

ligencia; disposición más necesaria cuando se piensa que los funcionarios á que se refiere están, por la naturaleza de su cargo, en contacto directo y continuo con el público, y que deben con frecuencia proveer á considerable número de peticiones. Ni en razón de esto parecería justo, conveniente, para el mismo interés general, que el Estado permaneciese bajo el peso de una responsabilidad (de fácil eventualidad y causa de graves consecuencias económicas), que, conforme á la ley común, indudablemente le correspondería. Parecerán éstos justos motivos de la excepción, dirigida, además, á hacer menos posible que se incurra en la responsabilidad personal conminada, inculcando á los funcionarios que eviten cualquier omisión perjudicial; pero no será superfluo añadir que está también determinada por el hecho de que los funcionarios en cuyo respecto se aplica gozan de una cierta independencia á causa de un cargo semejante al de Magistrados para la decisión de cuestiones, conforme á la competencia que les está atribuída (1).

No se crea que, desaparecida toda responsabilidad en el comitente, las relaciones de comisión y la representación vienen á menos; en la culpa contractual, el pacto sobre tal propósito tiene valor, y el comitente puede despojarse de la culpa (salvo la limitación general derivada del respeto al orden y á la moralidad pública) en que el comisionado caiga al cumplir la obligación; en materia de culpa extracontractual no se puede suponer la validez del pacto; pero se entiende bien la eficacia de la ley que la disponga; expresión de la voluntad general, tutora del interés público, puede limitar la extensión y consecuencias de la culpa aquiliana.

(1) V. los auts. cit. en la n. preced., y las sents. allí cit.

§ 3 C).

Daños de guerra: responsabilidad.

SUMARIO: 256. Referencia.

256. Al discurrir acerca de la responsabilidad del Estado por el hecho ilícito de sus funcionarios, parece necesidad lógica investigar también la responsabilidad por los daños de guerra; pero es mejor referir la investigación al punto en que se hablará de las causas que eluden ó modifican la culpa y la responsabilidad, y especialmente al tratar el caso.

El Estado responde de los hechos ilícitos cometidos por sus funcionarios: esta es la regla. El caso fortuito elimina la culpa; ahora bien; los daños inferidos á los particulares ejecutando órdenes emanadas de la autoridad militar para la defensa del Estado, ¿dependen de caso fortuito ó de fuerza mayor? La cuestión así planteada da por sí la razón para dilatarla.

§ 3 D).

SUMARIO: 256 bis. La responsabilidad del Estado ante los ciudadanos de Estado extranjero en razón de ofensas causadas por hecho ilícito de los particulares que habiten en su territorio.

256 bis. Se investiga aún la mejor razón que pueda justificar la responsabilidad que corresponde al Estado en razón de los daños que nacionales de otros Estados reciban por hecho ilícito de los particulares que, por cualquier título, habiten en su territorio; porque en cuanto á asegurarla, nadie duda que si á tal hecho ilícito se une de cualquier modo la conducta también ilícita del Estado mismo, éste está obligado cerca del Estado á que pertenezcan los individuos ofendidos. Y precisamente se ha dicho «*de cualquier modo*», porque una doctrina que quisiera argumen-

tar su resolución del concepto de la injuria objetiva (que en la construcción propuesta entraría en la forma más amplia de *garantía*), en realidad deduce del principio tradicional de la culpa, si bien la injuria en su aspecto subjetivo no aparezca claramente, y esté más bien incluida en el hecho mismo.

Ahora bien: ¿cuál es la naturaleza de esta obligación, si no quiere decirse, sin más, responsabilidad verdadera, propia, cuando ninguna convención concurre á constituirla?

Planteada así la cuestión, se entiende que es de necesidad que surja de ella otra preliminar, que es la causa legítima de tal obligación; que si es jurídica, no podría existir sin una ley que la establezca, y encontrar esta ley, encontrar una autoridad suprema que sea su custodia, no parece posible por la igual soberanía de los Estados; porque, obsérvese bien que la dificultad se refiere á una relación entre el Estado á quien se pide el resarcimiento y el particular que lo pretende (1); relación que indudablemente se regula por el ordenamiento jurídico del Estado mismo, y que no es contractual. Ahora pues, si el Estado en cuyo territorio el acto injurioso se comete no ha hecho cuanto habría debido á fin de proteger á los extranjeros contra los daños que sufrieron, como sucedería si en el caso de sublevación directa contra los extranjeros mismos, ó de agresión violenta por uno ó algunos de ellos, no hubiere adoptado los medios legales de que disponía para impedirlos y para que fuese declarada conforme á justicia, é hiciese efectiva la responsabilidad de los autores; y como sucedería también si en el caso de sublevación ó de rebelión contra el Estado mismo, no ha dado á los extranjeros la protección de que podía disponer, ó si, sofocados los tumultos, no se cuida de

(1) Cons. y confr. sobre este argumento TRIEPEL, *Völkerrecht u. Landsrecht*, Leipz., 1899, p. 30 y sigts.; y de modo especial, ANZILOTTI, *Teoria gener. della responsab. dello Stato*, p. 25 y sigts

resarcir ó de hacer resarcir á los ofendidos: en estos casos, el Estado del cual los damnificados sean ciudadanos tienen por sí el derecho de obrar á fin de que la justicia se haga efectiva á los injuriados.

Ahora bien: ¿cuál es el fundamento de tal derecho, al cual de necesidad se refiere la obligación correspondiente? No se acude ya, y con fundamento, al concepto de un derecho natural, que tomado en el antiguo significado y valor atribuído, de los altos dominios de la razón jurídica mal podría dar hoy consistencia al derecho internacional (1); por otra parte, fuera de la convención, parecía y parece difícil construir el título jurídico á la relación obligatoria. Y se ha pensado por algunos en la distinción del *acuerdo* en relación con el contrato, ó sea á la voluntad que se manifiesta paralelamente, á diferencia de la convergente para fines diversos en la misma forma jurídica (2), diciendo que de la misma manera que acontece con los particulares, los Estados, personas independientes, pueden establecer *acuerdos* que los unan también respecto á terceros, como constituyendo una *ley*, en el significado que incluso las fuentes dan á la locución *leyes* (3). Pero esto no parece en verdad teoría admisible, y no lo es tampoco en su construcción general, en cuanto á la forma del *contrato* se quiera contraponer la del *acuerdo*. Porque el acuerdo, cualquiera que sea el móvil ó el fin jurídico de los concurrentes á formarlo, es también convención; que el fin sea igual para cada uno ó desigual, nada hace; la voluntad jurídica coincide en un punto, que es el equilibrio jurídico de cada una de las voluntades concurrentes, y da existencia al vínculo. Y ni las otras diferencias que se quieren poner para diferenciar las dos formas conducen al fin, ya se adopten los atributos dados al acuerdo ó al contrato.

(1) V. los auts. cit. en la n. preced., op. cit., t. y n.

(2) V. JELLINEK, *Syst. cit.*, p. 193 y sigts.; TRIEPEL, mon. cit.

(3) CHIRONI y ABELLO, *Tratt. di dir. civ. ital.*, Turin, 1903, I, p. 135 y sigts.

Por otra parte, si también en el orden privado la diferencia puede sostenerse, considerando que el acuerdo no es simple modo de formarse el contrato, sino forma del todo distinta, especial; en las relaciones internacionales es difícil decir otro tanto. Para que el acuerdo tenga valor jurídico, ¿qué *derecho*, qué autoridad que le mantenga? ¿Existe de modo cierto, determinado? Verdad es que la dificultad se toca una para el contrato, como vínculo jurídico; y esto quiere decir que la dificultad es mayor de lo que creen los sostenedores de la teoría propuesta.

Modo tal vez mejor de destruir la dificultad, es argumentar con la posición jurídica de los Estados, personas soberanas, y de no abandonar el viejo parangón del Estado y de la persona física. Y decir que de igual manera que se determina la formación de la ley por la voluntad general de los particulares asociados, los Estados, personas reales, no ficticias (1), uniéndose pueden igualmente determinar una norma común al propio comportamiento; y esta determinación, por la naturaleza misma de los Estados considerados como unidades independientes, puede muy bien resultar aun tácitamente; entendiéndose que todos los Estados de igual modo se quieren conformar á los comunes sentimientos éticos del civil progreso. A cuya voluntad presunta, únicamente puede faltar la norma jurídica expresa en las ordenanzas de los Estados.

Por medio de cuya construcción se entiende que no únicamente en la costumbre, sino en la convención misma, existe ya implícitamente la afirmación de la voluntad general que determina la condición *jurídica* de cada Estado particular y su poder de obrar: hecho que el *acuerdo* expresaría de igual modo y con igual virtud. De donde la responsabilidad del Estado que contravenga á la convención, ó á aquella voluntad general de los Estados á la que

(1) CHIRONI y ABELLO, *Tratt. di dir. civ. it.*, Turin, 1903, I, p. 135 y sig.

se quiere dar nombre de *acuerdo*, es contractual en el primer caso y no contractual en el otro.

Sino que parece que contradice á resultado la observación de que la *responsabilidad* existiría sin averiguación de culpa, y entonces se ha recurrido, como se advirtió, á la forma de la injuria objetiva, que se reducía á la *garantía* ya descrita en sus líneas generales. Pero no se ha pensado que la contradicción á la voluntad general (entre Estados) induce la *injuria*, y que, como sucede en las relaciones de derecho privado, la naturaleza y el fin de la norma puede ser tal que no se pueda absolutamente suponer la violación sin la *culpa* del agente: *culpa inest in re*. Y se entra así en los términos en que está establecida la noción común de la *responsabilidad* (1).

§ 3 E).

SUMARIO: 256 trip. De las *cautelas* que la ley da respecto á los actos de la autoridad y que alguna vez impiden la acción de injuria. Acción *jure*. Referencia. — 256 cuad. De algunos casos en que la ley misma determina las consecuencias de la responsabilidad del Estado, ó bien establece su obligación de *garantir*.

256 trip. La responsabilidad viene á menos en su forma típica respecto de los actos que la autoridad cumple con plenitud de señorío, y para los cuales toda acción de los Tribunales está excluida; al particular no le queda más que la *cautela* general del derecho de recurso en la forma que la especialidad de la resolución imponga.

De la fijación que á veces hace la ley del resarcimiento á que el Estado viene obligado, se ha tratado ya (2); pero

(1) V. sobre el asunto la excelente mon. cit. de ANZILOTTI; v. y cons. TRIEPEL, ob. cit., p. 323 y sigts.; BRUSA, en los *Ann. de l'Institut. de dr. intern.*, Bruselas, 1898, p. 96 y sigts.

(2) Así, por lo que se refiere al servicio de correos, v. el art. 69 del Texto único, 24 Diciembre 1899; y v. en ejecución del mismo el

no se ha indagado la naturaleza de la provisión que lo ordene. Porque, como sucede en materia de expropiación por causa de utilidad pública, puede acontecer que á consecuencia de la obra se ocasionen verdaderas disminuciones del derecho á los particulares, proveyendo la ley á la indemnización debida (1); resultando verdadera responsabilidad en razón de exceso de los términos en que el acto de la administración debe contenerse; y el Estado estaría obligado á la restauración de la ofensa por vía de la culpa aquiliana. Pero mal se conduciría el desarrollo de la resolución, si se hiciera caso únicamente al derecho común; éste determina si la razón del derecho y la forma de la responsabilidad, en cuanto el perjudicado afirme que de la ejecución de la obra malamente conducida hubo detrimento, y la autoridad judicial tiene competencia para conocer

reglamento 10 Febrero 1901. Ha surgido grave cuestión acerca de la responsabilidad ocurrida por haber el administrador hecho levantar protesto de un efecto de cambio de cuya percepción estaba encargado (Texto único cit., art. 67-70; Regl. cit., art. 199-205), cuando tal acto se ha hecho ilegalmente; y se observó que la disposición que despoja de responsabilidad á la administración (artículo 69 cit.) no surte efecto si la administración misma podía darse fácilmente cuenta del defecto del título. Cas. Roma, 20 Mayo 1903 (*Giur.*, 1903, I, 1, 516); pero conf. Ap. Florencia, 19 Abril 1904 (*id.*, 1904, 2, 409). La resolución, en toda la generalidad que proviene de los términos de la decisión referida, no está conforme á la ley; parece cierto que por lo general la administración no tenga obligación ninguna de examinar, sea más ó menos fácil la investigación, si el título es defectuoso ó no; pero cuando la persona contra la cual se hace el protesto (y *aquí* está previamente la culpa *extracontractual*, porque en razón de mandato sería *contractual* respecto al remitente) diese noticia del defecto á la administración misma, significando la *indudable* disposición de ley que justifique su excepción, cae en culpa la administración que, esto no obstante, provea contra él.

(1) L. 25 Junio 1865, art. 46. V. Cas. Roma, 16 Febrero 1903, *Legge*, 1903, 1, 760; Cas. Nápoles, 4 Abril 1903, *Giur. it.*, 1903, I, 1, 448.

de su petición (1), que no tendría si la instancia se refiriese á discutir la resolución de la administración á quien únicamente correspondiese conocer de ella, como acontece para las aguas públicas (2); de donde también la decisión de la autoridad judicial sobre injuria y sobre el daño á resarcir no puede obligarla á modificar en sentido conforme á la provisión por ella ordenada (3).

Otras veces la razón de la resolución particular es el resultado de un modo equitativo de componer, con la fijación de la indemnización, los dos intereses opuestos del Estado y del ofendido: verdad que éste no podrá pedir más de la cantidad establecida; pero es también cierto que tiene derecho á la indemnización así ordenada, sin distinguir si el hecho se ha ejecutado con culpa ó por acaso. La *garantía* reafirma en sí los intereses en conflicto y señala el punto de equilibrio, como acontece en las resoluciones acerca de los accidentes del trabajo (4).

256 cuad. Pero no por la obligación de *garantía*, que no se tiene cuando la ley expresamente no la establece, repugnando al concepto, que es norma general, ordinaria, de la responsabilidad por culpa, si no por verdadera, propia responsabilidad, es por lo que viene obligado el Estado, cuando rompe los preliminares conducentes á la expropiación, y no cumpliéndose ésta, el particular pida la restauración del daño que en el intervalo se le haya producido por el

(1) V. MORTARA, en *Giur. it.*, 1901, I, 1, 1.030 n.; cons. Cas. Roma, 10 Diciembre 1903 (*Giur. it.*, 1904, I, 1, 108); y (sec. unidas) 2 Mayo 1904 (*id.*, 1904, I, 1, 684).

(2) V. n. preced. Cas. Roma, 8 Febrero 1904 (*Giur. it.*, 1904, I, 1, 688).

(3) V. la n. preced. Conf., sin embargo, sobre la extensión del art. 46 de la ley de 25 Junio 1865 sobre la expropiación por utilidad pública, como medida de resarcimiento para todo daño causado por obra construída, Cas. Roma, 16 Febrero 1901, *Legge*, 1901, I, 760.

(4) V. á continuación el cap. último sobre la llamada «responsabilidad» por los accidentes del trabajo.

no goce de la cosa suya. Ciertamente es resolución acogida en la jurisprudencia (1) que á nada viene obligado el Estado, reduciéndose su obligación á pagar el precio de la expropiación según la resolución que la regula: á tal punto, que valiéndose del derecho de expropiar, no causa injuria si en el interés público no se considera necesario proceder así. El razonamiento parece jurídico, pero no lo es: se dirá más adelante, estudiando las causas eliminatorias de la responsabilidad, en qué difiere el ejercicio del derecho del abuso; ahora bien: en el caso especial descrito se tiene la forma del abuso, porque el particular tiene el *derecho* de deducir, por los preliminares del proceso expropiatorio, el justo convencimiento de que el Estado, al cumplirlos, ha *considerado* sabiamente, justamente, las necesidades que le sugerían recurrir á él.

El Estado, modificando sus apreciaciones acerca de la utilidad pública (cualesquiera que sean los motivos que á ello le induzcan, incluso el posible conflicto respecto á la determinación del precio), muestra no haber obrado *correctamente* antes; haber obrado negligentemente, cayendo en culpa. De aquí su responsabilidad conforme al derecho común; y si aun en la expropiación se quisiera percibir la forma del contrato bilateral, la responsabilidad surgiría siempre en razón de *c. in contrahendo*.

(1) V. Cas. Turín, 14 Julio 1902, *Giur. tor.*, 1902, 1.254.

CAPÍTULO VIII

DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PROVINCIAS Y DE LOS MUNICIPIOS POR HECHO ILÍCITO DE SUS REPRESENTANTES

Generalidades.

SUMARIO: 257. Teoría general: crítica.—258-259. Teoría propuesta.

257. La teoría de la doble personalidad en el Estado, ó de la doble manera por la cual se explicaría su función; teoría mejorada, sí, pero no puesta en reparo por la crítica, con observar que esta forma distinta no puede reflejarse, informándola por sí, en los actos, sino que es la naturaleza de los mismos la que lo manifiesta (1); esta teoría se adopta por costumbre para definir las cuestiones de responsabilidad de las Provincias ó de los Municipios por los hechos ilícitos cometidos por sus funcionarios. También aquí, en el caso de actos que se refieren á funciones que corresponden al poder de imperio, no se podría, pues, informar la responsabilidad ordenada por la ley por los delitos y cuasidelitos de los propios comisionados, faltando la relación de comisión en el sentido en que se quiera entenderlo; mientras que lo contrario se debería decidir respecto al ejercicio de funciones relativas al orden privado (2).

(1) Cons. HAVRIOV, en nota al Cons. de Estado fr., 3 Agosto 1900 (*J. de P.*, 1902, III, 41). V. MICHOUX, op. cit. y loc. cit.

(2) Cas. Turín, 30 Junio 1876 (*Giur.*, 1876, 657); y 2 Mayo 1878 (*Giur.*, 1878, 501); Cas. Roma, 9 Julio 1899 (*Legge*, 1899, II, 400); Cas. Florencia, 28 Diciembre 1898 (*id.*, 1899, I, 777); Cas. Roma, 31 Diciembre 1899 (*id.*, 1899, I, 438); 17 Mayo 1900 (*id.*, 1900, II, 212); Ap. Catania, 9 Abril 1902, en *Giur. catan.*, 1902, 130; Ap. Bolonia, 4 Julio 1904 (*Giur. it.*, 1904, 2, 558). Consúltese el cap. preced., texto