

ciendo que el nombramiento de los empleados se encuentra regulado por leyes especiales, que forman parte del derecho público interno, no del privado; esto, por otra parte, no impide que se deba también atender á este último para determinar la naturaleza jurídica de las relaciones entre el Estado y el empleado; y se dice *también*, porque, según la investigación que acabamos de hacer sobre este delicadísimo argumento, la relación es materia jurídica gobernada juntamente por la razón privada y por la pública, que prevalece sobre ella y modifica, por tanto, los ordenamientos en cuanto relaciones especiales, ó la consideración misma de la función entendida según su fin y el fin del Estado, no induzcan necesariamente tales modificaciones ó limitaciones, como acontece en toda la materia disciplinaria. Pero esto no impide que la forma de la *representación* no se determine: verdadera y propia, si por la naturaleza de la función ó porque respecto al acto existe una autorización especial (que vale como mandato), ó bien encerrada en los términos de la *representación en general*.

Que esta objeción no tiene valor, por lo demás lo demuestra en su proceso la misma doctrina que no advierte la distinción de la doble personalidad del Estado; porque, si es verdadera, no se comprendería nunca la afirmación que hace de ser los empleados verdaderos *comisionados* cuando el Estado obra como persona civil; la razón deducida del carácter de la ley que gobierna el nombramiento de los empleados, debería tener eficacia en todo caso.

248 *quint.* Viniendo á la conclusión, tendríamos los siguientes conceptos como fundamentales para la construcción de la teoría, que aun reconociendo á la función *política* del Estado aquella libertad y autonomía de movimiento que es necesaria para el fin y el poder de gobernar (1), da á tal acción la medida de las leyes que especialmente la regulan, el freno del *derecho*; ó sea de la potestad que existe

(1) Cons. JELLINECK, ob. cit.

en el individuo-asociado más allá de los términos que en su cualidad de tal, le imponen obligaciones.

I. En el Estado no existe una doble personalidad, política y privada, si bien en razón del fin las funciones que ejercita se pueden referir distintamente al uno ó al otro objeto; cuando obra, obra siempre como Estado, cual poder soberano; pero tal soberanía no es nunca superior á la ley, y, por tanto, el ejercicio de ella se debe desenvolver en conformidad al derecho.

II. Así, si el acto realizado no está consentido por ley de derecho público, ó si al ejecutarlo, ó con ocasión de la ejecución, el funcionario ocasiona injustamente daño, quien en uno ú otro caso sufra injuria tiene acción para el resarcimiento; sin que nunca cuestión haya de independencia de la función soberana, del poder político de gobierno, sino de ofensa al derecho, á la independencia de la razón pública de la privada, de *injuria* y de responsabilidad.

III. En todo caso, la relación jurídica del empleado frente al Estado es materia diferente de las funciones que ejercita. De aquí, ó que el Estado dé ejecución, por vía de él, á una resolución ordenada por leyes de derecho público, ó que haga cumplir un acto regulado por ley civil en su constitución y en su ejecución, el empleado agente tiene siempre su cualidad de tal, conserva siempre el mismo carácter: su relación con el Estado no cambia de índole jurídica á medida de la diferente naturaleza que exista en los actos que cumple y que le dan el carácter único y constante de comisionado del Estado, de su representante; si bien, luego, en las relaciones internas para la acción de repetición, la naturaleza de la *representación* puede funcionar como medida de la obligación de responder. Ahora, uniendo los resultados de la segunda y tercera proposición, se llega á la última, que encierra la teoría propuesta; y es á saber:

IV. Siempre que el empleado en su cualidad de tal, no excediendo de los límites de sus funciones, y en ocasión de las mismas, cometa un acto ilícito (es decir, que existan

á su cargo los elementos constitutivos del delito ó cuasidelito), el Estado, en su calidad de comitente, debe responder (1). Se exceptúan los casos en los cuales una disposición expresa de ley informada en motivos especiales, destruye la responsabilidad exclusiva del empleado.

§ 3 A).

(Continuación).—Elementos que deben concurrir para determinar la responsabilidad del Estado.

SUMARIO: 249. Referencia á las reglas generales expuestas acerca de la responsabilidad por hechos ilícitos de los representantes.— 250. Aplicaciones especiales.— 251. Caso especial del Prefecto que autoriza para proceder á la venta de la caución constituida por el recaudador.

249. Expuesto el principio que rige en la materia, el concepto que afirma la responsabilidad del Estado por todo hecho ilícito que se cometa por sus funcionarios (2), y como

(1) Sólo há lugar á responsabilidad directa del Estado, por hecho de sus funcionarios. Apelación Génova, 23 Noviembre 1901. *Temí genov.*, 1902, 694.

(2) Es el concepto en el cual se viene informando la nueva jurisprudencia italiana, y es bueno recordarlo: fué con la primera edición de este trabajo cuando comenzó la oposición resuelta á la informe distinción entre *actos de imperio* y *actos de gestión*. La idea de la unidad de la personalidad del Estado en aquella rigurosamente sostenida la acoge ahora la Casación de Roma: sent. en sec. unidas 6 Agosto 1903 (*Giur. it.*, 1903, I, 1, 895), 7 Agosto 1903 (*id.*, I, 1, 778); sent. 13 Enero 1904 (*id.*, 1904, I, 1, 206); 5 Febrero 1904, en sec. unidas (*id.*, I, 1, 478); y véase también Trib. civ. Nápoles, 30 Mayo 1904 (*id.*, 1904, II, 443). Ya este concepto estaba acogido por la Casación de Florencia en sent. 16 Enero 1902 (*id.*, I, 1, 287) y por la Corte de apelación de Nápoles en sent. 14 Abril 1902, refiriéndose á hechos ilícitos cometidos por un alcalde (*Riv. amministr.*, 1902, 431); pero conforme todavía, como informándose en la distinción combatida, Apelación Lucca, 20 Agosto 1904 (*Guir. it.*, 1904, II, 616). Consúltese la monografía de Forti, en *Giur. it.*, I, 1, 1036, n.; y véase y conf. la mon. de DE LUCA, en *Dir. e Giur.*

que esta doctrina se une de modo especial á la general, acerca de la responsabilidad del representado por la injuria cometida por su representante, claro es que las condiciones cuyo concurso es menester á fin de que aquella se determine, deberán también subsistir en el caso particular que ahora examinamos. Es necesario, pues, el concurso de los siguientes términos, según ya en otra ocasión hemos expuesto (1):

a) Que exista efectivamente el hecho ilícito cometido por el funcionario con violación del derecho de otro (2),

*rispr.*, 1901, 109 y sigts.; y la de SOLARI, *La responsab. della pubbl. amm. per atti d'impero*, Nápoles, 1902.

Que la jurisprudencia alemana tiende á acoger esta distinción, se ha observado ya (véase *Culpa contractual*, nn. 210 y sigts., y en esta p. vol. I, pág. 489 y sigts), sino directamente, señalando la naturaleza de la relación en relación con la cual la acción del Estado se ejerce por medio del funcionario (véase de modo especial MAYER, op. y loc. cit.), y observando que este carácter de actos referentes á la economía privada (serían tal vez poco más extensos que los llamados actos de gestión), se encuentra también en servicios que respectan á la administración pública: véase LOENNIG, op. cit., p. 51 y sigts., 88 y sigts.

Esta distinción es considerada como principio constante de sus decisiones por la jurisprudencia del Cons. de Estado francés: véase entre las últimas decis. 13 Enero 1899 (*J. du P.*, 1900, 3, 1), 25 Mayo 1900 (DALL., *Pér.*, 1901, 3, 66), y HAURIOU, en *J. du P.*, 1900, 3, 1. La combatía, por el contrario, la jurisprudencia de la Corte de Casación, que aplicaba á esta materia de la responsabilidad el derecho común: sent. 16 Marzo 1881 (*J. du P.*, 1881, I, 625, y la nota de ALMERAS-LATOUR); cons. MICHOU, mon. cit.; y véase además HUDELLOT y METMAN, *Des Obligations* (III ed.), I, n. 436. Jurisprudencia ahora cambiada: v. Cas. fr., 16 Diciembre 1899 (*J. du P.*, 1900, I, 504).

(1) CHIRONI, *Culpa contr.*, cap. V; y *Culpa extracontr.*, I, p. 481 y sigts.

(2) De la necesidad de que sea violado un *derecho* no es necesario que se diga aquí gran cosa, y baste repetir el principio general fijado (v. vol. I, n. 22), según el cual la ofensa hecha al derecho, cualquiera que sea su naturaleza, sea *privado* ó *público subjetivo*, induce *injuria objetiva*, y que no únicamente la acción, sino también la omisión, cuando el comitente *debiera* no abstenerse de obrar, de-

bien obre como representante verdadero ó por vía de repre-

termina la materia de lo ilícito civilmente. Estos principios se aplican también en materia de responsabilidad del Estado por delito de los funcionarios (y sirven también de argumento de responsabilidad de las Provincias, de los Municipios y de otras administraciones públicas), y de ella deriva la consecuencia de que el Estado es responsable también por las *omisiones ilícitas*, á consecuencia de las cuales un funcionario ocasione ofensa al derecho ajeno (cons. ap., Florencia, 25 Marzo 1902, *Ann.*, 1902, 215; Forri, mon. cit.).

La cuestión de responsabilidad por vía de omisión se debate bastante con relación al daño ocasionado á un particular por vía de negligencia de la administración carcelaria en la custodia de un detenido en una colonia agrícola, que en razón de su conducta se había creído poder dejar con cierta libertad; y la decisión recaída (Ap. Lucca, 20 Agosto 1904, cit. en la n. pág. 17), argumenta en uno de sus considerandos, la no responsabilidad, por la distinción del acto de imperio del acto de gestión, sin que sea el caso de volver ahora sobre tal cuestión (v. la nota precedente); por otro de ellos observa que la omisión de custodia por vía de la libertad concedida sería solamente el ejercicio lícito de una facultad discrecional del Estado. Pero es necesario no confundir dos posiciones distintas: el Estado y la administración encargada del servicio carcelario, tiene el poder que se le atribuye, pero determinando una resolución de naturaleza excepcional en cuanto relaja los vínculos ordinarios de la custodia, al actuarla, se da implícitamente garantía al público que el individuo señalado para tal especial favor era merecedor de él; por tanto en el hecho se advierte la presencia de la *culpa in re ipsa*, por omisión de diligencia, sea en el ordenar, sea en el vigilar, si fuese el caso de mantener ó revocar la medida. Con peor razón decide la sentencia cuando por el concepto del acto de imperio infiere la no responsabilidad por la omisión culpable de los agentes.

Aun más importante es la discusión en el caso que por omisión acaecida al reparar una carretera, un particular haya sufrido daño: en este caso, la mayor parte de las decisiones niegan la responsabilidad del Municipio (Cas. Roma, 21 Julio 1903, 5 Febrero 1904, cit. en nota en la pág. 17), observando que no existe en el hecho injuria objetiva, por no tener el particular acción judicial para obligar al Municipio á reparar, á lo que se objeta (Tri. civ., Nápoles, 30 Mayo 1904, cit. en la nota de la pág. 17) que el poder discrecional no elimina la forma del derecho subjetivo público. Esta última afirmación es sólo exacta en parte: que el Municipio tenga la obli-

sentación genérica, como se ha dicho; pues si en el acto realizado faltan los elementos de la injuria (objetiva) y de la culpa (injuria subjetiva), no existe responsabilidad del empleado, y, por tanto, tampoco del Estado. La jurisprudencia en sus muchas decisiones hace larga y exacta aplicación de tal concepto, declarando, por tanto, la no responsabilidad del empleado agente, cuando éste, sin preocuparse del daño que pueda causar á los particulares por la resolución que ordenare, no hiciera más que valerse de un poder consentido por la ley. De esto se tratará al hablar de las causas eliminadoras de la culpa (en sentido lato), de las cuales es la principal la falta del acto injurioso (injuria objetiva), el *facere jure*, en el que se comprende el *non facere jure* (1). Tal sucedería si, con motivo de sanidad ó de higiene pública, el Gobernador ó el Alcalde ordenaran disposiciones encaminadas á impedir se difundiera una epidemia; si á fin de impedir mayores daños la autoridad ordenara la ruptura de los diques de un río bastante crecido por abundancia de agua, y éste ocasionara daño á los predios, al extender su cauce;

gación de proveer á la conservación de los caminos es cierto, mas para los particulares usuarios no tiene esta obligación un derecho correspondiente, y no existe, pues, en esto materia de un verdadero derecho subjetivo público. El particular, pues, no tiene acción (v. MAYER, op. cit. I, 9; v. LABAND, *Staatsrecht.*, V. Aufl., p. 132 y sigts.; y v. JELLINEK, *D. subject. Recht.*, cit. pág. 43 y sigts., 100 y sigts.), porque otros medios tienen los interesados por la ley administrativa para constreñir al Municipio para proveer y salir de su inercia; pero con esto no se quita el fundamento á la responsabilidad. La cual deriva en el hecho, no de la pretendida violación de un derecho público subjetivo que no existe, sino de la violación del *derecho de la propia persona*, ofendida por una acción culpable de la administración por hecho de omisión; tal es la razón verdadera de la responsabilidad, porque la discrecionalidad que existe en un poder de la administración, no puede consentirle lesionar, no ejercitándolo, ó ejercitándolo mal, el derecho del individuo. V. Ap. Bolonia, 4 Mayo 1900, *Mon. Trib.*, 1901, 354; Ap. Génova, 22 Abril 1902, *Temi gen.*, 1902, 247.

(1) V. el cap. XVIII.

si el Alcalde, valiéndose de los derechos inherentes á su ministerio, dictase órdenes encaminadas á regular el conveniente uso de pozos públicos comunales para evitar conflictos entre los usuarios; es evidente que en todos estos casos faltaría argumento para que cayera en responsabilidad personal el funcionario, eliminándose también la responsabilidad del Estado ó del Municipio. Cosa distinta es ver si el perjudicado no tiene acción en razón de ventaja de otro (1), ó si al ordenar la disposición ó al practicarla el funcionario se *excediese* en su poder de ordenar y en su función de ejecutar; en el exceso hay ofensa, y, por tanto, responsabilidad. La cual existe, como se ha observado, cualquiera que sea la *naturaleza* de la función ejercitada; el exceso es en todo caso violación del derecho, es acto injurioso, y nada impide al principio el hecho de que para ciertas funciones de la Administración se declare por ley la no responsabilidad (como acontece en el servicio telegráfico), ó se definan sus consecuencias (servicio postal) ó se fije la responsabilidad personal del empleado agente.

b) Que el hecho ilícito se cometa por el empleado en esta cualidad. Evidentemente, si la representación es la razón directa de la responsabilidad, el representado (el Estado) estará obligado en cuanto el hecho sea de su «representado»: así que si el empleado ocasionara injuria, no en tal calidad, sino como particular, faltaría la representación, y con ella toda obligación en el Estado á la reparación del daño.

El concepto propuesto parece que ha de poder resolver toda duda especial; pero en la doctrina y en la jurisprudencia (2), se quiso buscar un criterio más explícito y preciso, por el que se pudiese separar el acto verdaderamente

(2) Ap. Lucca, 29 Febrero 1901 (*Giur. it.*, 1901, I, 2, 176).

(1) HAURIU, en *J. du P.*, 1902, III, 41; y para el caso del daño ocasionado con dolo, v. Ap. Florencia, 26 Febrero 1901, *Ann.*, 1902, 158.

*administrativo*, determinante de la responsabilidad del Estado, del acto estrictamente personal del empleado. Este criterio se encontró en que el acto injurioso ejecutado con culpa *grave*, se refiriese solamente á la persona del agente.

Criterio distintivo este, que no creemos correcto: el comportamiento no puede impedir la función y menos la responsabilidad que se deduce en razón de la representación, que no sufre modificaciones á medida de la conducta observada por el representante al obrar. Tan es así, que los casos á que las decisiones se refieren se explican fácilmente con la guía del principio propuesto: un Alcalde expulsa de la oficina, recurriendo á la violencia personal, á un individuo que pide la inspección de ciertos registros (1); la responsabilidad personal es aquí evidente, porque el Alcalde que pone la mano sobre una persona, aun para constreñirle á alejarle de la oficina, hace una cosa que no entra en la representación que tiene del Municipio, ó en ciertos casos del Estado.

c) Que el hecho ilícito sea cometido en el ejercicio de la función confiada, ó con ocasión de ella. La razón de esto es la ya indicada: si la injuria no se uniese de modo alguno á la ejecución de la incumbencia confiada al empleado agente, constituirá un hecho separado, distinto absolutamente del objeto de la «representación» misma, y el Estado no puede considerarse comprometido en calidad de comitente (representado): idea fundamental, como razón determinadora y mesuradora de la responsabilidad, y á cuya aclaración ayudan las palabras empleadas «*en el ejercicio de la función ó con ocasión de ella*», queriéndose significar con las últimas una posición especial de menor inherencia del acto á la función, pero revelando más incisivamente la necesidad de tal relación. El acto comprometería entonces la mera responsabilidad personal del empleado, por la ninguna relación de dependencia entre la ejecución de la incumbencia al mismo deferida y el acto mismo; es necesario, por tanto,

(1) V. en HAURIU, cit. en la n. preced.

á fin de poder determinar la responsabilidad del Estado como comitente, que el acto injurioso del funcionario ocurra en el *ejercicio no correcto, ilegítimo, de las funciones al mismo deferidas por la ley*. Pero es de notar que aun para establecer la *responsabilidad personal* del funcionario es necesario darse cuenta de su posición con relación al Estado (y del mismo modo se dice de la Provincia y del Municipio, en el caso de que se trate de sus funcionarios); para fijar la *ilicitud* del acto cometido por el empleado, no se debe examinarla solamente con relación al ofendido, de forma que deba decirse que existe la responsabilidad por el comportamiento ilícito observado con relación al derecho del tercero: la relación del funcionario frente al Estado, no es, en razón de la condición misma que tiene, asunto puramente interno entre comitente y comisionado, al cual el tercero es del todo indiferente ó extraño. El acto, pues, del funcionario tiene aspecto de ilícito respecto al tercero ofendido, cuando encierra una violación de sus obligaciones hacia el Estado; mientras que en la responsabilidad común la relación entre el comitente y el comisionado es materia puramente interna, y la violación de la obligación que el representante tuviese cerca del representado nada importaría á la consecuencia entera y formal de la ofensa al tercero, que es la responsabilidad. Se observa en suma, y el concepto traído de la observación es característica de la *responsabilidad personal* del empleado frente á la responsabilidad personal del comisionado según la razón común, que el empleado es *personalmente responsable* cuando al ofender al tercero haya faltado con dolo ó con culpa á los deberes del propio cargo respecto al Estado comitente. Cuya diferencia deriva de la condición del *funcionario* que le reviste de tal cualidad frente á todos: quien es ofendido por el acto del comisionado no se preocupa de la relación de comisión sino para fijar la responsabilidad del comitente cerca de él; sobre el hecho personal del agente funda siempre su pretensión á la reparación, sin que se preocupe de su posición de comisionado;

pero si el agente es comisionado porque es funcionario, este estado suyo es productor de consecuencias jurídicas con relación á cualquiera, y no podrá quien se considere ofendido por su acto solicitar del mismo la responsabilidad personal, separando su persona de la cualidad que reviste y con la cual operó. Por ello, pues, de ordinario, el ofendido no se preocupa de si el agente ha obrado mal como comisionado, sino que debe establecer que el agente obró mal como *empleado*.

d) El hecho ilícito debe contener el exceso en el empleo agente de las funciones atribuidas; si la representación está concedida dentro de ciertos y fijos límites, más allá de ellos no existe nunca, y falta entonces en la relación entre el funcionario y el Estado la forma jurídica que hace á este último responsable como comitente. En realidad, la condición ya descrita no tiene, frente á las demás, nuevo contenido, que en ellas no existe: es más bien explicación del concepto ya expuesto acerca de la necesidad de que el acto sea cometido por el empleado obrando *en su cualidad de tal*.

Á este particular se pueden imaginar diversas posiciones especiales, que, sin embargo, se agrupan todas alrededor del principio así determinado, y es, á saber: 1) cuando el empleado cumple actos que no entran en la clase de los que le están fijados á su acción por la ley; 2) cuando ésta se los ha prohibido antes expresamente; 3) si la claridad de la ley excluye toda extensión posible de las funciones ó de una función determinada á los actos que el empleado ha efectuado, y en ocasión de los cuales ha tenido lugar el hecho afirmado; 4) si la ley no fuese clara, pero una constante interpretación de la autoridad competente excluyese tal extensión; mas si hubiese divergencia en el entenderla, habrá eliminación de la culpa (1).

En estas cuatro hipótesis la acción del empleado tendría lugar más allá de la esfera de las atribuciones inherentes

(1) V. el cap. XVIII.

á su oficio; existiría, pues, por su parte, un *exceso*, del cual derivaría la no responsabilidad del Estado, obligado, como representado, en tanto que no sean violadas las leyes de la representación, pero sí la obligación personal del agente. Se podrá decir, y se ha dicho (1), que el Estado no da y no puede, por su naturaleza, dar mandato á los empleados de cometer actos ilícitos, pero la objeción no rige. Aun cuando el argumento debiera valer únicamente para el Estado, ¿sería consecuencia de su fin especial de ser? No parece; y entonces todo comitente podrá muy bien invocar este medio de defensa, y no sólo el Estado. Y á la inversa, la razón por que ningún comitente puede valerse de ella, se aplica bien al Estado; con el hecho de la representación todos los actos que el representante cumple en tal cualidad son actos del representado; ¿no es, acaso, él quien lo llamó á este cargo? Y si al ejecutarlo comete injuria, no puede quejarse cuando es llamado á responder. No importa, como ya se ha observado (2), el advertir la relación especial que existe entre el Estado y sus funcionarios; que no concurra siempre la forma del mandato, nada hace; frente á los terceros, en materia de culpa no contractual, domina la razón de la *representación*, en la que, como también se ha advertido, entra por mucho el concepto de la *garantía* determinante de la responsabilidad del representado, sin que le valga objetar diligencia en la elección (3).

250. Cuando se confirme el concurso de las condiciones ya designadas, el Estado, comitente, debe responder por los hechos ilícitos del empleado (comisionado). La teoría contraria, al distinguir la personalidad del Estado como poder público de aquella que tendría como persona privada, quiere que solamente en esta segunda hipótesis exista la relación de comisión, y la incertidumbre que tiene en la conduc-

(1) SAREDO y MANTELLINI, en las op. cit. en el v. I de este trabajo, cap. V.

(2) MAYER, op. cit., § cit.

(3) MICHOU, l. cit.

ta esta enseñanza se hace más evidente en la aplicación; incertidumbre que no es en verdad menor en la otra que refiere la distinción, y con ella el criterio decisivo acerca de la responsabilidad, no á la persona del Estado, sino á la naturaleza de los actos, no pudiendo separarlos de la condición de quien los ejecuta.

Uno, entre los casos en que el defecto aparece más evidente, es este. El Prefecto, por la ley especial sobre la cobranza de los impuestos directos (1), está autorizado para ordenar la venta de la fianza prestada por el recaudador por retraso en la rendición de las cuentas en el plazo determinado. Cuando el Prefecto ordena esta venta, ¿representa al Estado persona *política*, ó bien al Estado en sus actos de simple *gestión*? Y si en el ejercicio de esta facultad ocasionase ilegítimamente ofensa, como si hubiera ordenado la venta de la caución por débitos declarados inexistentes, ¿será responsable el Estado? La cuestión ha parecido bastante digna de controversia: por un lado se afirma que en el caso especial estará representado el Estado-administración; por otro se dice que el Prefecto obra en nombre del Estado-gobierno (2); se opina que la venta de la caución es acto meramente administrativo, y se opone que el Prefecto tiene, por la ley especial sobre la recaudación de los impuestos, funciones únicamente de «Magistrado administrativo», y en tal cualidad puede ordenar la venta de la caución á petición del empleado receptor ó del Municipio. El disenso en la aplicación del mismo principio muestra, pues, cuánto la justicia y la claridad se reducen en él á simple apariencias; tanto más es esto de observar, cuando se considera que en este caso especial las sentencias que quitan la responsabilidad al Estado no muestran seguridad completa de su propio aserto, y buscan en otras razones (3) motivo mejor para la decisión.

(2) Texto único, 29 Junio 1902, n. 281, art. 86.

(1) Así la Casación de Roma, 27 Junio 1885 (*Foro it.*, X, 1, 852).

(3) V. Cas. Roma (*Foro it.*, cit., p. 853).