

Quiroga, Florencia ; Ibarzábal, María ; Abbondanza, Belén

El bien común como fundamento de la responsabilidad del estado

The common good as the foundation of the state's responsibility

Prudentia Iuris N° 79, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Quiroga, F., Ibarzábal, M., Abbondanza, B. (2015). El bien común como fundamento de la responsabilidad del estado [en línea], *Prudentia Iuris*, 79.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/bien-comun-responsabilidad-estado.pdf> [Fecha de consulta:.....]

EL BIEN COMÚN COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO*

The Common Good as the Foundation of the State's Responsibility

Florencia Quiroga**, María Ibarzábal*** y Belén Abbondanza****

Resumen: Los doctrinarios, a la hora de fundamentar la responsabilidad del Estado, han esgrimido diversas teorías. En el presente trabajo nos proponemos plantear otra mirada al respecto, postulando el bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado. Para ello, conceptualizamos el bien común para repasar las distintas respuestas que se han dado en torno al interrogante de por qué el Estado responde. Ello, a fin de demostrar que todas esas respuestas, en definitiva, se cimientan en el bien común. Finalmente, ahondamos en doctrina ius-administrativista, iusfilosófica y de orden jurisprudencial para sustentar nuestra opinión.

Palabras claves: Estado - Derecho administrativo - Responsabilidad del Estado - Fundamentos - Bien común.

Abstract: Legal scholarship, at the time of providing grounds for Government liability, has posed various theories. In this paper, we aim at posing a different view in this regard, proposing that it is the common good that provides grounds to Government liability. In order to do so, we provide a concept of common good to review those different answers that have been provided to the question regarding why the Government may be liable. We do so in order to prove that all those answers, in the end, are grounded on the common good. Finally, we resort to iusadministrative, ius-philosophical and case law doctrine in order to justify our opinion.

* Trabajo realizado en el marco del programa de Adscripción a la Investigación, Dirección de Investigación Jurídica Aplicada, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina (Dr. Nicolás Lafferriere, director). Las autoras agradecen a Estela Sacristán de Bianchi su continuo incentivo hacia su crecimiento en lo académico y su colaboración en la etapa de la elaboración del presente trabajo.

** Abogada (UCA). Adscripta en investigación (UCA). Estudiante Profesorado Superior (UCA).

*** Abogada (UCA). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Prof. En Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial (UCA).

**** Abogada (UCA). Adscripta en investigación (UCA) y ha realizado una beca en Blackstone Fellow.

Key-words: State - Administrative law - Government liability - Grounds - Common good.

I. Introducción

Las siguientes páginas tienen por objeto demostrar que el bien común, como causa final de la organización jurídico-política de la comunidad, constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado.

De acuerdo a la filosofía expuesta por Aristóteles y desarrollada e interpretada desde una perspectiva cristiana por Santo Tomás, el Estado es una institución necesaria que deriva de la naturaleza social del hombre, y cuya finalidad no es sino alcanzar el bien común¹. El gobernante es el primer principal responsable en la gestión del bien común político, que, como señala el Aquinate, tiene tres capítulos fundamentales: instituir a la multitud en la unidad de la paz, inducir a la práctica de la vida virtuosa y alcanzar la suficiencia de bienes materiales². Es así que es el Estado el que facilita la vida en sociedad, permitiendo la realización del bien común³.

No obstante, “[...] el bien común no es únicamente fruto de la labor del Estado [...] también los ciudadanos, así como las sociedades intermedias, han de contribuir a alcanzar esa meta común [...] Esa doble vertiente (pública y privada) de esfuerzos hacia un mismo objetivo viene gobernada por el principio de subsidiariedad, que limita y localiza convenientemente la intervención que corresponde al poder público en el quehacer económico y social”⁴.

En este orden de ideas es que pretendemos reflexionar acerca del fundamento de la responsabilidad del Estado. Ahora, ello no resulta tarea fácil. Debemos tener en cuenta por qué es tan importante la consecución, por parte del Estado, del bien común, de manera que analizaremos brevemente su significado y cómo éste importa un imperativo en nuestro ordenamiento jurídico.

1 Aristóteles (1933). *Obras completas* (Francisco Gallach Palés, trad.). Madrid., Gredos, tomo XI, 96; Aquino, Santo Tomás de (1956). *Suma Teológica* (Francisco Barbado Viejo, O. P, trad.). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956, tomo VIII, II.II. q.47, a.10, 36-38; Moreno Valencia, F. (2011). “Santo Tomás de Aquino y nuestro tiempo”. En *Semana Tomista. Intérpretes del pensamiento de Santo Tomás*, XXXVI, 5-9 septiembre. Buenos Aires. Sociedad Tomista Argentina. Universidad Católica Argentina. Facultad de Filosofía y Letras, 4, disponible en: <http://bit.ly/1L5WYnI> (último acceso: 31-3-2015); Cassagne, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*, décima edición. Buenos Aires. La Ley, tomo I, 7-8; Vigo, R. L. (2010). *Las causas del Derecho*, segunda edición. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 119; Coviello, P. J. J. (2002). “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo”. En *Prudentia Iuris*. Buenos Aires, Educa, N° 56, 11-36, esp. 23-25.

2 Montejano, B. (h) (2005). *Curso de Derecho Natural*, octava edición. Buenos Aires. Lexis Nexis, 343; Pío XI (1931). *Quadragesimo Anno, carta encíclica*. Vaticano. Colección documentos papales, párrafos 25-49, disponible en <http://bit.ly/1FdDiW1> (último acceso: 26-3-2015).

3 El texto corresponde a la obra de Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Oxford University Press, 153, citado en Sacristán, E. B. (2015). “Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado. Una visión desde la justicia distributiva y conmutativa”. En *Rap*. Buenos Aires. Ediciones Rap, N° 437, 67-80, esp. 72, disponible en <http://bit.ly/1KLT69E> (último acceso: 12-6-2015).

4 De la Riva, I. M. (2010). “Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa”. En *Rap*. Buenos Aires. Ediciones Rap, N° 258, 9-20, esp. 10.

A su vez, tendremos que plantearnos el interrogante de por qué el Estado responde. Ello, para poder referirnos justamente a nuestro tema, que tiene como eje la responsabilidad del Estado. Dado que esta pregunta es recurrente en distintos sectores de la doctrina, a los efectos de acercarnos a nuestra tesis nos ocuparemos de analizar las distintas teorías en torno al fundamento de la responsabilidad del Estado. Parecería necesario hacer mención de éstas para ver que su cimiento, eso que está más allá de toda letra escrita, reposaría en el bien común.

Finalmente arribaremos al núcleo del presente trabajo, donde haremos referencia a los distintos ejes de apoyo (doctrina ius-administrativista, iusfilosófica, de orden jurisprudencial) que hemos localizado para poder sustentar nuestra propia opinión.

Nuestro recorrido expositivo, entonces, será el siguiente: Nos referiremos al bien común como causa final del Estado y, una vez expuesto lo anterior, nos preguntaremos acerca de por qué el Estado responde (sección II). Plantearnos este interrogante nos lleva a considerar las respuestas que, a esos efectos, ha brindado la doctrina, razón por la cual, haremos un somero repaso de las distintas teorías esgrimidas a la hora de hablar del fundamento de la responsabilidad del Estado (sección III). Una vez consideradas esas teorías, analizaremos la doctrina para, finalmente, exponer nuestra opinión (sección IV). Como cierre, se esboza una síntesis final (sección V).

II. El bien común como causa final del Estado

Toda relación tiene, además del sujeto y el término, un fundamento (tercer elemento). El fundamento es aquello en virtud de lo cual el sujeto se relaciona; puede recibir el nombre de causa, raíz, fuente, o también principio de la relación⁵.

Sentado ello, y teniendo en cuenta nuestro objetivo –descubrir si el fundamento de la responsabilidad del Estado reside en el bien común–, creemos necesario indagar, en esta sección, en el alcance que tiene dicho concepto para poder luego entender por qué nos valemos de él para justificar la referida responsabilidad.

a) Concepto de “bien común” como causa final del Estado

Santo Tomás de Aquino, principal expositor de la idea de “bien común”, incorporó, a la concepción cristiana, la filosofía aristotélica sobre el Estado⁶; según ésta,

5 Limodio, G.; Barbieri, J. (2010). *Introducción al saber jurídico*. Buenos Aires. Educa, 106.

6 Aristóteles. *Obras completas...* Ob. cit., tomo XI, 96; Aquino, Santo Tomás de (1990). *Tratado de la ley. Tratado de la justicia, del gobierno de los príncipes* (Carlos Ignacio González, trad.), cuarta edición. México. Porrúa, 282: “Finalmente toca al rey, para promover el bien común, el ser solícito en el desarrollo del pueblo; y para esto ha de cumplir [...] y corregir lo que está mal, suplir en lo que falta, y procurar perfeccionar aquello que podría estar mejor”.

Se ha considerado que la idea de bien común es de raíz cristiana toda vez que fue Santo Tomás de Aquino quien la acuñó, cf. Sánchez Agesta, L. (1963). *Los principios cristianos del orden político*. Madrid. Institutos de estudios políticos, 167, citado en Coviello, P. J. J. (2002). “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo”. En *Prudentia Iuris*. Buenos Aires. Educa, N° 56, 11-36, esp. 23-25.

el Estado es una institución necesaria y fundamental que deriva de la naturaleza social del hombre⁷.

De acuerdo a esta filosofía, el Estado no tiene un fin para sí, sino para los individuos que lo componen. “La persona no aparece en esta visión como un ‘instrumento’ al servicio del Estado, sino que éste se presenta ante la comunidad como una organización a su servicio. Tal servicialidad es la que, al mismo tiempo, determina que el Estado [...] [sea] uno de los gerentes del bien común, [y] deba velar por su logro [...]”⁸.

Es así que “[...] el bien común es una noción clave en la concepción de persona y sociedad, pues al mismo tiempo que reafirma el valor de la persona, a cuya perfección se ordena el bien común, también destaca su sociabilidad y evita el individualismo o subjetivismo absoluto, que concibe la sociedad como mero pacto”⁹.

Por su parte, el Papa Juan XXIII ha definido el “bien común” como abarcador de “todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección”¹⁰. Al respecto, tiene dicho el mencionado Vicario de Cristo que “el hombre, por tener un cuerpo y un alma inmortal, no puede satisfacer sus necesidades ni conseguir en esta vida mortal su perfecta felicidad. Esta es la razón de que el bien común deba procurarse por tales vías y con tales medios que no sólo no pongan obstáculos a la salvación eterna del hombre, sino que, por el contrario, le ayuden a conseguirla”¹¹.

En relación con lo manifestado, y ampliando la definición antes brindada, autorizada doctrina ha afirmado que el bien común no es sino “el conjunto de condiciones materiales y espirituales, de muy variado contenido (políticas, sociales, económicas, culturales y educativas, urbanísticas y ambientales, etc.), que favorecen el normal y pleno desarrollo de la persona humana y de los grupos que integran la sociedad política y que han de ser creadas por y para todos y cada uno de sus integrantes, bajo el lúcido y limitado gobierno de la autoridad pública”¹².

De conformidad con lo hasta aquí desarrollado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, en su Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1984, que “es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten

7 Cassagne, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*, décima edición. Buenos Aires. La Ley, tomo I, 7.

8 Coviello, P. J. J. “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo...”. Ob. cit., 11-36, esp. 24-25; cf. Moreno Valencia. “Santo Tomás de Aquino...”. Ob. cit., 5.

9 Lafferriere, J. N. (2010). “La contribución del matrimonio al bien común: perspectivas y desafíos”. En *Prudentia Iuris*. Buenos Aires. Educa, N° 68-69, 99-124, esp. 105.

10 Juan XXIII (1961). *Mater et Magistra*. Vaticano. Colecciones documentos papales, párrafos 64-65, disponible en <http://bit.ly/1QtZZRy> (último acceso: 31-3-2015). Ver, asimismo, *Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral Gaudium et Spes*. Vaticano, 1965, párrafo 26, disponible en <http://bit.ly/1GzxThq> (último acceso: 12-6-2015), la cual define el bien común como el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección.

11 Juan XXIII (1963). *Pacem in Terris*. Vaticano. Colecciones documentos papales, párrafo 59, disponible en <http://bit.ly/1L3FvbJ> (último acceso: 31-3-2015).

12 Santiago, A. (h) (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho: consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons, 91.

a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”.

Así las cosas, y atento a que el bien común –entendido éste como “un conjunto de condiciones materiales y espirituales que permiten al hombre alcanzar su plena perfección”– constituye la causa final del Estado, aquél resulta el ámbito y la medida de la actuación estatal¹³. Como consecuencia de ello, la totalidad de la actividad de los órganos y entes del Estado debería estar orientada a su logro y satisfacción¹⁴, incluso cuando se ha generado responsabilidad estatal.

a.1) El bien común en el ordenamiento jurídico argentino

Efectuadas las conceptualizaciones respecto de la noción del bien común, a continuación intentaremos describir cuál es la interpretación y la ubicación que se le da a este concepto en nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Quinteros c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina”, la noción de “bien común” se desprende del propio Preámbulo –y contexto– de la Constitución Nacional. A raíz de un conflicto suscitado entre una norma de carácter protectorio del trabajador –que ponía en cabeza del empleador la obligación de pagar al trabajador una indemnización por el despido sin justa causa–, y los derechos constitucionales de contratar (art. 14, Constitución Nacional) y de propiedad (art. 17, Constitución Nacional), la Corte Suprema sostuvo, con relación al bien común: “De su Preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución Nacional propone el ‘bienestar común’, el bien común de la filosofía jurídica clásica”. Es así que consideró que nuestra Constitución es de corte individualista. Esto no significa que la voluntad individual y libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias, por lo cual la obligación de indemnizar al obrero, en determinadas condiciones, no resultaría contraria al derecho de contratar ni importaría una violación al derecho de propiedad¹⁵.

En otras palabras, la Constitución se propone, como gran objetivo, “promover el bienestar general”¹⁶, no sólo para los hombres del presente sino también “para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

Más aún, en el fallo “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”, la Corte Suprema ha puntualizado que “el bien común es el fin último de la Cons-

¹³ *Ibidem*, 96.

¹⁴ En igual sentido, Comadira, J. R.; Escola, H. J.; Comadira, J. P. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, tomo I, 3.

¹⁵ “Quinteros c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina”, *Fallos*: 179:113 (1937), cons. 4. Ampliar sobre este fallo en Lalanne, J. E. (2011). “Protección laboral: fundamentos y límites”. En *Academia Edu*. Buenos Aires, 1-19, esp. 11, disponible en <http://bit.ly/1FQ0riJ> (último acceso 12-6-2015).

¹⁶ Montejano, B. (h). *Curso de Derecho...* Ob. cit., 342, quien al respecto pone de resalto que ese bienestar general es interpretado por la Corte Suprema, desde hace más de cincuenta años, como “el bien común de la filosofía clásica”. Así, a modo de ejemplo, en el fallo “Quinteros c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina”, *Fallos*: 179:113 (1937), cons. 4.

titución Nacional, ley dada y aplicada por los hombres en el seno de la comunidad política”¹⁷.

Finalmente, es dable destacar lo establecido por el artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos –que reproduce parcialmente el art. XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, y que en virtud de la reforma constitucional de 1994, forma parte del bloque constitucional argentino–, según el cual: “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”¹⁸. He aquí el bien común plasmado en un tratado con rango constitucional.

a.2) Conclusiones parciales

El bien común constituye la causa final del Estado, su justificación y razón de ser. De allí que el accionar público debe orientarse hacia este fin y el Estado se presenta como un servidor de la comunidad.

Vimos que el bien común exige contar con escenarios que sean propicios para poder incentivar el desarrollo del hombre en todas sus esferas.

A su vez, la propia Constitución Nacional recoge este concepto como deber del Estado y la comunidad, en su Preámbulo, al referirse a la promoción del *bienestar general*.

Así, el bien común es la medida de la actuación del Estado; a él debe tender la totalidad de la actividad de éste.

Una vez efectuada la afirmación de que el Estado tiene a su cargo el gerenciamiento del bien común, debemos plantearnos el siguiente interrogante, que hace a las razones por las que el Estado deba “responder”.

b) ¿Por qué el Estado responde?

Partiendo del abandono del dogma de la irresponsabilidad es preciso identificar sobre qué bases jurídicas se asienta la obligación del Estado de resarcir los daños que causa en el ejercicio de su actividad o como fruto de sus omisiones¹⁹.

Pues bien, “En el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus actividades, es comprensible que el Estado llegue a lesionar a los administrados o particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales. De ahí surge el problema de la ‘responsabilidad del Estado’. ¿Es éste responsable por los daños que ocasione?”²⁰.

17 “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”, *Fallos*: 306:1892 (1984), cons. 16, voto Dr. Petracchi.

18 Santiago. *En las fronteras...* Ob. cit., 102.

19 Mertehikian, E. (2006). *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema*. Buenos Aires. Ediciones Rap, e-book, 33.

20 Marienhoff, M. S. (2008). *Tratado de Derecho Administrativo*, cuarta edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot, tomo IV, 716.

Puede decirse que, a la hora de fundamentar la responsabilidad, los autores se han valido de diversos y variados argumentos.

III. Para un acercamiento a la tesis del bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado

Para indagar en el bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado, es relevante ver la serie de fundamentos que se han esgrimido²¹. A ello dedicaremos esta sección. Puede adelantarse que, en cierto modo, todas las teorías hacen hincapié en algún principio general, que opera como fundamento o cimiento, y ese fundamento o cimiento, de alguna forma, es vinculable directamente con el bien común.

Es oportuno señalar que, según Finnis, las fuentes a las que el jurista suele acudir incluyen no solamente la jurisprudencia relevante de los más altos tribunales, los distintos estatutos y documentos constitucionales, doctrina de juristas y principios y estructuras de lógica, sino también “principios generales” que van más allá de todo esto²². A esos principios generales nos referimos con los mentados cimientos del párrafo precedente.

a) Teorías de la indemnización y de la lesión antijurídica resarcible

La teoría de la indemnización, de origen alemán y seguida en Italia por Alessi²³ y, en España, por Garrido Falla²⁴, divide la reparación por los daños provocados por el Estado según que la causa se atribuya a responsabilidad por acto ilícito (montada en la noción de culpa) o que la misma se relacione con una indemnización de Derecho Público que prescinde del dato de la culpa y se fundamenta en la igualdad de los administrados ante las cargas públicas.

Opuesta a aquella, la teoría de la lesión antijurídica resarcible, postulada por García de Enterría²⁵, intenta construir un sistema unitario. Su autor parte del criterio de la lesión, entendida como todo perjuicio antijurídico. Esta concepción no requiere otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, y fundamenta la responsabilidad en un principio de garantía patrimonial, por el cual la responsabilidad se basa en un mecanismo objetivo de reparación que funciona in-

21 Ampliar en Sacristán, E. B. (2015). “Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado. Una visión desde la justicia distributiva y conmutativa”. Ob. cit., 67-80, disponible en <http://bit.ly/1KLT69E> (último acceso: 12-6-2015).

22 Finnis, J. (2011). *Reason in Action*. New York. Collected Essays, volume I. Oxford University Press, 21.

23 Ver Alessi, R. (1939). *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*. Milán. Giuffrè.

24 Ver Garrido Falla, F. (1989). “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”. En *Revista de Administración Pública*, N° 119, 7-48, esp. 12, disponible en <http://bit.ly/1C9bPoo> (último acceso: 15-6-2015).

25 García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1982). *Curso de Derecho Administrativo*, tercera edición. Madrid. Civitas, tomo II, 337.

dependientemente de que haya o no culpa del agente, siempre que se produzca una lesión al patrimonio privado por la actuación de la Administración²⁶.

Si se considera que el Estado tiene por finalidad el bien común, se advertirá que estas posturas, basadas en la igualdad o en el *nemine laedere*, intentan mantener el equilibrio en punto a esos dos institutos. Esto por cuanto el bien común supone su respeto.

b) Principio de igualdad

Por su parte, Cassagne sostiene que la obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución que, si bien se gradúa de un modo distinto según que provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio.

Según el mencionado jurista argentino, “no se trata de encontrar un principio positivo sino un principio de Derecho Natural que constituye a su vez un principio de Derecho Administrativo. Este principio no es otro que el del restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad”²⁷.

La Corte Suprema, en relación a la igualdad y bien común, sostuvo en “Neville, Jorge Andrés c/ Banco Popular Argentino S.A. s/ derechos adquiridos”: “La igualdad a la que nuestra Ley Fundamental se endereza es la que se detiene en las diferencias con el propósito de que las normas las recojan, y, armonizándolas, provean al afianzamiento de la justicia y a la consecución del bien común dentro de una sociedad pluralista”²⁸.

De lo reseñado se deduce una importante conclusión: la vinculación directa entre igualdad, bien común y su rol –cuando el Estado responde– en el restablecimiento del equilibrio.

Ahora bien, el equilibrio (el mantenimiento de la igualdad a través de la restitución) solo no basta, pues se requiere que armonice con el bien común y se encuentre a su servicio. Se volverá sobre ello en la sección IV.

c) Principios previstos en la Constitución Nacional

Gordillo, con criterio *prima facie* normativista pero también principista, encuentra el fundamento de la responsabilidad estatal “en la normativa constitucional, siendo que las disposiciones más importantes al respecto figuran en los arts. 14

²⁶ Cassagne. *Curso de Derecho...* Ob. cit., tomo I, 395-396.

²⁷ El texto corresponde a Cassagne, J. C. (1982). “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”. En *El Derecho*. Buenos Aires, tomo 99, 937-945, esp. 944, citado en Bianchi, A. B. “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”. En *La Ley*, 1996-A, 922-953, esp. 929.

²⁸ “Neville, Jorge Andrés c/ Banco Popular Argentino S.A. s/ derechos adquiridos”, *Fallos*: 308:1361, cons. 4, voto del Dr. Petracchi (1986).

a 20, es decir, los derechos individuales que el Estado no puede alterar. El Estado tiene, por ello, el deber jurídico de no dañar y la imperatividad de ese deber surge del Preámbulo [...]”²⁹.

Así, se advierte que estos principios constitucionales en definitiva responden a un imperativo impuesto por la misma Constitución, imperativo que es el de promover el bienestar general, esto es, la consecución del bien común.

d) El Estado de Derecho y sus postulados

En línea similar con lo anterior, el maestro Marienhoff entiende, en opinión luego coincidente con autores como Mertehikian³⁰, que el fundamento del instituto en estudio reposa en el denominado Estado de Derecho y sus postulados, cuya finalidad es *proteger el Derecho*.

De esos postulados –los cuales forman un complejo de principios tendientes a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados– surge, según dicho doctrinario, el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del Derecho Público. Nótese al respecto que ese complejo de principios implica el conjunto de condiciones que persigue el bien común.

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”)³¹. Entre ellos se destacan:

- 1° El respeto del *derecho a la vida* y, en general, a la integridad física del hombre consagrados implícitamente en artículos como el 16.
- 2° El respeto a los *derechos adquiridos* o, en otras palabras, el respeto a la *propiedad*, conforme surge del artículo 17 de la Constitución.
- 3° Las específicas normas sobre *expropiación* por utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada.
- 4° La *igualdad ante las cargas públicas* (art. 16 de la Constitución Nacional).
- 5° El *afianzamiento de la justicia*³².

29 Mertehikian, *La responsabilidad pública...* Ob. cit., 37.

30 Ídem n. 28.

31 Marienhoff. *Tratado de Derecho...* Ob. cit., tomo IV, 725.

32 Ver Suprema Corte de Buenos Aires, “Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso administrativa”, del 2-6-1987, sentencia publicada en *Rap* N° 112, 81 y ss., esp. disidencia del Dr. Cavagna Martínez, quien expresa: “El fundamento de la responsabilidad estatal aludida, dentro del Estado de Derecho, reside en la justicia y en la seguridad jurídica, siendo la obligación de indemnizar corolario lógico [...]. La justicia se hace presente, como es lógico, en toda índole de relaciones generadoras de Derecho. Si según hemos dicho el Estado es o debe ser justicia [...] no puede quedar excluida cuando se trata de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño previsible o no causado por los individuos físicos o por las cosas del servicio público”. Dicha sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso administrativa”, *Fallos*: 312:1394 (1989). Puede ampliarse en: Bianchi, A. B. (1989). “El caso ‘Promenade’ y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo”. En *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, vol. 1989, 377-391.

- 6° El reconocimiento de *derechos esenciales* (mencionados en el artículo 14 de la Constitución).
- 7° *Las garantías a la libertad* (artículo 18 de la Constitución).
- 8° 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”.
- 9° El artículo 100 de la Ley Suprema, del cual se deduce la posibilidad de someter a *juicio* al Estado.

Si nos detenemos en cada uno de estos postulados notaremos que en ellos se ven reflejadas las condiciones o cierta mínima coordinación que supone el bien común. El derecho a la vida, el respeto a la propiedad, la libertad, entre otros, importan la realización de la persona, fin que supone el bien común y ante lo cual el Estado ha de responder por el respeto que le debe a los distintos derechos que le asisten a la comunidad.

e) La equidad y la moral

La doctrina que basa la responsabilidad del Estado en la equidad tiene su origen en el jurista germano, Otto Mayer³³. A partir del momento en que los perjuicios ocasionados por la actividad del Estado afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la generalización del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad³⁴. Por ende, ante todo perjuicio que pueda ocasionar el Estado va a entrar en juego la equidad, que va a obrar, en miras al bien común, restaurando la situación que ha generado un sacrificio especial.

f) Prohibición de dañar a otro

Por otra parte, cabe hacer mención al fundamento de la reparación de daños causados por la actividad lícita de la Administración expuesto por Cuadros vinculado a “la transgresión al principio constitucional que prohíbe dañar a otro y que permite calificar como antijurídicas tales actividades”³⁵. Ello, en virtud de lo señalado

33 El texto corresponde a Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo alemán* (Heredia, Horacio H, trad.), segunda edición. Buenos Aires. Depalma, tomo IV, 215, citado en Barraza, J. I. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. La Ley, 591.

34 Barraza, J. I. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Ob. cit., 591.

35 Cuadros, O. A. (2008). *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 184.

por el artículo 19 de la Constitución Nacional, del cual surge la regla *alterum non laedere*.

El no dañar a otro implica una condición ínsita en el bien común ya que el Estado en aras a la persecución del interés general ha de evitar todo perjuicio a la sociedad.

De tal modo que la regla *alterum non laedere* supone también la concreción del bien común.

g) Estado de Justicia

Finalmente Sacristán nos da una visión de la responsabilidad estatal desde la perspectiva de la justicia³⁶. Sostiene que podría propiciarse la fundamentación de la responsabilidad estatal en el Estado de Justicia, en la especie, un Estado de Justicia Distributiva, por cuanto la relación jurídica involucrada es de justicia distributiva, donde el Estado gobierna, distribuye. Ahora, esto, según la autora, no implicaría excluir a la Justicia Conmutativa, es decir, no conllevaría excluir las conmutatividades involucradas en la relación jurídica de Derecho Público de que se trate, puesto que la comprende o incluye. Expresa lo siguiente: “A modo de ejemplo, consideremos los intercambios patrimoniales de la responsabilidad estatal contractual, de perfil *prima facie* conmutativo: si me deben el importe de un certificado de obra por etapa de la obra bien realizada, habrá conmutatividad en esa relación y sus efectos. Pero, además, como la entrega de esa porción de la obra es debida en interés de las partes –contratista y Estado comitente– y en interés de la comunidad toda –que disfrutará de la obra real o potencialmente–, la responsabilidad emergente involucrará, también, justicia distributiva”³⁷.

Desde el punto de vista del bien común, considera que en ambos casos –justicia distributiva y conmutativa–, como el Estado apunta a facilitar el bien común, responderá como medio de alcanzarlo o conservarlo o mantenerlo. De este modo vemos que también analizando la responsabilidad desde la perspectiva de la justicia encontramos, más allá de ésta, el bien común.

h) A modo de conclusión parcial

Hecho este recorrido por las distintas teorías que ha elaborado la doctrina a la hora de fundamentar el Estado, podemos extraer la conclusión de que el complejo de todas ellas encierra, en definitiva, el ideal de bien común. Ya sea que hablemos de igualdad, de los principios que emergen de nuestra Constitución, del Estado de Derecho o bien del Estado de Justicia, siempre en última instancia nos estaremos

36 Cf. Sacristán, E. B. (2015). “Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado. Una visión desde la justicia distributiva y conmutativa”. Ob. cit., 67-80, disponible en <http://bit.ly/1KLT69E> (último acceso: 12-6-/2015).

37 *Ibidem*, 77-78.

refiriendo a postulados que convergen en la realización del bien común, como una unidad. Es por ello que si nos detenemos a analizar lo que se encuentra detrás de estas teorías, veremos que el bien común viene a englobar a todas ellas como fundamento. Pasemos entonces a ocuparnos de él en el acápite siguiente.

IV. El bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado

Llegados a este punto estamos en condiciones de afirmar que el bien común es el fundamento último de toda responsabilidad del Estado. El papel que juega, en materia de responsabilidad del Estado, es crucial: sirve para fundarla, para brindarle razón de ser. Las razones que permiten este aserto son de doctrina iusadministrativa, de doctrina iusfilosófica, de orden jurisprudencial.

Pasemos a revisar cada una de estas tres series de razones, para luego dar nuestra opinión.

a) Doctrina iusadministrativa

En sentido concordante con la tesis que más adelante exponremos se encuentra Altamira Gigena. Este autor encuentra el fundamento doctrinario de la responsabilidad del Estado en el bien común. Sostiene –con novedoso criterio doctrinario, para la época– que uno de los fines del Estado es propender al bien común y el Preámbulo de nuestra Constitución establece enfáticamente que los gobernantes deben promover el bienestar general. Es así que conforme a su postura a los gobernantes les compete la defensa de la sociedad que gobiernan y a todos sus miembros, pero al proteger los derechos de la sociedad deben tener principalmente en cuenta a aquellas personas que se han visto perjudicadas por un acto de la Administración o de un funcionario público. En resumen, el Estado responde a los efectos del bien común: “Es decir, el bien de toda la comunidad y ella no puede encontrarse plenamente satisfecha si un miembro o un grupo de sus miembros sufre los daños producidos por la actividad de la Administración: por lo tanto, le corresponde indemnizar los perjuicios que ocasione”³⁸.

b) Doctrina iusfilosófica

Otro apoyo a nuestra postura está en la obra de Finnis. Dicho jurista entiende que el fundamento de las características, postulados e instrumentos distintivos del Derecho, básicamente, está en la exigencia de que las actividades de los individuos, las familias y las asociaciones especializadas estén coordinadas. De allí la raigambre tomista de su concepción. En esta línea de pensamiento, hacer frente al bien común requiere así, según Finnis, un conjunto coordinado de condiciones. Esta coordinación

³⁸ Altamira Gigena, J. (1973). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires. Astrea, 88.

se verá afectada cuando haya problemas de distribución de recursos, responsabilidades, ventajas, roles y cargos en general, el acervo común y los inconvenientes de la empresa común, que no sirven al bien común si no son y mientras no son asignados a individuos particulares³⁹. Es por eso que creemos concordante esta teoría con la nuestra ya que cuando esa coordinación presente fallas es ahí donde el Estado va a tener que responder: ese sería el fundamento.

Finnis sostiene: “Alguien (e.g. los padres) debe decidir cómo han de ser educados los niños; en la comunidad política deben tomarse decisiones sobre la administración y uso de los recursos naturales, sobre el uso de la fuerza, sobre el contenido o las formas de comunicación permitidas, y sobre los otros muchos problemas de conciliar entre sí los aspectos de la justicia, y de conciliar los derechos humanos entre sí y con otros ejercicios en conflicto del mismo derecho y con la salud pública, el orden público y cosas semejantes. En un sentido amplio de ‘problema de coordinación’, éstos son todos problemas de coordinación que necesitan una solución”. De manera que la acción, según Finnis, siempre debe estar dirigida hacia el bien común y esto supone una coordinación entre las distintas alternativas⁴⁰. Ello pues la comunidad ha de analizarse en términos de bien común⁴¹.

Finnis define al bien común como “[...] un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad [...]”⁴². De este modo, la comunidad política resulta responsable de asegurar dicho conjunto a los efectos de favorecer la realización, por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal. Es menester aclarar que el resultar responsable (*responsible*) genéricamente necesitará del sistema jurídico de que se trate para el resultar responsable (*liable*) en el caso.

c) Doctrina de orden jurisprudencial

Es importante destacar el rol de la jurisprudencia a la hora de poder sustentar nuestro fundamento, ya que se ha sostenido que “los precedentes ‘crean’ Derecho Administrativo; la jurisprudencia ‘es’ una suerte de reglamentación de la ley administrativa”⁴³ y por tal motivo necesariamente debemos tenerla en cuenta.

Es así que en ella también encontramos al bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado. A continuación traeremos a colación distintos fallos que así lo consideran.

39 Finnis, J. (2000). *Ley natural y Derechos Naturales* (Madrid Ramírez, Raúl, trad.). Buenos Aires. Abeledo Perrot, 178.

40 *Ibidem*, 262.

41 Aristóteles. *Política*. I, 1:1252^a2.

42 Finnis, J. *Ley natural...* Ob. cit., 183-184.

43 Sacristán, E. B. (200). “La jurisprudencia como fuente del Derecho Administrativo”. En AA VV, *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Buenos Aires. Ediciones Rap, 121-137, esp. 135, disponible en <http://bit.ly/1Bc57CY> (último acceso 12-6-2015).

En “Carlos Alberto Galanti c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁴⁴, se le cuestionaba, a una comuna, la existencia de terrenos baldíos como consecuencia de demoliciones para poder trazar una autopista. Es así que un vecino promovió acción de daños y perjuicios en virtud del uso que se hacía de esos terrenos ya que estos se habían convertido en basurales y refugio de vagabundos.

La Corte Suprema rechazó el planteo por cuanto consideró que no constituía una lesión indemnizable. Ahora, en lo que nos respecta, sostuvo lo siguiente: “Tratándose de los daños ocasionados en el cumplimiento de las funciones administrativas, al resarcirse el sacrificio individual no debe perderse de vista que la satisfacción del interés público constituye un mandato imperativo de la comunidad del Estado e importa, indudablemente, un beneficio para cada uno de sus integrantes que, en ese sentido, no pueden pretender eximirse completamente de la carga particular que supone, necesariamente la realización del bien común”. En los autos que traemos a colación la Corte no verificó que se haya producido una privación o lesión al derecho de propiedad y que aquélla fuera consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado.

En “Viceconte, Mariela C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social”⁴⁵, se interpuso una acción de amparo a los efectos de que el Estado fuera obligado a producir una vacuna (Candid I) contra la Fiebre Hemorrágica Argentina. La Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y ordenó al Estado que cumpliera con el compromiso. El mismo se había originado cuando éste, a través del Ministerio de Salud y Acción Social, asumió producir la vacuna tendiente a combatir la fiebre hemorrágica argentina y no cumplió, incurriendo en omisiones lesivas de derecho a la salud de la población, potencialmente afectada por la dicha enfermedad.

En lo que nos interesa, en la sentencia de la Cámara dictada en “Viceconte”, citado, se pone de resalto: “El objetivo preeminente de la Constitución Nacional, según lo expresa en el Preámbulo, es lograr el bienestar general, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”. Es así que el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones previstas, todo esto en orden a la necesidad de proveer al bien común, considerando a éste como “el conjunto de las condiciones de la vida social que hacen posible, tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros, el logro más pleno y más fácil de su propia perfección. [...] Que el bien común, cometido esencial de la sociedad organizada, se logra a través de fines que sólo pueden ser alcanzados por el Estado mismo, tales como la defensa nacional, o la justicia en sus manifestaciones más frecuentes y comunes. Pero hay otros fines que el Estado asimismo procura y que son concurrentes, en tanto su alcance no corresponde en exclusividad al Estado,

44 “Carlos Alberto Galanti c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, *Fallos*: 310:2824 (1987).

45 CNACAF, Sala V, “Viceconte, Mariela C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, del 2-6-1998, considerandos 7, 8 y 10, publicada en *La Ley*, 1998-F, 102-105, esp. 03.

sino puede determinar también la acción de los particulares o de otras sociedades (cf. *Fallos*: 305:1524)⁴⁶.

Por otra parte, en “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar” se sostuvo, con énfasis en la persona como eje del sistema jurídico: “[...] el sistema constitucional, al consagrar los derechos, declaraciones y garantías, establece las bases generales que protegen la personalidad humana y, a través de su norma de fines, tutela el bienestar general. De ahí que el eje central del sistema jurídico sea la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta después de su muerte”⁴⁷.

A su vez, en “Azzetti, Eduardo Narciso c/ la Nación - Estado Mayor General del Ejército s/ accidente en el ámbito militar y f. seguridad”⁴⁸, se hizo hincapié en la comunidad y responsabilidad estatal. En el caso, un miembro retirado del Ejército Argentino planteó demanda contra la Nación - Estado Mayor General del Ejército, a raíz de sufrir un accidente como consecuencia de su participación en el conflicto armado del Atlántico Sur.

La Corte Suprema confirmó la sentencia de Cámara que rechazara la demanda de Azzetti. Mas en un *obiter dictum* consideró: “El fundamento de la obligación del Estado de resarcir ciertos daños que guarden relación de causalidad con el ejercicio regular de sus poderes propios se halla, en última instancia, en el beneficio que toda la comunidad recibe de las acciones que el Estado promueve por el interés general y cuyas consecuencias eventualmente dañosas no es justo que sean soportadas exclusivamente por un individuo o grupo limitado –más allá de un límite razonable–, sino que deben redistribuirse en toda la comunidad a fin de restablecer la garantía consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional”.

También es dable traer a colación el caso “Manzi, Carlos A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ juicio de conocimiento”⁴⁹. En este caso, un titular de un certificado de depósito a plazo fijo, cuyo vencimiento operaba en enero de 1990, fue alcanzado por las previsiones del Decreto N° 36/1990 o Plan Bonex. Demandó al Estado Nacional –con apoyo en la doctrina de la responsabilidad por el obrar lícito del Estado– reclamando las sumas consignadas en el título. El Tribunal entendió que la pretensión del actor, fundada en los principios que rigen la responsabilidad del Estado por su obrar lícito, no podía prosperar en virtud de la doctrina sentada en el legendario “Peralta”⁵⁰. Es así que se consideró que el dictado del decreto fue para conjurar una situación –de conocimiento público y notorio de grave riesgo social.

En lo que hace al bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado, el fallo “Manzi” citado destacó: “La responsabilidad del Estado por su obrar lícito

46 Ídem n. 45. Ver también “Sociedad de Beneficencia La Capital c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 305:1524 (1983), cons. 2.

47 Puede verse, a su vez, “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, *Fallos*: 316:479 (1993), cons. 13, del voto de los Dres. Barra y Fay.

48 “Azzetti, Eduardo Narciso c/ Nación Argentina - Estado Mayor General del Ejército s/ accidente en el ámbito militar y f. seguridad”, *Fallos*: 321:3363 (1998), cons. 8.

49 “Manzi, Carlos A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ juicio de conocimiento”, *Fallos*: 320:955 (1997), cons. 11.

50 “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA) s/ amparo”, *Fallos*: 313:1513 (1990).

con el propósito de resarcir el desmedro patrimonial que experimenta el particular a raíz de un acto estatal que se traduce en un beneficio para toda la comunidad, es decir, que la condición implícita que torna viable esta doctrina consiste en la materialización del bienestar general, lo que supone la relación armónica entre el interés individual y el bien común, de modo tal que la protección del primero no debe prevalecer a ultranza en detrimento de la realización del segundo”. En suma, mediante esta concepción se procura amparar el derecho de propiedad. Ahora, en este caso, la Corte Suprema consideró que la admisión generalizada de pretensiones análogas a la deducida no conduciría a proteger el derecho de propiedad sino a obstaculizar la labor del gobierno.

Otra jurisprudencia relevante la encontramos en “Agropecuaria del Sur S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ ordinario”⁵¹. En este caso, Agropecuaria del Sur S.A. inició demanda contra la Provincia del Neuquén y la Dirección Provincial de Vialidad por los daños y perjuicios ocasionados por la violación de su derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Constitución Nacional. En su establecimiento agropecuario existía, entre las tranqueras de unos parajes, un camino de carácter interno que había sido motivo de conflictos. Lo que sucedió es que a raíz de la presión ejercida por diversos grupos de la zona, las autoridades provinciales se habían comportado como si aquél fuera un camino propiedad de la provincia e integrante de su red vial, ofreciendo su uso al público en general. El conflicto que dio origen al litigio se suscitó cuando la actora intentó el cierre de las tranqueras que dan acceso al camino para proteger su propiedad de los constantes robos de que era objeto y la Comunidad Mapuche Zúñiga se consideró damnificada ante el cierre de dichas tranqueras, de manera que solicitó una medida cautelar tendiente al mantenimiento de la apertura de las tranqueras.

La decisión de la Corte Suprema fue rechazar la demanda de la Comunidad Mapuche. En lo que nos atañe, entendió: “Cuando la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser atendidos”. Consideró que las sentencias y demás actos judiciales no pueden generar responsabilidad de tal índole ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios sino de actos que resuelven un conflicto en particular.

También en “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo Ley N° 16.986”⁵², la Corte Suprema hizo hincapié en el bien común a la hora de responsabilizar al Estado. Lo que sucedió fue que, frente al peligro inminente de interrupción de entrega de medicamentos para tratar el síndrome de inmunodeficiencia adquirida que estaba padeciendo un niño, su ma-

51 “Agropecuaria del Sur S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ ordinario”, *Fallos*: 326:1238 (2003), cons. 3 del voto del Dr. Moliné O'Connor. Pueden verse, en el mismo sentido, “García, Ricardo Mario y otra c/ Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*: 315:1892 (1992), cons. 5; “Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 324:1253 (2001), cons. 5; “Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 326:847 (2003), cons. 7.

52 “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo Ley N° 16.986”, *Fallos*: 323:1339 (2000), cons. 9.

dre, junto a un grupo de organizaciones no gubernamentales, promovió una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social con el objeto de hacer cesar el acto lesivo que privara de la prestación necesaria para el niño con menoscabo de los derechos a la vida y a la salud garantizados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La Corte Suprema confirmó la sentencia de Cámara que hiciera lugar a la acción de amparo. Al respecto, aquélla afirmó: “Esta Corte desde sus inicios entendió que el Estado Nacional está obligado a ‘proteger la salud pública’ (*Fallos*: 31:273), pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es ‘el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional’ (*Fallos*: 302:1284; 310:112)”. Así, recordó que “En el Preámbulo de la Constitución Nacional ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse, con prioridad indiscutible, la preservación de la salud (*Fallos*: 278:313, consid. 15)”.

No obstante lo dicho, la Corte Suprema, en “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”⁵³, adoptó otro parecer. Se trataba de una demanda de daños y perjuicios contra la Provincia de Río Negro y la Municipalidad de San Carlos de Bariloche (por omisión) y contra la empresa Parapente Bariloche S.R.L. por un accidente que generó una parálisis.

En “Cohen”, el más alto Tribunal rechazó la demanda y sostuvo: “El deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza *per se* a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado”. Esto, por cuanto sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder. Se infiere, de ello, que responde en la medida del alcance de su potencial asegurador.

Como puede verse a partir de esta jurisprudencia, el bien común se presenta como un mandato imperativo respecto del cual el Estado ha de dirigir su acción tendiente a su logro efectivo. Objetivo que surge claramente de la Constitución y que, a su vez, importa mantener una relación armónica entre el bien individual y el común. De manera que todo detrimento que el Estado pueda causar al bienestar general produce su consecuente responsabilidad y debe ser atendido. No obstante es importante recalcar que esto no convierte al Estado en garante de todo o en asegurador ilimitado.

Finalizadas estas referencias a los distintos órdenes de la doctrina que nos sirven de apoyo, pasaremos a dar nuestra opinión.

⁵³ “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 329:2088 (2006) cons. 10.

d) *Nuestra opinión*

Teniendo en cuenta que el bien común se identifica con las condiciones sociales que permitan a los miembros de la comunidad el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección, de acuerdo con lo expuesto se va requerir toda una coordinación en la cual el Estado va tener que dirigir su acción hacia este bien común. De manera que toda acción u omisión que produzca un menoscabo en los derechos del administrado –y que, de esta forma, al verse afectada la realización personal genere un perjuicio a la hora de concretar el bien común– va a colocar al Estado en el rol de responsable. De manera coincidente con ello, Levene tiene dicho, en lo que aquí interesa: “La Autoridad [...] debe prescribir lo que fuera necesario para proteger la vida, la libertad y la propiedad del individuo y demás derechos fundamentales, asegurando el bien común que por el ejercicio del gobierno obtendrá –pero sólo lo necesario– y siempre conservando su fundamento del interés general, por cuanto el sacrificio de las personas no debe exceder los límites que el Derecho Positivo (por los primeros), o el Derecho Natural y la Ley Fundamental Positiva (por los demás), entrelazadamente, le han fijado al Estado como categóricos principios”⁵⁴.

Tal es así que cuando la doctrina sostiene que el Estado responde como consecuencia de la violación al derecho de propiedad, o al principio de igualdad ante las cargas públicas, en última instancia, se está refiriendo –debemos ponerlo de resalto– al incumplimiento del fin para el cual aquél fue establecido, que no es otro que el de alcanzar el bien común.

Con igual énfasis, tenemos que reparar en que, al dañar a un particular en virtud de una conducta ilícita, el Estado no estaría dando a cada uno lo suyo, y menos aun otorgando las condiciones necesarias para que dicho individuo alcance su propia perfección.

En lo que hace a la responsabilidad por actividad lícita se observa claramente que el bien común juega el doble papel de ser fundamento de la actuación u omisión del Estado, así como fundamento de su responsabilidad al dar origen a la configuración del requisito del denominado “sacrificio especial”.

El Máximo Tribunal, como se mencionara antes, ha señalado, en “Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Buenos Aires, Provincia d s/ daños y perjuicios”: “[...] cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito”⁵⁵.

La doctrina tiene dicho que tal clase de responsabilidad, “sólo es procedente cuando se demuestre el sacrificio especial, pues de lo contrario se estaría atentando

⁵⁴ Levene, J. (2000). “La solidaridad como concepto constitucional - El Estado sólo funda la legitimidad de sus imposiciones en el principio del bien común. La estructura del mismo puede estar, de modo voluntario, integrada por la virtud de la solidaridad”. En *El Derecho*. Buenos Aires, tomo 189, 886-899, esp. 888-889.

⁵⁵ “Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 324:1253 (2001), cons. 5. En el mismo sentido, “Agropecuaria del Sur S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ ordinario”, *Fallos*: 326:1238 (2003), cons. 3 del voto del Dr. Moliné O’Connor; “Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 326:847 (2003), cons. 7.

contra el bien común al pretender, una de las partes del todo comunitario, excluirse sin título válido de las obligaciones (soportar las cargas) que impone la vida en común [...]”⁵⁶.

Así las cosas, el Estado tiene una doble obligación: atender las necesidades de los particulares y propender al bien común.

Veámoslo en una sentencia que trae a colación Altamira Gigena⁵⁷. En los autos “Defensora del Niño y del Adolescente c/ Provincia del Neuquén”⁵⁸, nos encontramos frente a la renuncia de dos anestesistas pertenecientes a un hospital de la ciudad de Neuquén. Lo que se pretendió fue el mantenimiento de la dotación de médicos anestesistas hasta tanto se lograra reemplazarlos. Lo alarmante de la situación fue que no se presentaron candidatos en la convocatoria para cubrir dichas vacantes. Es así que se solicitó una medida restrictiva del derecho personal a la libre elección de trabajar, por entenderse que, sobre el interés individual de los médicos renunciantes, se halla el interés de la comunidad, poniendo en riesgo la protección de la salud y vida de la población, expresamente contemplado en los tratados y concordatos que tienen jerarquía superior a las leyes –art. 75 inc. 22, Constitución Nacional– y las leyes que regulan el ejercicio de la medicina. La Sala interviniente decidió intimar al Superior Gobierno provincial, a garantizar la prestación de los anestesistas renunciantes, por entender que no hay derechos absolutos, y el derecho de trabajar de los anestesistas estaba sujeto a las limitaciones que circunstancias excepcionales podían imponer, por un tiempo prudente, y con la debida compensación a las afectaciones que se produzcan.

Específicamente, y como lo pone de resalto el autor citado, al “admitir las renunciaciones de los anestesistas podría incurrirse en el delito de abandono de personas (art. 106 del Código Penal); ya sea colocando en situación de desamparo, o abandonando al ciudadano a su suerte incapaz de valerse, teniendo el Estado que proveer los medios de atención y cuidado necesario, por constituir una obligación indelegable. De lo expuesto resulta que el fundamento central de la resolución de la Sala de la Cámara Civil fue la primacía del ‘bien común’ y del bienestar general, que son las finalidades de una sociedad organizada, que se encuentra en la naturaleza del hombre, y nace de la cooperación de todos, por cuanto se completan las fuerzas de los individuos y llegan a una acción común más intensa en interés de toda la comunidad”⁵⁹.

Es así que los derechos y las ventajas particulares deben, en ocasiones extremas, posponerse frente al bien común; sin embargo, el Estado queda obligado a

56 Barra, R. (1991). “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”. En *El Derecho*. Buenos Aires, tomo 142, 930- 940, esp. 937-938.

57 Altamira Gigena, J. (2008-E). “El bien común rige las necesidades individuales”. En *La Ley*. Buenos Aires, 184-187, esp. 184-185.

58 CCiv. Neuquén, Sala I, “Defensora del Niño y del Adolescente c/ Provincia del Neuquén”, medida cautelar del 12-9-2007, publicada en: <http://200.41.231.85/cmoext.nsf/50485130b2b91bb1032570a100494097/0f6f035d58bb9173032573a10053203b?OpenDocument> (último acceso: 21-6-2015); y sentencia de fondo del 3-11-2007, publicada en: <http://200.41.231.85/cmoext.nsf/b96d7cc80507c301032576fe00487867/1a3e0c0f46928cb1032573a8004dab9e?OpenDocument> (último acceso: 21-6-2015).

59 Altamira Gigena. “El bien común rige...”. Ob. cit., 184-185.

indemnizar a aquellos particulares cuyos derechos han sido sacrificados en bien de la comunidad, tal como lo ha destacado la doctrina⁶⁰.

Desde esta perspectiva, “es célebre la certera frase con que Ortega y Gasset describe el modo en que se desarrolla la vida del hombre: ‘el hombre es él y sus circunstancias’. El bien común político comprende en buena medida esas circunstancias, ese entorno, ese contexto, en el que se desarrolla la existencia de cada persona humana”⁶¹. Y el Estado debe responder cuando esas condiciones, ese “[...] conjunto de los supuestos sociales, que hacen posible a los miembros de una sociedad la realización de sus cometidos culturales y vitales en libre actuación”⁶², aparece afectado, por la sencilla razón de que su deber es la concreción del bien común en cuanto tal. El bien común es, incluso, recogido por el Preámbulo de nuestra propia Constitución como un imperativo que manda a “promover el bienestar general”.

Por los motivos señalados –a modo de síntesis– consideramos que el fundamento de la responsabilidad del Estado reposa en el bien común.

V. Conclusiones

Todo lo dicho en los párrafos precedentes puede conducir a la siguiente síntesis:

Partiendo de las enseñanzas aristotélico-tomistas, inquirimos en la cuestión del bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado (sección I).

Es así que el bien común constituye la causa final del Estado. Le compete a éste su gerenciamiento, lo cual implica hacer propicio un conjunto de condiciones para el desarrollo de cada uno de los individuos y de la comunidad toda. Deber que incluso se haya patente en nuestro ordenamiento positivo, al establecer nuestra propia Constitución el promover el bienestar general. De modo tal que el Estado responde frente a la lesión que pueda ocasionar a los particulares (sección II).

A los efectos de acercarnos a la alternativa que proponemos hicimos referencia a cierta doctrina que ha estudiado el tema, tanto desde el Derecho Administrativo como Constitucional y Civil, pues ella repara en diversos institutos que, en definitiva, reposan todos en una idea de bien común (sección III).

Finalmente, desde la doctrina iusadministrativa, iusfilosófica y jurisprudencial, puede arribarse a la conclusión de que aquello que está detrás de la responsabilidad del Estado es el bien común (sección IV).

Este fundamento resulta crucial a la hora de entender el accionar del Estado ya que éste ha de coordinar toda su actividad a los efectos de que ningún individuo sufra algún menoscabo en tal conjunto de condiciones, que implique imposibilitar la concreción del bien común. Si lesiona, entonces debe responder, esto es, reparar los daños producidos, con el sólo fin de mantener intacta esa coordinación.

60 El texto corresponde a Forsthoff, E. (1958). *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción de la quinta edición alemana hecha por Luis Legaz y Lacambra, Fernando Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 426. Ver, también, Mertehikian, E. *La responsabilidad...* Ob. cit., 38.

61 Santiago. *En las fronteras...* Ob. cit., 90.

62 Altamira Gigena. “El bien común rige...”. Ob. cit., 185.