de todas las circunstancias del asunto, permiten pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbía normalmente; es esta carga, que fue creada dentro del contexto general, debe ser soportada por la colectividad...*”.¹⁸ Cabe destacar que el Consejo, “ante el silencio de la ley y por aplicación de los principios generales del derecho, acuerda indemnización”¹⁹

Si bien este caso solamente se refiere a un único damnificado (la empresa actora, que era la que fabricaba dicho producto), existe con posterioridad una decisión posterior

¹⁸ Aberastury, Pedro, “Responsabilidad del Estado por actividad normativa”, en AA.VV., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Buenos Aires, 2001, p. 123.

¹⁹ V. De Estrada, Juan Ramón, “Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales (Fundamento y límites de la responsabilidad por la actividad estatal conforme a Derecho)”, en “El Derecho”, tomo 102, pág. 840.

caratulada *Ville D' Elbeuf* del 15 de julio de 1959, que trata sobre las leyes intervencionistas del Estado Francés que persiguieron frenar el alza del costo de vida.

IV. 1. B. Derecho Alemán:

En Alemania el particular debe soportar a través de reglamentaciones ciertas restricciones, sin posibilidad de ser resarcido y por el carácter social que contiene el patrimonio. La excepción a esta regla la constituye un concreto detrimento en la propiedad que signifique un perjuicio anormalmente grave y especial²⁰.

Ya en su momento Mayer en célebre obra planteaba que la actividad estatal “no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen...Pero a partir del momento en que esos principios afectan a un individuo de manera *desigual y desproporcionada*, empieza a actuar la equidad, y cuando el perjuicio se traduce en un daño material...habrá lo que se llama el *sacrificio especial*...que debe indemnizarse”.²¹

En uno de los primeros fallos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán conocido como la entrega del ejemplar obligatorio,²² había dispuesto la inconstitucionalidad de la Ley de Hessen que estipulaba la obligatoriedad de la entrega de un ejemplar gratuito a la Biblioteca provincial.

IV. 1. C. Derecho Español:

²⁰ Aberastury, Pedro, ob. cit., p. 125.

²¹ V. Mayer, Otto, “Derecho Administrativo Alemán”, tomo IV, Buenos Aires, 1954, p.217.

²² BverfGe 58, 137,

Al respecto, señala Alberto Bianchi que *“España ha sido el país de Europa donde más se vio demorado el proceso de admisión de la responsabilidad del Estado, aun cuando - justo es reconocerlo- ha logrado hoy una equiparación total con su vecina, la República Francesa, especialmente a partir del dictado de la Constitución de 1978, que ha dedicado varias disposiciones a esta temática, llegando a consagrar incluso el principio de la responsabilidad por acto judicial”*.²³

El Art. 139.3 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo común establece: *“Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”*.

Dicha norma ha permitido avanzar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, sobre la base de la “teoría del sacrificio especial”, ha otorgado indemnizaciones, por ejemplo, en el caso de la eliminación de cupos de pesca exentos de derechos arancelarios con motivo del tratado de Adhesión de España a la Comunidad Europea, fundándose además la reparación aludida en el hecho de que la normativa anterior había sido prorrogada seis días antes de la firma del Tratado (esa corta distancia temporal evoca los escasos meses transcurridos entre la ley de intangibilidad de los depósitos y la legislación de emergencia contraria en la Argentina hacia fines de 2001 y comienzos de 2002).

²³ V. Bianchi, Alberto B., “Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, Buenos Aires, 1999, p.95.

Tal como indica Bianchi, “para determinar la existencia de responsabilidad por acto legislativo, el Tribunal Supremo español se basa en el principio de confianza legítima y maneja criterios tales como el grado de previsibilidad, transitoriedad, existencia o inexistencia de medidas compensatorias, efectos favorables emanados para los demandantes de la propia regulación en cuestión, etc., analizados desde un punto de vista de equidad, razonabilidad y proporcionalidad, en sintonía con la moderna jurisprudencia comunitaria”²⁴.

No todos los autores, empero, son contestes en el impacto positivo de ese texto legal. Así, expresa Clavero Arévalo: “Ciertamente que la responsabilidad por daños que ocasiona el legislador acaba de tener una merma tremenda con la ley 230/92, con la que se regula el régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común frente a una jurisdicción avanzada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, pues ha establecido *que sólo responderá el legislador cuando el propio legislador así lo establezca*, con lo cual pues se ha mermado enormemente la posibilidad de exigir responsabilidad”²⁵.

En España, en definitiva, los supuestos se vinculan más que nada con la ley expropiatoria; cuando la ley ha sido declarada inconstitucional y su aplicación ha originado perjuicios económicos, y cuando los resultados de su aplicación ameritan en definitiva algún grado de compensación.

²⁴ V. Bianchi, Alberto B., “Responsabilidad del Estado...”, ob. cit., ps. 105/106.

²⁵ V. Clavero Arévalo, Manuel, Debate sobre la Responsabilidad Civil de la Administración Pública, en García de Enterría, Eduardo, y otro (Dirs.), “El Derecho Público...”, ob. cit., p. 810. Énfasis agregado.

IV. 1.E. Reino Unido.

Se ha comprobado que “el sistema inglés, basado en la actualidad en las disposiciones establecidas en la *Crown Proceedings Act* de 1947, tiene como elemento esencial la ilegalidad de la actuación pública causante del daño”.²⁶

Dicha norma devino central en el recorte de la prerrogativa regia, y “removió exenciones anómalas que disfrutaba la Corona en el litigio civil”.²⁷ Concretamente, se posibilitó la articulación de demandas a los departamentos gubernamentales en materia contractual y de ilícitos civiles, dejando indemne al monarca en sí.

El *Common Law*, tanto en Gran Bretaña como en Estados Unidos, ha desarrollado la noción a partir de la idea de “*taking of property*”, con lo cual se vuelve a relacionar al instituto con el de la expropiación.

IV.1.D. República Bolivariana de Venezuela.

Si bien una lectura ceñida del art.140 de la Constitución de 1999 parecería sugerir una responsabilidad acotada al ámbito administrativo, ello es desmentido por la Exposición de Motivos de la ley fundamental.

²⁶ V. Ortega Alvarez, Luis, “La Responsabilidad Civil de la Administración Pública”, en García de Enterría, Eduardo, y otro (Directores), “El Derecho Público de fines de siglo (Una perspectiva iberoamericana)”, Madrid, 1997, p. 769

²⁷ V. Marshall, Geoffrey, “The Constitution: Its Theory and Interpretation”, en Bogdanor, Vernon (Editor), “The British Constitution in the Twentieth Century”, Oxford, 2004, p. 55.

En efecto, el texto supremo dice: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”.

La aludida Exposición, empero, aclara que “en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones”.

IV. 2. Derecho Argentino.

IV.2.1. Responsabilidad por error judicial.

En las últimas décadas se trabajó en la Argentina la noción de *error judicial*. De una interpretación extensiva de la manda del art.1112 del Código Civil citado, se ha pasado al art.10 de la Convención Americana de Derechos Humanos (o “Pacto de San José de Costa Rica”) que concretamente estipula: “*Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial*”.

Según la doctrina especializada, el error alcanza a “todas las equivocaciones, actos de mala praxis, apartamientos o irregularidades, sean cuales fueren los motivos para equivocarse”.²⁸

IV. 2. 2. Actos normativos: Evolución jurisprudencial.

En líneas generales, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido restrictiva en la materia, en la medida en que inicialmente aceptó la teoría Alemana del “perjuicio especial”²⁹, que ya fue explicado precedentemente, y que admite la responsabilidad del Estado en estos casos solo si hay enriquecimiento sin causa a favor de la administración³⁰.

Por vía de principio el Alto Tribunal ha sostenido la irresponsabilidad del Estado cuando este ha ejercido razonablemente sus poderes propios³¹, ya que ha considerado que el ejercicio de tales poderes no puede ser fuente de indemnización aun cuando traiga aparejados perjuicios, porque, de lo contrario, el respeto con semejante extensión de las garantías individuales podría detener la actividad gubernativa³².

También se ha dicho que es particularmente severa la aplicación de los principios de derecho administrativo que hacen a las consecuencias patrimoniales de la revocación por la administración de un acto de alcance general y *a la responsabilidad por actos estatales normativos*³³

²⁸ V. Mosset Iturraspe, Jorge, “El Error Judicial”, Buenos Aires y Santa Fe, 1999, p.14.

²⁹ Fallos 180:107 Caso “Establecimientos Americanos Gratry”.

³⁰ Fallos 245:246.

³¹ Fallos 258:323.

³² Fallos 249:259.

³³ “Revestek SA c. BCRA”, sentencia del 15 de agosto de 1995, Fallos:318:1531.

IV. 2. 3. Recepción jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Bustos”. Voto del Dr. Zaffaroni.

Esta cuestión ha tenido especial trascendencia debido al fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: “*Bustos, Alberto Roque c/ E.N. y otros s/ amparo*” con fecha 26 de octubre del 2004, sobre el denominado “corralito financiero”.

En dicha resolución, el Dr. Zaffaroni -quien forma parte de la mayoría donde ha llegado a la misma conclusión que los otros ministros, pero con argumentos propios- en el considerando cuarto de su voto expresa “... *la llamada ley de intangibilidad de los depósitos bancarios, en cierto momento parece haber tenido en cuenta de preferencia el efecto que producían en el público y no una seria intención de proceder a su cumplimiento, puesto que éste era imposible en el momento de la sanción, como se deduce por el curso posterior de los acontecimientos...*”.

“....En efecto, una ley que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podría ser desconocida para *los técnicos que intervenían*, aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a la preparación de una *defraudación de proporciones colosales*. Todo indica que buscaba el efecto de mantener y reforzar en un sistema bancario que estaba al borde del colapso...” (la cursiva no forma parte de la sentencia).

“...Por ello, corresponde extraer testimonio de la presente sentencia y remitirlo al señor Procurador General, para que en su ámbito y con el equipo técnico idóneo, proceda a investigar la *eventual responsabilidad penal de los técnicos que intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado y en especial en la citada ley* quienes no

podían ignorar la situación y contexto en que la misma se sancionaba. Sería inadmisibile que los tribunales sometiesen a juicio al estafador que vende el incauto una maquina de fabricar dólares y que no se pusiese en movimiento frente a quienes pretendieron venderle el ingenio a toda la sociedad Argentina....” (la cursiva no pertenece a la sentencia).

IV. 3. Tipicidad en el derecho penal.

Aquí analizaremos uno de los aspectos más interesantes y debatidos en derecho en torno a la responsabilidad de los funcionarios públicos, en la inteligencia de que ellos tienen con los ciudadanos un deber no sólo moral sino también un correlato en el terreno del derecho en sus distintas fases sancionatorias.

Al respecto, debemos tener presente que el acto obligatorio de los gobernantes como toda acción de ese tipo se configura omitiendo realizar el acto que es condición antecedente de la sanción, es decir, si el incumplimiento de la obligación es un acto ilícito.

La suscripción engañosa de documentos por parte de los funcionarios públicos a los órganos decisorios de poder, es un delito tipificado en el Art. 173 inc. 3 del Código Penal donde la acción típica consiste en defraudar haciendo suscribir en forma engañosa, es decir con dolo, un documento público o privado de cualquier forma. Se trata de un delito de medios y no de resultados, ya que, tan solo basta la suscripción del documento para la consumación del delito, sin requerirse la producción del daño causado.

Ahora bien, para poder establecer la responsabilidad en el funcionario público y luego obtener la reparación de dicha conducta, resulta indispensable comprobar la relación entre el acto generador del daño, su imputación al Estado, la existencia del particular perjudicado y la conexión causal entre todos estos supuestos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

En atención al desarrollo de nuestra jurisprudencia, se advierte la patente necesidad de una legislación específica, o bien de una reforma de la Constitución (tal como aconteció en Venezuela en el año 1999), que contemple orgánicamente al error en todos los actos estatales, y que siempre que se produzca un daño (sea a título de error, de dolo o de culpa) haya obligación de reparar. Así como el art. 10 “in fine” del Pacto de San José de Costa Rica consagra al instituto del error judicial (hoy con jerarquía constitucional a la luz del art. 75 inc.22 de la *lex fundamentalis*), y la ley 19549 al error y al dolo en el ámbito del acto administrativo (art.14), deben regularse hipótesis de similares vicios por parte del Congreso cuando irroguen o traigan aparejado daños a los derechos fundamentales de los particulares.

Acotemos que el fundamento de ésta responsabilidad por actos legislativos es el mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado en general.

Las dificultades del tema estriban en que estamos en un terreno fronterizo de responsabilidad, entre esferas lícitas (en donde se pudo actuar asesorando de buena fe con datos equívocos) e ilícitas (donde hubo culpa o dolo).

Cabe examinar, tal como lo hace el Juez Zaffaroni en el caso “Bustos”, si las conductas de los equipos técnicos que ayudaron a elaborar la ley de intangibilidad de los depósitos³⁴ no se encontrarían comprendidas en las previsiones penales vistas anteriormente (Art. 173 inc. 3 del CP) que llevan a dicho magistrado en el considerando cuarto de su voto a propiciar la remisión del testimonio de la sentencia a la Procuración General de la Nación

³⁴ Desde un ángulo de la responsabilidad por actividad lícita, concretamente por política económica, recuérdese la implementación del plan “Bonex” en el año 1990, lo cual fue estudiado en su momento por Alterini, Atilio A., “Lesión al crédito y responsabilidad del Estado (Por injerencia en los plazos fijos bancarios)”, Buenos Aires, 1990.

en su carácter de cabeza del Ministerio público fiscal, titular máximo de la pretensión punitiva del estado (art.120, C.N.).

La importancia del asesoramiento técnico en el Congreso ha sido enfatizada por Haro, quien señala agudamente que *“la problemática que la Constitución ha aprehendido requiere, para elaborar las soluciones adecuadas, la **asistencia técnico-científica, sustancial o de fondo**. Aquí la preocupación está dirigida al meollo de los contenidos normativos, a las soluciones políticas que desde la Ley, el Congreso prevé para superar las dificultades en los diversos sectores, todo lo cual exige la apoyatura de un competente consejo de expertos”*.³⁵

Cabe recordar con Alberto Bianchi que la responsabilidad del Estado por actos legislativos fue al igual que su antecesora en el tiempo la derivada en los actos judiciales, una de las ultimas en aparecer, y considera esa circunstancia como una comprensible consecuencia de la “teoría de la inmunidad soberana” a la vez que una paradoja, ya que la responsabilidad legislativa del Estado tiene en nuestro país fundamento constitucional al proscribirse el denominado “sacrificio especial”³⁶.

Cada vez son más las parcelas de la actividad pública que intentan ser sometidas al control y a la supervisión de los órganos competentes. Al respecto, cabe afirmar que mal puede darse una *teoría de la democracia* sin una adecuada *teoría del control*. Éstos últimos se enlazan con las nociones tan difundidas últimamente de “*responsiveness*” y de “*accountability*” que sirven hoy para legitimar a cualquier sistema político que se precie de democrático.

³⁵ Subrayado original. V. Haro, Ricardo, “Constitución, poder y control”, México D.F., 2002, p. 33

³⁶ Bianchi, Alberto, ob.cit.

El camino iniciado por la concurrencia del Juez Zaffaroni en el caso “Bustos” en este sentido revela el comienzo de un proceso que, cimentado en las mejores construcciones de la teoría general del derecho, contribuirá decisivamente a nuestro criterio a la consolidación del Estado Constitucional del Derecho.

Revista De Derecho Constitucional Latinoamericano VIII, 2005, publicada el 03 de junio de 2005
(Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano, es alojada en CONHIST.org, una organización educativa y de caridad sin fines de lucro incorporada en los Estados Unidos de América a quien agradecemos la autorización para la reproducción del presente)