

D346.45
Ch 532c

SR 10 nov 78

v.2

KM202

+ I 8

Ch 5

v.2

Es propiedad. Quedan reservados todos los derechos que marca la ley.



FRM

78

IMPRESA DE LA SUCESORA DE M. MINUESA DE LOS RÍOS
Miguel Servet, 13. — Teléfono 651.

LA CULPA
EN EL
DERECHO CIVIL MODERNO

PARTE II

Culpa aquiliana. (C. delito.)

SECCIÓN SEGUNDA

(CONTINUACIÓN)

CAPÍTULO VII

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHO ILÍCITO
DE SUS FUNCIONARIOS

(Continuación.)

§ 2.

Teoría propuesta.

SUMARIO: 248. El Estado; de su entidad conforme a las funciones sociales que determinan su existencia, y en cuanto a su posición frente a la ley civil.—248 bis-248 trip. La cuestión de la injuria está siempre sujeta a las disposiciones de esta ley.—248 cuad. De las relaciones entre el Estado y los empleados.—248 quint. Resultados generales.

248. No hay duda alguna que el Estado, lejos de ser un producto artificial, opuesto, según en ciertas doctrinas sociales apareció y aun aparece (1), al desarrollo natural de

(1) Consúltese sobre esto y confróntese, con relación a los conceptos que sobre la doctrina del Estado se expondrán a continuación, JELLINEK, *D. Recht d. mod. Staates* (Berlín, 1900), toda la par-

la sociedad, y, por tanto, en oposición continua al «individuo», es por el contrario consecuencia necesaria de la evolución histórica (1), que determinó la formación sucesiva de las agrupaciones políticas por los primitivos grupos humanos; en el orden de la civilización humana progresiva representa la fase perfecta del engrandecimiento de la familia (sociedad familiar), que es su unidad primaria, y que, conservándose en el mismo, lo presenta como resultado necesario de la naturaleza de las cosas, entidad viviente real, no ficticia. Se podrá dudar, es verdad, acerca de la extensión de las funciones que legítimamente puedan convenirle; se podrá de tal examen, que tiene otra naturaleza distinta de la que corresponde al presente estudio, inferir que muchos en el pasado, y algunos aun hoy, quisieron asignar al Estado oficios contrarios á su naturaleza y á su fin, restringiendo indebidamente la órbita de la libre iniciativa individual; se podrá augurar otros para el porvenir; pero la idea del Estado es y será siempre cual necesaria expresión del orden y de la autoridad que á sí misma se constituye la natural convivencia. Cuyo carácter, que es diferente según la diversa condición de los tiempos, en él por relación natural de las cosas se refleja, y, sin embargo, si en el movimiento de la vida moderna se da al Estado una función directamente protectora de ciertas clases de personas, de donde (como se ha hecho notar) una extensión diferente del concepto de injuria y la forma llamada de *garantía*, y si este oficio se ejerce aún fuera del territorio, induciendo nuevas formas de obligaciones entre los Estados civiles para la defensa recíproca de sus propios ciudadanos; si estos nuevos oficios en el Estado se advierten, no es que su razón jurídico-social haya cambiado, y con ella la condición jurídica que lo distingue: es más bien esta razón y esta condición que desen-

te I; y cons. MAYER, *Deutsch. Verwaltungsr.* (Leipzig, 1895-96, I, §§ 1-6).

(1) Véase la nota precedente.

vuelven su contenido propio á medida de las nuevas y varias aptitudes que la *sociedad* asume en las relaciones internas y externas.

El Estado, pues, voluntad general, resultado de las voluntades y de los intereses singulares en cuanto convergen á un fin común á todos, idéntico para todos, comprende en sí los poderes componentes del régimen político de la sociedad, que tiene en él á su natural representante; y manifestación como es la de la soberanía al mismo inherente (no importa aquí discutir si el elemento propio de su *soberanía* determina la *personalidad* de los Estados (1): hoy se habla de ella en relación á la posición del Estado frente á los particulares, si bien, en materia de relaciones internacionales el nombre parece que conviene al *poder público exclusivo* atribuido al mismo Estado), sus actos no deben, cualesquiera que sea la forma en que se manifiesten, más que dirigirse al interés general de la comunidad. En el derecho del individuo y en el poder del Estado no existe, pues, un choque continuo, una oposición necesaria, permanente; el derecho del Estado y el derecho de la sociedad, el derecho de la totalidad de los individuos que la componen, es diverso, por tanto, de los derechos que á éstos pertenecen, como la sociedad en su composición es diversa del individuo que concurre á constituir la y que es de ella parte. Puede acontecer que el derecho de la sociedad se muestre en pugna con el derecho del individuo, y entonces el derecho público determina cuándo y cómo el derecho individual debe ceder frente á las preponderantes exigencias de la asociación.

Consecuencia de este concepto, en el cual, fuera de alguna exagerada construcción estrictamente «individualista» (2), la mayor parte de los doctos está de acuerdo, es que

(1) Cons. JELLINEK, ob. cit., y sobre este punto especial, v. BIGLIATI, *Derecho internac. y der. constitucional*, I. El Estado y la Sociedad internacional, §§ 1-2.

(2) V. la n. preced.

el Estado, debiendo obrar conforme á su naturaleza en todas sus disposiciones, tiene solamente por fin la tutela, y, en la forma en que ésta se entiende, el mayor bienestar de la sociedad, de donde en cuanto obra, tiene siempre el carácter de poder soberano. De aquí la doble personalidad que quiere hallarse en él, con aserción contraria á la índole que le es natural, á la necesidad que es razón de su existencia. Ciertamente, y bueno es que se repita, en la determinación de las funciones que, según esta razón de su vida, el Estado cumple, algunas por su contenido específico son políticas y puramente patrimoniales otras; cierto también que en algunos casos el Estado obra sin comprometer su patrimonio, y en otros asume, como consecuencia de los hechos jurídicos en que participa, una obligación patrimonial; pero esta forma de desarrollarse su acción no puede influir sobre la cuestión de su responsabilidad (1). Porque en todo caso la acción del Estado debe ser la manifestación jurídica de su vida, y ésta, por el fin de donde toma existencia verdadera, natural, no ficticia, es siempre *política*, según el significado general de la palabra, indicadora del acto de gobierno á que en interés general se procede.

Pero ¿se deberá inferir de ello que el Estado que obra siempre como poder soberano, su acción, y las relaciones que constituye nunca están sujetas á la ley civil? ¿Será, por tanto, exacta la doctrina, ya recordada y discutida, de que el Estado es siempre superior á la ley común?

A consecuencia más falsa es imposible llegar; y si bien no se relacione directamente con las premisas aquí puestas, resuelve una cuestión que para mayor claridad es necesario eliminar, tan poca es su seriedad y tan patente es la injusticia que podría deducirse de ella, según el modo de resolverla. El Estado en su realidad de tal ¿es superior á la

(1) El segundo de los dos modos descritos le asume como fin PRESUTTI, monografía cit., en *Legge*, 1901, p. III, y sobre el mismo concepto véase CHIRONI, *Quest. di Dir.*, cit., l. cit.

ley civil ó está sometido á ella? Este es el origen de la distinción recordada y de la teoría que afirma la continua superioridad del Estado, conducente al absurdo de su irresponsabilidad absoluta por los hechos ilícitos de sus empleados.

Ahora bien: la cuestión así propuesta no tiene mucha razón de ser; tan ocioso es preguntar si existe y cuándo ésta superioridad. El Estado, en efecto, es persona soberana, su personalidad es *política* (en el sentido amplio de la palabra en sí), y necesariamente lo es; pero en el ejercicio de los poderes que asume, pone en juego no solamente relaciones de derecho público, sino también relaciones de naturaleza esencialmente privada. Y si la relación en que el Estado se constituye sujeto es de esta última especie, si entra en los términos de la economía privada, la ley civil deberá regular su formación y desenvolvimiento, sin perjuicio (y aquí aparece la cualidad especial de la persona) de que el derecho público pueda intervenir y limitar ó dar otra determinación á la *absoluta* eficacia del derecho privado; y si la relación es solamente de razón pública, será la ley de derecho público interno la que deberá darle conveniente norma.

De donde resulta que la pregunta y la respuesta formuladas parecerán algo, si no mucho, ociosas. Giran alrededor del falso supuesto de que el Estado, como poder soberano, no puede nunca determinar relaciones que sean de economía privada, aunque sea necesario para el ejercicio de su soberanía. No; si mantiene siempre en su acción la forma adquirida de su origen y su fin, no podrá menos de ser así; pero si la naturaleza de la relación determina la influencia del derecho privado entera ó limitada por la ley pública, y aún la del derecho público solo, en todo caso el Estado no es nunca superior al derecho, y como fuente que es de la ley, está obligado á constreñir su acción en los justos límites que para el derecho de otro, bien sea privado ó sujeto público, le están señalados. Así que la cuestión de la eficacia ó no de la ley civil, no debe buscarse en la *esencia* del Estado, descomponiendo su personalidad, que es siem-

pre única, como estado de derecho ó según el derecho, sino en la cualidad de la relación á que da vida ejercitando su función en interés general (1); que particular no puede tenerlo ni se puede concebir. Si la relación constituída es, pues, de carácter privado, aunque el Estado forme parte de ella, será regulada por la ley civil: y ¿por qué no debería serlo? ¿Tiene tal vez el Estado en esto alguna prerrogativa? El Estado, poder público, que contrata con un particular, es un contratante; la ley y el juez no consideran su personalidad, sino la posición jurídica que en aquella relación ha asumido: lo consideran, por tanto, como contratante, sea acreedor ó deudor.

Así se declara lo que en general se dice, y también aquí se ha repetido, de que el Estado, cuando constituye un negocio de índole privada, aparece como particular. Con esto no se entiende, al menos tal es la idea dominante en la presente investigación, que el Estado pierda al contratar su cualidad de poder social, para asumir otra, cuyo contenido mal se podrá definir, puesto que no tendrá una especial para cada circunstancia; el Estado permanece siempre tal; el negocio que él estipula será *medio* idóneo á conseguir el fin de la utilidad general; pero el hecho, en cuanto determine una relación de naturaleza privada, está sujeto por sí á la ley común. O sea, que obliga al Estado como si fuese un particular, y no porque deje su ser de poder público, del cual, como es fácil advertir, quedan huellas más ó menos vivas en la relación, porque á causa del fin y de la cualidad del agente, la ley civil y la relación en su condición jurídica deberán tal vez sufrir la eficacia del derecho público. Y esto confirma de modo mejor, la concepción ya expuesta acerca de la entidad del Estado sobre el contenido de su *persona*, cualquiera que sea el objeto de su actividad.

Las consecuencias á que hemos llegado no se alejan hasta aquí gran cosa de las propugnadas por la teoría antes

(1) Cons. MAYER, ob. cit., I, § 17.

contradicha; tan sólo las premisas son enteramente diferentes. Aquella doctrina, á fin de adaptar la ley civil á la persona del Estado, distingue en el mismo una doble naturaleza; la teoría propuesta distingue, por el contrario, según la índole de la relación que el Estado pone en movimiento y que concurre á constituir. En sustancia, para asegurar justamente la influencia del derecho público ó del civil, no se refiere á la diversa personalidad del Estado, sino á la naturaleza del *acto* que el Estado cumple.

248 bis. De lo que se sigue que si el Estado ordena y hace ejecutar por sus empleados una resolución de derecho público, la ley civil no será nunca invocada debidamente para regular el acto; á menos que se trate de aplicarla, no tanto por su eficacia directa, como por ciertos principios de derecho común, que precisamente por la generalidad de relaciones que regulan tienen en la misma su mejor y propio asiento. Y la razón de esto no está, como se dice, en el obrar que el Estado hace como persona soberana, sino en el diferente campo que está prefijado á la función del derecho público en contraposición al privado.

La cuestión es tan clara, que no es necesario insistir más en discutirla. Pero si al interpretar una norma de derecho público el funcionario ocasiona (en tal calidad y dentro de los límites de los poderes conferidos) injustamente un daño, ¿cometerá delito ó cuasidelito y el Estado estará obligado á responder del mismo en calidad de comitente? La cuestión tiene dos partes principales: una que concierne al hecho en sí; la otra, á las relaciones entre el Estado y el empleado, suponiéndose ya, para la discusión de la responsabilidad del Estado, que en las relaciones entre el empleado agente y el tercero, éste haya recibido ofensa. Para proceder con orden conviene se comience por resolver la primera.

Cierto, cuando el Estado ordena ó hace ejecutar una resolución que sea acto de derecho público, los particulares no podrán en modo alguno suscitar cuestión de ofensa injusta de su derecho, invocando á este fin las disposiciones

de la ley civil; y aquí la decisión parecerá encontrarse con la doctrina que asegura que puede ocurrir responsabilidad del Estado cuando existe una relación de razón civil con ella conjunta (1). Pero cualquiera que sea el valor de tal encuentro, de lo que se hablará más adelante, es cosa cierta que esto ocurre mientras que el Estado obra dentro de los límites de la ley, que en razón de interés general dá poder de verificar actos contrarios al interés del particular. Se perjudique su interés ó se lesione su derecho, el Estado que no traspasa estos límites obra legítimamente y no puede existir cuestión de responsabilidad. La cual, según los principios generales, depende por entero del concepto que se dé del hecho ilícito, donde concurre el elemento fundamental de la *injuria*, del *facere sine jure* ó *contra jus*; y si el Estado obra manifestamente con derecho, no origina ofensa.

Pero la cuestión es otra. Ciertamente, puesta en estos términos, no puede menos de pensarse que ni siquiera puede surgir; y surge, cuando al aplicar la norma de derecho público, se obra de modo que ocasiona una ofensa por vía de acto que contradice á la ley. Aquí el derecho público, ¿podrá ejercitar tal influencia que pueda producir la no responsabilidad del Estado? No parece; la ejercita, sí, cuando el acto sobrevenga en conformidad con sus ordenamientos, en cuya hipótesis el daño al particular no determina resarcimiento (2); si después se añade algo que no consientan, no se obra con *jure*, sino *sine jure*, y entonces aparece el elemento de la *injuria*, de la cual la responsabilidad es natural, necesaria consecuencia. Y como la virtud de las normas de derecho público se dá en tanto en cuanto sean estricta y justamente observadas, si al aplicarlas se ocasiona una ofensa que el funcionario, obrando diligentemente, debió y podía evitar, no se puede nunca invocarlas á fin de evitar la responsabilidad; las reglas mismas fueron violadas, en cuanto el com-

(1) V. la n. preced.

(2) V. el cap. XVIII, § *Generalidades*, y § 1.

portamiento ilícito produjo un efecto ni previsto ni querido, y por vía de injuria el acto cae bajo la sanción de la ley. La culpa nunca está excusada por el solo hecho de que la acción determinante de la ofensa se refiera á la razón pública; cuando existe acción conforme, no existe injuria; ahora, si la cuestión de la responsabilidad se une á la existencia de la culpa como á su fundamento natural, ¿quién no ve qué erróneo es el criterio de invocar el derecho público como razón que la elimina? ¿Tal vez este ordenamiento no determina en qué forma, respecto á los particulares, se deba contener la acción del Estado, que donde excede causa injuria productora de responsabilidad?

Se dirá que la razón pública influye mucho en la cuestión, debiendo, conforme á sus ordenamientos, decidir la existencia ó no de la ilicitud. Ciertamente, como acaba de decirse, y no podrá menos de ocurrir, porque cuando se obra en conformidad con la misma no existe injuria, según se observará en la exposición de los modos como la culpa desaparece (1). Pero determinada la injuria á causa de la inobservancia de la ley de derecho público, la garantía soberana que contra toda ofensa injusta le concede por el derecho civil, y que en la ley civil, como más directa y primer manifestación de existencia, está contenida, recobra todo su vigor. No importa que, como acontece en algún sistema extranjero, esta determinación se haya dejado á la autoridad administrativa, dejándose á la judicial el cómputo de liquidar el daño, pues la cuestión de competencia para nada influye el principio (2), y menos importa si alguna vez la acción de la autoridad administrativa se reduce á alguna investigación preliminar encaminada á examinar si existe posibilidad de buen derecho en el acto del reclamante contra la presunta ilicitud (3).

Lo que se ha dicho con relación al derecho público, con

(1) V. el cap. XVIII.

(2) V. el Apéndice al final del presente vol.

(3) Cód. civ. alemán, L. de introducción, § 11.

igual si no mayor virtud, se debe referir con relación á los actos de naturaleza meramente privada, en ocasión de cuyo ejercicio los funcionarios cometiesen hechos ilícitos. Aquí también la relación principal sería materia regulada por la ley civil; pudiendo ocurrir, según la naturaleza de la relación, que en su razón entren más ó menos ampliamente consideraciones y límites especiales deducidos del derecho público.

248 ^{trip.} Pero la exposición de estos conceptos, por los que se revela la necesidad de determinar la naturaleza de la relación á fin de decidir si se debe sujetar al derecho público ó al privado, ha inducido, con relación á la responsabilidad, que el Estado *no es responsable* por los actos de sus funcionarios conforme á la ley civil, si falta una relación que deba regularse por ésta: lo que quiere decir que fuera de aquellos actos que por su naturaleza están sujetos á la norma del derecho privado, no responde el Estado de los daños de sus funcionarios. Pero de tal forma la responsabilidad del Estado quedaría reducida á límites tan angostos, que á la noción del estado de derecho se le inferiría no pequeña ofensa, y se llegaría de una manera indirecta á la teoría de que el Estado, en cuanto poder, autoridad soberana, no aseguraría la posibilidad jurídica de obligarse por los hechos ilícitos de sus agentes. Y no se advierte que, aun uniéndose la mala acción del funcionario á un acto de razón pública, la mala acción es por sí la materia directa de la relación, que es de razón común, de razón privada, conteniendo la *obligación de reparar el daño injustamente causado*. El hecho es sólo aparentemente de derecho público, porque, en realidad, el haber obrado contra la ley no puede dar á la acción del funcionario el carácter de ejercicio de un poder de razón pública; el hecho constituye, pues, *injuria*, y como fuente de responsabilidad productora del resarcimiento, es materia por sí de razón privada (1).

(1) Cons. y conforme MAYER, ob. y lugar cit.

248 ^{cuad.} La segunda parte de la cuestión propuesta toca á las relaciones entre el Estado *y sus funcionarios*.

Se ha visto que la teoría contradicha concede á éstos la cualidad de «comisionados» del Estado, únicamente en cuanto á los actos que le concierne están sujetos á la autoridad de la ley civil, no á los ordenamientos públicos. Después de la decisión dada á la primera cuestión, se podría concluir que si la materia de la responsabilidad para la injuria está siempre regulada por la ley civil, toda vez que se promueva una pretensión fundada sobre la injuria y la responsabilidad, el Estado debe considerarse como comitente con relación á sus funcionarios; pero esto supondría casi el reconocimiento de una distinción que ya se ha dicho y á la que falta verdadero valor.

Otro es el concepto que domina en la presente investigación, y al cual ya hemos tenido que aludir. El Estado ordena y hace ejecutar una resolución conforme á normas constitutivas de derecho público; éstas regulan evidentemente el acto que consideran, y por lo mismo que gobiernan este acto, no podrá, pues, decirse que regulan las relaciones intermediarias entre el Estado y los funcionarios á quienes tal ejecución fué confiada. De otro modo se caería en grave equívoco de conceptos, porque si el derecho público determina la resolución, no determina, en razón de esto, relaciones casi siempre preexistentes á la actuación de la resolución ordenada.

Si, pues, la norma especial de derecho público actuada no se debe confundir con la relación que existe entre el Estado y los empleados á quienes se encomendó el ejecutarla, se deduce que la condición jurídica del funcionario que obra como tal y dentro de los límites de sus funciones, debe ser considerada y valorada por sí; dando al empleado la cualidad de *comisionado* del Estado comitente. No importa que se diga que la relación entre el Estado y sus funcionarios no es estrictamente de razón privada, de la cual se tratará más adelante, si bien esta nada quite á la necesidad de con-

siderar distintos los dos órdenes del hecho jurídico; y tampoco decir que el nombramiento de los empleados tiene lugar conforme á determinados ordenamientos encaminados á determinar su capacidad; ya se ha visto que inútilmente en materia de responsabilidad se opone la diligencia observada por el comitente en la elección.

Establecido esto, aun acogiendo la distinción contrariada de la doble personalidad del Estado, permanecerá siempre el resultado de ser el mismo en cualesquiera hipótesis el carácter jurídico del funcionario: es *comisionado* del Estado. O mejor, según la locución ya adoptada, es *representante* del Estado, el cual se vale de su obra mediante ó no de retribución: obra como funcionario únicamente en su nombre é interés. Obsérvese bien: preciso fué ya indagar la naturaleza de la relación existente entre el Estado y los empleados, habiéndose dicho que la naturaleza jurídica de la relación está originada por el derecho privado (locución de obra; mandato), pero en razón del *fin* y de la cualidad de la persona á quien el servicio se da, la razón pública determina por necesidad limitaciones y adiciones que dan á la relación una forma especial. Ciertamente es, pues, que en la clase general de los empleados, se puede distinguir quién, por la naturaleza de su función, por la sustancia del encargo confiado, tiene verdaderamente la *representación* del poder, cuya vida se manifiesta en su acción, y quién no la tiene, presentándose aquí la entidad de la incumbencia de cada uno; pero esto nada hace á la construcción y á los resultados que de ella se deducen. Verdaderamente esta distinción, que es cosa diferente de la que separa *órganos* y *comisionados* (1), existe en las relaciones entre el Estado y el empleado, y existe aun con relación á los actos que el empleado *representante* verdadero puede hacer; pero cuando falta la forma de la representación propia la suple la *representación* en general, que determina, por los princi-

(1) V. el vol. I cit., cap. cit.

pios ya expuestos (1), la responsabilidad *por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de la función ó con ocasión de la misma*.

No influye la objeción que se hace referente á la condición de los Magistrados y profesores, pues desaparece con sólo que se atiende á la naturaleza de la comisión (2); por la naturaleza misma de la incumbencia que se le confía, se puede y se debe dejar al encargado de la ejecución (comisionado) una libertad de acción mayor de la que convenga á otros ramos del servicio público, sin que por ello sufra el carácter jurídico de *comisionado*. El Juez, ¿no administra justicia en nombre del Estado, que en la cabeza del Poder ejecutivo tiene su máxima y entera manifestación de vida? El profesor, ¿no percibe del Estado un sueldo á fin de que en la cátedra enseñe la doctrina á que se dedica, y lo haga con la mayor independencia necesaria con relación al respeto y al progreso de la ciencia?

Parece á alguno, que también quisiera determinar las relaciones entre el Estado y el funcionario en razón de su comisión, que responde mal á la dignidad de la función llamar *comisionado* del Estado al Magistrado y al profesor de las Escuelas superiores dedicadas á la investigación y á la instrucción científicas. La cuestión es sólo de palabras: el empleado, sea Magistrado, sea profesor, es comisionado del Estado; el cual, en interés general, y por ello á reserva de la buena marcha de las dos instituciones públicas, que son la justicia y la instrucción, debe dejar á los funcionarios á quienes les ha entregado la mayor independencia. Independencia regulada por esto mismo, no en favor del empleado, sino de la función que desempeña; y concediéndola el Estado, cumple por entero su deber. De donde el funcionario permanece siempre comisionado del Estado.

Á lo que queda dicho puede hacerse una objeción, di-

(1) CHIRONI, *Culpa contractual* (edic. cit.), nn. 210 y siguiente.

(2) V. á continuación.