

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LEGISLATIVA¹

MIGUEL S. MARIENHOFF
Profesor Titular Emérito de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina)
Ex Procurador del Tesoro de la Nación

SUMARIO

1. El contenido de este tema. II. Responsabilidad del Estado por una reforma constitucional que resulte inválida por ser inconstitucional. III. La responsabilidad del Estado. Actos legislativos comunes expresados en una ley formal ordinaria. Pretendida limitación de la responsabilidad por este tipo de legislación. Daño "particular" o "individual" y daño "general". IV. Fundamento actual de la responsabilidad del Estado, en el ámbito del derecho público. V. La pretensión de que el daño debe ser especial y no general. VI. Supuestos de "responsabilidad" del Estado por su actividad legislativa. Vías de fiscalización jurisdiccional. VII. Lo atinente al "resarcimiento" por las consecuencias de una ley. Cuatro supuestos. VIII. El mantenimiento de un determinado orden jurídico. Modificación del mismo: consecuencia. IX. Daño resultante de una ley. El daño, para ser resarcible, puede ser "general". Rechazo de la opinión de que el daño debe ser "especial", "particular" o "singular". X. Conclusión.

I. EL CONTENIDO DE ESTE TEMA

El tema de hoy se refiere a la responsabilidad del Estado por su "actividad" legislativa. Es un tema lato: comprende tanto la responsabilidad que pudiere derivar de una reforma de la Constitución que fuere inconstitucional por implicar un agravio a principios esen-

¹Tema de la conferencia pronunciada por el autor en el acto inaugural del Congreso Internacional de Derecho Administrativo realizado en Montevideo, el 14 de diciembre de 1982.

ciales contenidos en la Constitución originaria, como también comprende la responsabilidad que pudiere derivar de una ley formal ordinaria.

II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR UNA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE RESULTE INVALIDA POR SER INCONSTITUCIONAL

No hubiere querido plantear el grave problema de si el Estado debe indemnizar a los administrados por los daños que éstos recibieren a raíz de una reforma constitucional que fuere, a su vez, inconstitucional. Pero el planteamiento de esta cuestión se hace indispensable al considerar genéricamente la responsabilidad del Estado por su "actividad" legislativa. Si así no se hiciera el tema quedaría incompleto en su planteo.

Yo he sostenido, por ejemplo, que el traspaso de bienes del dominio privado de los habitantes al dominio público, sin indemnización, no puede hacerse ni aun por vía de reforma constitucional si con ello se vulnera una garantía esencial asegurada en la Constitución originaria. Desde luego, si eso no es posible hacerlo mediante una reforma de la Constitución originaria, menos aún sería posible a través de una ley formal ordinaria que derogue, altere o suprima lo dispuesto por otra ley formal ordinaria anterior.

Hay Constituciones, como la argentina, por ejemplo de tipo rígido e historicista, que tienen ciertos contenidos "pétreos" cuyas consecuencias deben ser inexcusablemente observadas o respetadas, incluso en supuestos de reforma constitucional. La reforma de la Ley Suprema, para ser válida, no sólo debe observar el "procedimiento" respectivo, sino que debe detenerse ante ciertas "materias" (contenidos "pétreos"), que, si bien pueden regularse, no pueden alterarse, suprimirse o destruirse.

Un afamado constitucionalista Segundo V. Linares Quintana, recordando las opiniones de Schmidt y Liet Veaux, dice que "no se comprendería cómo, por vía del ejercicio del poder constituyente constituido, o 'derivado', según otros —que es decir, limitado por el acto constituyente originario— pudiera la Constitución ser destruida o transformada en su sustancia". Habría ahí una *destrucción de la Constitución* o un *fraude a la Constitución*. En sentido concordante

se expide otro prestigioso constitucionalista, el doctor Germán J. Bidart Campos.

Por eso estimo que, en países como Argentina, por ejemplo, cuya Constitución originaria asegura noble y categóricamente el derecho de propiedad individual, una reforma constitucional ordinaria no podría suprimir, sin indemnización, el derecho de propiedad de los habitantes sobre una categoría de bienes que hasta ese momento formaba parte del patrimonio de los mismos. A mi criterio, una reforma semejante sería inválida, pues la comunidad tiene el deber jurídico de seguir respetando las consecuencias de lo originariamente concebido y establecido como regla básica y permanente de convivencia.

No obstante aceptarse que una reforma constitucional, como la que he mencionado, sería inválida, se discute si el Supremo Tribunal de Justicia de la Nación podría o no declarar tal invalidez. Los que niegan dicha posibilidad aducen que se trataría de una cuestión "*política*" no justiciable. Disiento con tal criterio. Aunque todo sistema jurídico tiene siempre un trasfondo político-teleológico, yo afirmo que en el caso que ahora considero no se trataría de una cuestión "*política*", sino de una cuestión "*jurídica*", cuya honesta valoración y decisión quedaría librada a la estructura espiritual y técnica de los ministros integrantes del alto tribunal, quienes jamás deberán olvidar que la Corte Suprema es el guardián de la Constitución, el celoso custodio de su imperio.

De tan fundamentales temas me he ocupado en otras oportunidades, y no deseo insistir ahora sobre los mismos. Me ocuparé, en cambio, de la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos comunes, derivados de una ley formal ordinaria. En todos los casos, „como punto de partida, me referiré a la Constitución Nacional Argentina, sancionada en 1853.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ACTOS LEGISLATIVOS COMUNES EXPRESADOS EN UNA LEY FORMAL ORDINARIA. PRETENDIDA LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD POR ESTE TIPO DE LEGISLACION. DAÑO "PARTICULAR" O "INDIVIDUAL" Y DAÑO "GENERAL"

La generalidad de la doctrina actual admite o acepta la posible res-

pensabilidad del Estado por sus actos legislativos, pues hoy está definitivamente abandonada la tesis de que el Estado era "*irresponsable*", extracontractualmente, en el ámbito del derecho público, porque ahí actuaba en ejercicio de su "*soberanía*", y se agregaba que los agravios causados por el soberano no eran reparables. Incluso llegó a decirse que la ley, causa del perjuicio, es la expresión de la voluntad general y por consiguiente también de la voluntad de los que sufren el daño. Tratábase de argumentos equivocados y especiosos, hoy totalmente abandonados porque se basaban en meras ficciones. Actualmente impera la convicción de que soberanía —una de cuyas expresiones típicas sería la actividad legislativa— en modo alguno implica "*infallibilidad*". Prueba de ello lo constituyen las numerosas leyes que son declaradas nulas por ser inconstitucionales —es decir erróneas— ya que aparecen vulnerando algún valor o derecho esencial protegido o amparado por la Constitución. Y si soberanía no implica "*infallibilidad*", menos aún trasunta "*impunidad*": de ahí la posible responsabilidad estatal por sus actos legislativos irregulares.

Pero si bien la generalidad de la doctrina acepta que el Estado pueda ser responsabilizado por sus actos de legislación, para que ello se haga efectivo suele exigirse un requisito que juzgo inadmisibles. Me refiero a la pretensión de que, en este ámbito, el daño, para ser resarcible, debe ser "*particular*" o "*especial*" y no "*general*". De todo esto me ocuparé luego.

IV. FUNDAMENTO ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO

El fundamento actual de la responsabilidad del Estado, ya se trate del Estado-Administrador, del Estado-Juez o del Estado-Legislador, 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, incluso, desde luego, la responsabilidad del Estado por sus actos de legislación.

En la República Argentina, los "*principios*" aludidos resultan y surgen de la Constitución Nacional, como así de las generosas expresiones

de su Preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho, ya preconizados en la vieja Roma ("no dañar a otro", "dar a cada uno lo suyo"), principios que, por cierto, también integran hoy el ordenamiento jurídico de todo país civilizado.

Entre tales "*principios*" integrantes de ese complejo que sirve de fundamento a la responsabilidad del Estado, puede mencionarse, en primer lugar, el respeto del derecho a la "*vida*" y, en general, a la integridad física y psíquica del hombre, pues tales derechos, aunque no siempre expresamente, surgen *implícitamente* de las Leyes Supremas o Constitucionales. El "*derecho a la vida*", y sus derivados, actúan como obvia garantía constitucional innominada: sin ellos no es posible el ejercicio de ninguno de los otros derechos reconocidos expresamente. Por eso un autor dijo que la vida es para el derecho y la libertad lo que para los cuerpos el espacio, lo que para los hechos el tiempo.

Varios otros "*principios*" son los que integran el complejo de derechos que, aisladamente o en conjunto, sirven de fundamento a la responsabilidad del Estado, incluso del Estado-Legislador. Entre tales otros "*principios*" cabe mencionar el respeto a los "*derechos adquiridos*" o, en otras palabras, el respeto a la propiedad, todo lo cual surge, en Argentina, del art. 17 de la Constitución.

Otros de esos principios lo constituyen las específicas normas sobre "*expropiación*" por utilidad pública. Estas normas representan un "*principio general*", de aplicación no sólo en los supuestos concretos de expropiación, sino en todos los supuestos en que un derecho individual cede o sufre menoscabo por utilidad o interés público.

Otros de esos "*principios*" están representados por la "*igualdad ante las cargas públicas*" por el "*afianzamiento de la justicia*"; por el reconocimiento de derechos esenciales como los que la Constitución argentina menciona en su art. 14, o sea trabajar y ejercer toda industria lícita; navegar y comerciar; peticionar a las autoridades; entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; usar y disponer de su propiedad; asociarse con fines útiles; profesar libremente su culto; enseñar y aprender.

También integran ese complejo a que hice referencia, las garantías a la libertad; la disposición que suprime la esclavitud; la norma contenida en algunas constituciones, como en el artículo 100 de la Cons-

titudin argentina, de la cual dedúcese la posibilidad de someter a juicio al Estado.

La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica de ese complejo de principios propio del "Estado de Derecho" a que me he referido. Tal responsabilidad surge de todos o de alguno de estos principios, lo cual depende del caso concreto que se considera.

No es concebible un Estado de Derecho "irresponsable". Lo contrario implicaría un contrasentido, un sarcasmo. "Estado de Derecho" y "responsabilidad" son, en este orden de ideas, conceptos correlativos. Tal *responsabilidad* existe cualquiera sea el órgano estatal —Legislativo, Ejecutivo o Judicial— causante del agravio.

La doctrina científica actual, tanto argentina, como extranjera, fundamenta la *responsabilidad* del Estado en el expresado complejo de principio propio del "Estado de Derecho".

V. LA PRETENSION DE QUE EL DAÑO DEBE SER ESPECIAL Y NO GENERAL

En doctrina es casi unánime la opinión de que, para que el Estado sea extracontractualmente responsable por el daño que le fuere imputable, tal daño debe ser individualizado con relación a una persona o grupo de personas, es decir que el daño debe ser *especial, particular o singular* y no *general*.

No comparto tal punto de vista, que juzgo inaceptable, máxime en un sistema jurídico constitucional como el argentino. Pero advierto que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, a mi juicio equivocadamente, y sin dar fundamento alguno, también ha exigido el requisito de la "*especialidad*" del daño para tener como responsable al Estado.

VI. SUPUESTOS DE "RESPONSABILIDAD" DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LEGISLATIVA. VIAS DE FISCALIZACION JURISDICCIONAL

Con relación particular a la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, quizá los casos más frecuentes que la determinan son los cambios en el derecho objetivo, como así los perjuicios ocasionados por los llamados "*hechos del príncipe*", que repercuten estos últimos

por vía refleja en las relaciones contractuales del Estado. Pero en esta oportunidad prescindiré de lo atinente al "*hecho del príncipe*".

El daño que el Estado ocasione en ejercicio de su actividad legislativa puede resultar de una ley "*válida*" o de una ley "*inválida*", pues también en este ámbito rige el principio de que el comportamiento dañoso o lesivo del Estado es posible que derive del ejercicio "*inválido*" (v. gr., ley "*inconstitucional*") o del ejercicio "*normal*" de sus potestades legales (v. gr., ley que monopoliza una actividad —lícita, desde luego— que hasta entonces era de libre ejercicio por los administrados).

Lo que antecede repercute en los medios de *fiscalizar jurisdiccionalmente* la actividad legislativa, control que puede realizarse a través de dos distintas vías: a) simple declaración de *inconstitucionalidad* de la norma, si ésta aún no hubiere causado "*perjuicio*" material por no haber sido puesta efectivamente en ejercicio; b) 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.

Pero como lo advirtió el esclarecido jurista uruguayo, doctor Eduardo J. Couture, si una ley *inconstitucional* no hubiere causado aún un perjuicio efectivo, por no haber sido puesta en práctica, no cabría poner en juego el instituto de la "*responsabilidad del Estado*", ya que todo puede subsanarse mediante la declaración de *inconstitucionalidad* de la ley.

VII. LO ATINENTE AL "RESARCIMIENTO" POR LAS CONSECUENCIAS DE UNA LEY. CUATRO SUPUESTOS

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:

En primer lugar corresponde considerar la 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. Ejemplos: prohibición de ejercer la industria de saladería de cueros y carnes en forma que atente, manifiesta e indubitavelmente, contra la salud de

los vecinos de los respectivos establecimientos saladeros, como ocurrió en la Provincia de Buenos Aires; prohibición de fabricar "ajeno", bebida alcohólica considerada como un verdadero veneno para las personas, como ocurrió en Francia; prohibición de ejercer la prostitución, como ocurre en los países en que al respecto adoptan el sistema prohibicionista.

Las personas afectadas por esas prohibiciones carecen de derecho a ser indemnizadas, por cuanto se ha considerado que el quebranto económico que sufren se debe a su propia culpa, por lo que tales consecuencias deben imputárselas a sí misma. Por lo demás, no resultando semejantes actividades "*legalmente honestas*", quienes las ejerciten no pueden pretender el amparo del derecho.

En segundo lugar puede darse el caso de destrucción o decomiso de cosas *muebles*, semovientes o no, peligrosas para la salud o seguridad de los habitantes o para la economía pública. Tales serían los 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: no gozan del amparo constitucional a la inviolabilidad de la propiedad. Es que no toda titularidad sobre una cosa implica "*propiedad*" en estado "*legal*": de ahí la "*irresponsabilidad*" del Estado en supuestos de sacrificios o destrucción de esas cosas y la correlativa improcedencia de todo resarcimiento, salvo que el Estado espontáneamente lo otorgue, como en ciertos casos ha ocurrido.

Una tercer hipótesis se produce con la 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 lo ejercían. 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 industriales y comerciales; fabricación de fósforos; seguros de vida; tabacos; etc.

La actitud que así asume el Estado al monopolizar esas actividades es perfectamente lícita, y corresponde a sus prerrogativas constitucio-

nales. Pero los daños que tal monopolio o prohibición legal les ocasiona a los administrados que hasta la sanción de la ley ejercían esas actividades, son indemnizables y constituyen supuestos evidentes de responsabilidad del Estado por sus actos de legislación. Esta obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional a la inviolabilidad de la propiedad, al derecho de ejercer toda industria lícita y de comerciar. La doctrina es unánime en el sentido indicado.

Finalmente, el cuarto supuesto y que apareja una grave controversia en el terreno doctrinal, lo constituye el cambio del derecho objetivo, en cuanto produzca un perjuicio en el patrimonio de los administrados. ¿Debe responder el Estado en tales casos e indemnizar a los administrados que sufren daños con motivo de ese cambio del derecho objetivo? Tal sería el supuesto de una ley que declare del "*dominio público*", sin indemnización alguna, bienes o cosas hasta entonces del *dominio privado* de los particulares; v. gr., aguas subterráneas o freáticas; aguas que nacen o floran en una heredad privada y exceden los límites de tal heredad; etc. Este caso se ha presentado en la República Argentina, donde dichas aguas siempre fueron del dominio privado de los respectivos superficiarios, hasta que en 1968, al reformarse el Código Civil fueron incluidas en el dominio público, sin indemnización alguna. En conferencias que he dado y en publicaciones que efectué, dada la falta de indemnización, sostuve la inconstitucionalidad de semejante reforma.

VIII. EL MANTENIMIENTO DE UN
DETERMINADO ORDEN JURIDICO.
MODIFICACION DEL MISMO:
CONSECUENCIAS

Con relación a la legislación formal ordinaria, va de suyo que nadie puede alegar un derecho adquirido al mantenimiento de determinado orden jurídico. Pero si bien el Estado puede efectuar cambios en el derecho objetivo, no es menos cierto que ello sólo será eficaz mientras cumpla con las exigencias que surjan de la respectiva Constitución Nacional. Ese requisito es tanto más exacto en un país, como Argentina, de Constitución rígida, donde la *ley formal*, está *absolutamente* subordinada a la Ley Suprema. Por ello considero evidente que en

estos casos el Estado es responsable por las consecuencias de la aplicación de una ley como la mencionada en el capítulo precedente, ya que en tal supuesto el particular o administrado, con motivo del cambio del derecho objetivo dispuesto a través de la nueva ley; "*pierde*" la titularidad de un bien o cosa que hasta entonces fue de su propiedad, siendo de advertir, entonces, que dicha cosa no puede sustraerse del patrimonio de su titular sino cumpliendo con el inexcusable requisito de la adecuada indemnización, tal como surge del "*principio general*", sobre expropiación que la Ley Suprema argentina establece en su artículo 17, aplicable en todos los supuestos en que la propiedad privada deba ceder por razones de utilidad o interés público.

Todo esto vincúlase, también, con lo referente a si para que exista "*responsabilidad del Estado por sus actos legislativos*", el daño que reciba el administrado debe ser "*especial*", "*individual*" o "*particular*", como muchos pretenden —incluso nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación—, o si, por el contrario, el daño puede también ser "*general*". Según nuestra Corte Suprema el daño debe revestir carácter de "*especialidad*". Desde luego, todo estaría en aclarar previamente qué ha de entenderse y cuál es el alcance de esa "*especialidad*".

Insisto en que el cambio del derecho objetivo, 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 lícita —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*, y en modo alguno por despojo o confiscación.

IX. DAÑO RESULTANTE DE UNA LEY.
EL DAÑO, PARA SER RESARCIBLE, PUEDE
SER "GENERAL". RECHAZO DE LA OPINION
DE QUE EL DAÑO DEBE SER "ESPECIAL",
"PARTICULAR" O "SINGULAR"

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 *general*. Lamentablemente, como dije, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin dar razón plausible alguna, al rechazar una demanda por daños y perjuicios contra el Estado, dijo que el perjuicio que se dice experimentado no reúne la condición de "*especialidad*" necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de resarcibilidad ("Fallos", t. 180, ps. 107 —Rev. LA LEY, t. 9, p. 986— y siguientes).

No comparto la solución casi general dada a esta cuestión. Las ideas que aquí expondré ya las hice públicas en conferencias, artículos en revistas especializadas y, sobre todo, en mi "Tratado de Derecho Administrativo", donde analicé metódicamente este problema. Tales ideas, expuestas con relación concreta para un derecho como el argentino, son igualmente válidas en países de un sistema similar al nuestro.

Como dije, en Argentina se ha producido uno de esos cambios del derecho objetivo que dañan el patrimonio de muchas personas: me refiero a la expresada reforma del Código Civil, de 1968, que declaró incluidos en el *dominio público*, sin hablar de indemnización, bienes que hasta entonces pertenecían al dominio privado de los respectivos habitantes; es el caso de las aguas subterráneas y de vertientes o manantiales que afloran en una heredad y exceden los límites de la propiedad en que nacen.

De acuerdo con mi criterio dicho traspaso de bienes privados al dominio público, sin indemnización, es contrario a la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad, por lo que la expresada reforma debe declararse inconstitucional, debiendo, además, el Estado indemnizar el daño o perjuicio que ello hubiere ocasionado, aunque los afectados constituyan un gran número de personas, o sea todos los titulares de esas categorías de aguas.

Estimo que la posición que exige que el daño sea "*particular*", "*especial*" o "*singular*", y no "*general*", provino, 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". De ahí el error que implicaría aplicar en países como Argentina semejante tesis, donde la

"ley" jamás puede alterar o modificar la Constitución vigente, cuya reforma requiere un procedimiento especial, distinto al de emanación de la ley formal. La Constitución *rígida* se reforma de modo distinto al de la Constitución flexible. La Constitución argentina es una Constitución rígida e historicista: la ley ordinaria no puede alterarla ni reformarla, en modo alguno. En nuestro país, la *legislación* hállase inexcusablemente subordinada a la Constitución. En nuestro ordenamiento jurídico, contrariamente a lo que ocurre en otros ordenamientos, la estabilidad y existencia de los derechos patrimoniales no surge ni depende precisamente de la *legislación* sino de la *Constitución*, que está por encima de la legislación.

Desde luego, pareceme inaceptable la afirmación de que el perjuicio o daño "general", no es indemnizable porque constituye una *carga pública*. Cuando tal perjuicio "*general*", se concreta en la *pérdida* definitiva de la propiedad sobre una cosa, verbigracia disposición legislativa que declara del dominio público —pero guardando silencio en lo que respecta a indemnización— 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 constitucionales que garantizan la inviolabilidad de la propiedad. Pretender que ello es una "*carga pública*", significa tergiversar el concepto jurídico de la misma. El traspaso de bienes privados al dominio público, por ejemplo, tiene carácter definitivo o permanente; siendo entonces de advertir que la carga pública tiene como rasgo típico, aparte de su "*gratuidad*", especialmente su carácter "*temporario*" o meramente *transitorio*: si así no fuese, el pueblo donde imperare semejante régimen se convertiría en un pueblo de esclavos, debiéndose recordar que los pueblos civilizados abolieron para siempre todo resto de esclavitud. De modo que no puede invocarse aquí, para negar la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, el "*principio de igualdad ante las cargas públicas*", pues no se está en presencia de una carga pública, aparte de que la "*desigualdad*" en dichas cargas no es el único fundamento posible de la responsabilidad del Estado, ya que otro de esos fundamentos puede ser el respeto a los derechos adquiridos, o el respeto al derecho de propiedad.

Por tanto, si una "*ley*" causa un perjuicio "*general*", es decir a un gran número de personas —y no un perjuicio meramente particular o

individual—, y tal ley resulta en oposición o en violación de una declaración, derecho o garantía constitucional, dicha ley debe declararse inconstitucional o debe 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.

Debe tenerse presente que es muy difícil —casi imposible— que el *perjuicio* patrimonial ocasionado por una ley sea efectivamente “*general*”, pues nunca los efectos de una ley incidirán sobre el patrimonio de *todos* los habitantes del país, a lo sumo sólo gravitarán sobre un sector de personas, que podrá o no ser más o menos extenso; por ejemplo, sobre las personas que fueren titulares del dominio de una cosa que ahora se declara del dominio *público*: no todos los habitantes del país sufrirán quebranto por la aplicación de tal ley; únicamente lo sufrirán los que sean propietarios de cosas como las ahora declaradas dominicales, públicas o del dominio público. Resulta, además, evidente, que con relación a los demás habitantes del país, dichas personas reciben un daño o perjuicio “*diferencial*”, circunstancia que debe tenerse muy en cuenta.

De manera que si una ley provoca un perjuicio o daño que no sea precisamente “particular”, “especial” o “singular”, sino “general”, pero dañando en forma “*diferencial*” a un gran sector de la población con respecto al resto de los habitantes del país, y tal ley estuviere en oposición con alguna declaración, derecho o garantía establecidos en la Constitución, dicha ley sería entonces irrita por inconstitucional, y si fuere aplicada antes de que se produzca la declaración de inconstitucionalidad, el Estado debe ser responsabilizado por los daños que ello produzca, condenándosele a satisfacer la indemnización correspondiente.

En países cuyo sistema jurídico constitucional sea como el argentino (Constitución rígida e historicista), la limitación de la responsabilidad del Estado a los supuestos en que el daño sea “especial”, “singular” o “particular”, y la exclusión de tal responsabilidad cuando se trate de un daño “general”, (que comprenda a *muchas* personas o a *un gran sector* de éstas), no resulta justificada, ni surge de principio alguno de derecho o de lógica jurídica. Tal posición no pasa de una afirmación arbitraria, vacua de fundamento, y, en la generalidad de los casos, contradictoria con la Ley Suprema. Y todo esto resulta más alarmante si se tiene en cuenta que, como en el mencio-

nado ejemplo de las cosas del dominio privado que se transfieren, sin indemnización, al dominio público, hay siempre un perjuicio “*diferencial*” sufrido por un sector de la población con referencia al resto de los habitantes del país.

Algunos expositores sostienen que para la procedencia de la indemnización, el daño por su “*especialidad*” y por su “*gravedad*”, debe exceder lo normal de los sacrificios impuestos por la legislación. Cabe entonces preguntar ¿qué mayor exceso que “*privar*” totalmente de lo suyo a los habitantes del país, declarando como integrantes del *dominio público* bienes hasta entonces del dominio *privado* de los administrados, guardándose silencio respecto a la correspondiente indemnización?

Otros autores, para justificar —de acuerdo a su criterio— que el daño, para resultar indemnizable, debe ser particularizado, especial, no general, sostienen que si el acto legislativo no constituye un verdadero supuesto *expropiatorio*, el resarcimiento no procede. Cuadra preguntar ¿excede o no todo supuesto *expropiatorio* la circunstancia de que, sin indemnización, se transfiera al dominio *público* toda una categoría de bienes hasta entonces del dominio *privado* de los particulares o habitantes?

Finalmente, hay quienes al afirmar que, para que surja la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, la lesión o daño debe ser “*especial*” y no “*general*”, no debiendo incidir sobre todo el núcleo social, ponen como ejemplo de esto último el cobro de “*impuestos*”. Pienso que este símil o ejemplo no es acertado, pues la atribución de establecer *impuestos* constituye una potestad estatal expresamente contenida en la Constitución. Por tanto, va de suyo que los administrados no pueden pretender que el respeto a sus derechos reconocidos por esa misma Constitución prescinda de lo relacionado con el cobro de impuestos por parte del Estado, y con la obligación de pagarlos por parte de ellos, ya que el menoscabo que esto les ocasione nunca constituirán un “*perjuicio resarcible*” desde el punto de vista jurídico, salvo el caso de un impuesto confiscatorio. La *irresponsabilidad* del Estado por el deterioro normal que el cobro de impuestos produzca en el patrimonio de los administrados o particulares, nada tiene que ver con el problema de la *responsabilidad* del Estado por sus actos legislativos.

La “*ilegalidad*” —y consecuente “*responsabilidad*” del Estado— no

desaparece porque el agravio no se le infiera a uno o a pocos, sino a *todos* o a *muchos*. Un agravio semejante es aún más grave: compromete más intereses. Es un agravio que deja de referirse al "*individuo*", para referirse a la "*sociedad*" toda. La Constitución argentina, al establecer la inviolabilidad de la propiedad, no distingue entre agravio cometido en perjuicio de uno, de algunos, de muchos o de todos los habitantes; es terminante: dice que *ningún habitante* de la Nación puede ser privado de su propiedad. La locución "*ningún habitante*" comprende tanto a *un* habitante como a *todos* los habitantes.

Tampoco obsta a la tesis que auspicio, el hecho de que los bienes privados que se hubieren declarado públicos para lo sucesivo, no hayan sido *utilizados* aún por sus titulares. Ello, indudablemente, influirá en el monto de la indemnización, pero no altera el principio acerca de su procedencia. Pretender que si los bienes privados de los administrados que se declaren públicos para lo sucesivo no hubieren sido *utilizados* aún por sus titulares, éstos no pueden considerarse agraviados por semejante medida, ni pueden pretender indemnización alguna, implica confundir derecho "*adquirido*" con derecho "*ejercido*". Tratándose de una "*propiedad*", la garantía constitucional de inviolabilidad se hace efectiva ante la existencia misma del derecho de propiedad, es decir ante el derecho "*adquirido*", siendo irrelevante que tal propiedad esté o no explotada, que esté o no utilizada por su dueño (derecho "*ejercido*"). Existiendo el derecho de propiedad ("derecho adquirido"), su titular no puede ser privado del mismo sin previo cumplimiento de las exigencias constitucionales sobre expropiación. La circunstancia de que dicha propiedad esté o no utilizada por su dueño, de que sea explotada por éste ("derecho ejercido") influirá, sin duda, en el *monto* de la indemnización, pero jamás en su "*procedencia*".

Como lo expresé en otra oportunidad, la generalidad del agravio no cubre ni purga la antijuridicidad del comportamiento lesivo. La generalidad del agravio nunca, en terreno alguno, puede actuar como causa de inimputabilidad determinante de irresponsabilidad.

Considero inconcebible que para aceptar la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, la lesión patrimonial deba ser "*especial*", "*individual*" o "*particular*" y no "*general*".

X. C O N C L U S I O N

Las precedentes ideas mías, que en lo atinente a si el daño, para ser resarcible, debe ser "*especial*" o si, por lo contrario, puede ser "*general*", son contrarias a la opinión de la mayoría de los juristas, a quienes les imputo el no haber analizado debidamente el tema².

²Cuadra advertir que todos los juristas que, después de mis palabras, integraron el respectivo panel, compartieron mi posición doctrinaria.

N.R. Se publica con la gentil autorización de LA LEY (Buenos Aires) y del autor.