

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ITALIANA Y DE SUS FUNCIONARIOS Y DEPENDIENTES *

Manuel MOGUEL CABALLERO

Al licenciado Miguel Angel
Hernández Romo, dilecto amigo.

SUMARIO: Primera parte: I. *La responsabilidad civil extracontractual del Estado italiano, desde el año de 1865 hasta el año de 1942.* 1. *La legislación irracional aplicable al caso.* 2. *La jurisprudencia y la doctrina.* II. *Quiénes comprometen la responsabilidad del Estado.* III. *Actos discrecionales y actos vinculados.* IV. *Naturaleza de la responsabilidad del Estado.* V. *La acción de regreso.* Segunda parte: I. *La responsabilidad civil extracontractual del Estado italiano, desde el año de 1942 hasta nuestros días.* 1. *La responsabilidad civil fuera de contrato del Estado italiano según la constitución del año de 1947.* 2. *De la responsabilidad directa y de la indirecta.* II. *La responsabilidad civil extracontractual del Estado según el derecho común.* 1. *La antijuridicidad.* 2. *La imputación al ente público del dolo o de la culpa de su dependiente.* a) *La manifestación subjetiva.* III. *Del riesgo creado.* IV. *El resarcimiento del daño.*

* El presente trabajo es el tercero de una serie de cinco que me propongo publicar. El título general de la obra es: "La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado, de los Organismos Públicos y de los Servidores de la Nación". Los dos primeros trabajos han visto ya la luz pública; el presente, hasta el momento de entregarse a la Revista de la Escuela Libre de Derecho para su publicación, es inédito; los dos últimos están en redacción.

El primer trabajo trata de fundar la responsabilidad civil fuera de contrato del Estado en principios civilistas y está basado en la propia tesis del autor. El segundo, aborda la historia que esta obligación ha tenido en Francia, desde la Revolución francesa hasta el presente. El cuarto, trata de la responsabilidad de la Corona inglesa y el quinto estará dedicado a hacer un análisis de lo sucedido en México, desde la Independencia, hasta nuestros días.

Esta obra constituye un todo por sí sola y por ello la presentamos. Si alguna deficiencia encontrare el estudioso, pedimos disculpas y sabrá que además de constituir un tema no tratado en nuestro idioma, no deja de ser parte de cinco trabajos en total.

PRIMERA PARTE

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ITALIANO, DESDE EL AÑO DE 1865 HASTA EL AÑO DE 1942

Se caracteriza esta etapa por una lenta evolución doctrinal y jurisprudencial acerca de los actos extracontractuales que al causar daño, pueden originar responsabilidad civil a cargo del Estado.

1. *La legislación inicial aplicable al caso*

La ley de 20 de marzo de 1865, conocida entre los tratadistas como la que abolió el contencioso administrativo, es piedra angular en la legislación, no sólo para determinar la competencia entre los tribunales ordinarios y los administrativos, sino para obligar a que substantivamente se decida lo que se entiende por un derecho y por un interés legítimo, ya que los tribunales civiles solamente pueden conocer de las controversias que versen sobre derechos, en tanto que la jurisdicción administrativa únicamente interviene en conflictos que traten de algún interés legítimo.

Los principales artículos de la ley son:

1. Los tribunales especiales actualmente investidos de la jurisdicción del contencioso administrativo, tanto en materia civil como en materia penal, quedan abolidos, y las controversias atribuidas a ellos por las diversas leyes en vigor serán en adelante devueltas a la jurisdicción ordinaria, o a la autoridad administrativa, según las normas declaradas por la presente ley.

2. Se devuelven a la jurisdicción ordinaria todas las causas por contravenciones y todas las materias en las cuales se controvierta un derecho civil o político, aunque esté interesada la administración pública, y aunque hayan emanado proveídos del poder ejecutivo o de la autoridad administrativa.

3. Los negocios no comprendidos en el artículo precedente serán atribuidos a la autoridad administrativa, la cual, admitidas las deducciones y las observaciones por escrito de las partes interesadas, proveerá con decretos motivados, previo parecer de los consejos administrativos que estén establecidos para los diversos casos.

4. Cuando la controversia caiga sobre un derecho que se pretenda herido por un acto de la autoridad administrativa, los tribunales se

limitarán a conocer de los efectos del acto mismo en relación al objeto deducido en juicio.

El acto administrativo no podrá ser revocado o modificado sino sobre recurso a las autoridades administrativas competentes, las que se apegarán a lo juzgado por los tribunales por lo que respecta al caso decidido.¹

Los artículos del código civil italiano de 1865 de mayor aplicación en la materia fueron:

A.1151. Cualquier hecho del hombre que ocasiona daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa ha sucedido, a resarcir el daño.

A.1153 (párrafo primero). Cada uno está obligado igualmente no sólo por el daño que ocasiona por hecho propio, sino también por el causado por el hecho de las personas de las cuales debe responder, o por las cosas que tiene en custodia.²

2. *La jurisprudencia y la doctrina*

Dos grandes corrientes doctrinales se forman sobre el tema: Las que niegan toda responsabilidad del Estado y las que la admiten; éstas a su vez se subdividen entre quienes admiten parcialmente la responsabilidad y quienes abogan porque la responsabilidad extracontractual del Estado sea por todo acto o toda omisión que cause daño.

Para negar la procedencia de la responsabilidad a cargo del Estado se arguye: "El Estado es órgano del derecho y por tanto quiere solamente lo que es lícito. Si sus funcionarios quieren el ilícito, esto es un hecho personal suyo que excede de su incumbencia y que no puede ser a cargo del estado".³ Según Vacchelli, "Otros (autores) niegan al estado cualquier forma de responsabilidad civil... El Estado es irresponsable pues actúa dentro de los límites de sus atribuciones".⁴

La distinción entre actos de gestión y actos de autoridad fundamenta la tesis de los que admiten parcialmente la responsabilidad civil extracontractual del Estado. Se acepta para los primeros, pero se rechaza para los segundos. La jurisprudencia siguió la misma tesis en una época.

¹ Nicoló, Rosario y Giovanni Leone, *I cinque codici*, Nuova edizione, Milano, Giuffrè, 1962, p. 193 de *leggi speciali*.

² De Cupis, Adriano, *Il danno*, Ristampa inalterata, Milano, Giuffrè, 1954, p. 36.

³ Cammeo, Federico, *Corso de diritto amministrativo*, t. III, p. 1368.

⁴ Vacchelli, Giovanni, *La responsabilità della pubblica amministrazione ed el diritto comune*, Milano, 1892, p. 147.

Llamados los tribunales ordinarios por la ley de 1865 sobre la abolición del contencioso administrativo a pronunciarse sobre la responsabilidad de la administración pública, por largo tiempo adoptan una distinción, que tenía el aplauso de la doctrina de la época, por la cual la responsabilidad estaba excluida para los actos de imperio, mientras se admitía para los de gestión, entendiéndose por los primeros los emitidos en el campo del derecho público y por los segundos los emitidos en el campo del derecho privado... se acababa en una denegación de justicia.⁵

La denegación de justicia era porque los actos de gobierno eran los más numerosos.

En vano se buscará en las decisiones de la Suprema Corte nuestra o del extranjero, un criterio exacto para distinguir los actos de gestión de los actos de imperio... La antigua jurisprudencia nos ha dado señalado ejemplo cuando se ha dedicado con criterios empíricos y con frecuencia contradictorios a clasificar los hechos en una u otra categoría.⁶

Por la responsabilidad total de la A. P. (Administración Pública) propugna Vacchelli. La responsabilidad por los actos de gestión la apoya en el derecho civil, en tanto que la responsabilidad por los actos de imperio no puede tener la misma base porque el derecho civil presupone igualdad patrimonial en los ciudadanos y por lo tanto el Estado al ser un ente asociativo distinto de los particulares no podría encontrar responsabilidad por los actos realizados como gobierno. Por ello destaca: "...resulta evidente una laguna en el derecho positivo moderno, respecto a los principios que deben regular la responsabilidad del Estado".⁷ Apoya la responsabilidad del Estado por los actos de imperio en dos principios, el uno sociológico y el otro de justicia distributiva.

Por el principio sociológico,

la responsabilidad de la administración pública procede por tanto independientemente de la responsabilidad ordinaria, partiendo de la base de la defensa y de la conservación social, substrato sociológico de cualquier especie de responsabilidad.⁸

⁵ Nuovo Digesto Italiano, vol. 9, capítulo: La responsabilità amministrativa.

⁶ Vacchelli, Giovanni, *ob. cit.*, 4, p. 111.

⁷ *Ibidem*, p. 113.

⁸ *Ibidem*, p. 132.

Este principio existe por la "subsistencia de una decidida corriente en la conciencia jurídica popular para afirmar la responsabilidad del estado",⁹ producto de la civilidad, considerada ésta

desde el punto de vista de la conservación y de la defensa de los individuos particulares, presenta un complejo de medios dirigidos a asegurar la existencia de cada uno y a quitar aquel elemento de precariedad, y de continuo peligro, que puede verificarse así por eventualidad desfavorable, como por el venir menos de las cosas necesarias para satisfacer las necesidades de la vida.¹⁰

Antes había mencionado que "la responsabilidad de la administración pública encuentra su razón en garantías políticas de los derechos individuales y del buen funcionamiento del Estado".¹¹

El principio de la justicia distributiva lo expone así:

La ventaja que deriva o se presume derivar de los trabajos ejecutados por la administración pública aprovecha a todos; ¿por qué entonces deberá uno solo, el cual se encuentra por accidente dañado, soportar el agravio proveniente de un beneficio procurado a la generalidad...? Estamos frente a un principio de justicia distributiva, determinado por razones de convivencia social, el cual, cuando se aplique en gran escala, traerá consecuencias de hechos opuestos a aquellos que resultan de los principios fundamentales de derecho privado... es evidente que el daño en sí y no ya la condición del causante es lo que determina la razón de la responsabilidad... así cualquier daño se convierte en potencialmente resarcible.¹²

Lo que el autor dice, es que la responsabilidad civil fundada en principios de derecho público es más amplia, más favorable al gobernado que la que se apoya en principios de derecho civil. Coincide con los fundamentos esgrimidos por la jurisprudencia francesa de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas y con la teoría del riesgo administrativo, en la que se investiga un daño anormal derivado de un trabajo público y no si hubo culpabilidad alguna en la administración.

⁹ *Ibidem*, p. 128.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, p. 105.

¹² *Ibidem*, pp. 105 y 120.

El principio de justicia distributiva, aquel interés por impedir que donde todos aprovechan, uno solo deba soportar los daños, que en el actual estado de la conciencia jurídica constituye la razón directa e indirecta de la normal responsabilidad civil de la administración pública, es precisamente una consecuencia del elemento social del Estado Moderno.¹³

Para salvar la objeción de que el Estado actúa dentro del límite de sus funciones, por lo que no hay ilicitud en él y por lo mismo no puede incurrir en responsabilidad, insiste en que basta la existencia del daño para que proceda la responsabilidad.

De hecho la búsqueda sobre las condiciones de la voluntariedad (dolo o culpa) del acto y sobre la coherencia de la voluntad a la ley, devienen accesorios cuando la razón de la responsabilidad se deduce de un principio objetivo que es aquel de la subsistencia de un daño, que por motivos de equilibrio y de justicia distributiva se manifiesta digno de ser reparado.¹⁴

La responsabilidad específica de la administración pública tiene un carácter preponderantemente objetivo... No todo y cualquier daño es por sí mismo resarcible, sino que es compensable sólo el que importa un desequilibrio en las razones de justicia distributiva, por el cual, todos deben soportar en igual medida los agravios de los trabajos realizados y de los negocios concluidos por utilidad común.¹⁵

Cammeo pugna también por la responsabilidad total de la A. P., por lo menos por lo que al poder ejecutivo se refiere. De los actos administrativos se debe responder porque la función administrativa "no tiene por fin, la sola realización del derecho, sino de los intereses públicos: y en el proveer a éstos puede hacer, en casos aún excepcionales, trabajos antijurídicos, no respetando las normas legales".¹⁶ El fundamento último de la responsabilidad lo encuentra en que "lo incómodo sigue al provecho".¹⁷ "De una responsabilidad por actos legislativos no es posible hablar porque ellos no pueden ser ilegítimos siendo la fuente del derecho".¹⁸ Los actos del poder judicial se rigen por normas especiales.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 148.

¹⁵ *Ibidem*, p. 152.

¹⁶ Cammeo, *ob. cit.*, 3, p. 1369.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1372.

¹⁸ *Ibidem*, p. 1368, nota 1.

Nuestro autor no admite la distinción entre actos de gestión y actos de imperio,

porque no se pueden distinguir los actos ilícitos en actos de gestión y de imperio. En cuanto, pues, ello quiere significar que la administración es irresponsable en las relaciones de derecho público y responsable en aquellas de derecho privado, la teoría es errónea. Ciertamente en las relaciones de derecho privado hay normas expresas que establecen la responsabilidad (artículos 1224, 1151, 1153, Cód. Civ.). En derecho público no existen, pero existen principios generales suficientes.¹⁹

Cammeo señala con precisión las normas aplicables de derecho público:

La cuestión es textualmente decidida por nuestra legislación en el doble sentido y de referir por lo general a la administración los hechos ilícitos objetivos y subjetivos de las personas físicas que constituyen sus órganos y de referirlos sin distinción alguna entre imperio y gestión; o entre hechos ilícitos iure privado o iure público. Respecto al primer punto emerge el art. 2 de la ley sobre el contencioso administrativo que los derechos de los ciudadanos son reconocidos contra la administración como tal; y por tanto corresponde a deberes propios de ella y personales de los funcionarios; emerge del art. 4o. que el acto o hecho lesivo de un derecho es considerado no obstante su ilicitud como acto o hecho de la administración; emerge en fin del art. 2 en cuanto admite la acción contra la administración directamente.²⁰

A pesar de lo dicho anteriormente, no sostiene hasta el final sus consecuencias, pues manifiesta:

Hay sin embargo algo de verdad en la distinción entre actos de gestión y actos de imperio para los efectos de la responsabilidad. En los actos de gestión ésta es regulada enteramente por el derecho privado, en aquellos de imperio existen algunas restricciones y modificaciones se hacen necesarias por las exigencias especiales de este derecho y entonces en base a ellas la administración escapa a la responsabilidad en casos en que incurriría por el derecho privado.²¹

¹⁹ *Ibidem*, p. 1375.

²⁰ *Ibidem*, p. 1373.

²¹ *Ibidem*, p. 1379.

II. QUIÉNES COMPROMETEN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Cammeo dice:

Todos aquellos que entran en virtud de una relación de derecho público permanente, honorario o gratuito, de carrera o retribuido, voluntario o coactivo, con los entes públicos, sea para formar la voluntad del ente, sea para declararla, sea para exigirla (en lo que por lo demás se aplica igualmente una voluntad). Son órganos de la administración por tanto no sólo los oficiales públicos o funcionarios, es decir, aquellos que forman para el ente la voluntad jurídicamente relevante en la conclusión del negocio jurídico, sino en general todos los empleados públicos que prestan trabajos técnicos, intelectuales o manuales. Quedan comprendidos también los asalariados, todas las veces que su vínculo con la administración tenga tal permanencia e implique subordinación a los entes públicos.²²

Consideramos que la transcripción anterior no requiere de mayor comentario. Comprometen la responsabilidad del Estado tanto los funcionarios, que forman la voluntad del ente público, como los empleados, simples ejecutores.

Nuestro autor se expresa así por considerar persona al Estado y órganos a los dependientes, no así Vacchelli, que sigue la teoría del realismo exagerado de las personas asociativas.

Por órganos se entiende a quienes ejercitan funciones propias, o que proveen a algunas de ellas en ciertas circunscripciones dependiendo de la estructura de las asociaciones de las cuales está constituida la sociedad política. Según este criterio son órganos del Estado todas aquellas asociaciones públicas, las cuales tienen una autonomía propia más o menos extensa regulada por la ley del Estado... no hay duda que a estos entes son imputables los actos por ellos cumplidos.²³

Por ello Vacchelli, al igual que la doctrina francesa, habla de responsabilidad de la A.P. y no del Estado. "... al patrimonio científico de responsabilidad del Estado, se deberá substituir por aquel de responsabilidad de la Administración Pública, por indicar el primero un todo abstracto, sin personalidad jurídica propia, la segunda un complejo de varios entes por naturaleza, y por atributos, pero materialmente

²² *Ibidem*, p. 1381.

²³ Vacchelli, Giovanni, *ob. cit.* 4, p. 42.

determinados".²⁴ ¿A quiénes se imputan los daños? "Se puede concluir que a las administraciones centrales del Estado, que se personifican en los grandes ramos de los servicios por él cumplidos, como por ejemplo, los ministerios pueden considerarse como entes públicos personificados... Al igual que los ministerios pueden considerarse otros entes orgánicos de la administración pública".²⁵

El autor concluye:

Así se explica por qué entre los órganos funcionales del Estado son sujetos verdaderos y propios de responsabilidad no sólo aquellos que presiden un servicio público, sino también aquellos que concurriendo a la aplicación y a la actuación de él están revestidos de poderes de discrecionalidad tales, para considerarse como los centros de los cuales provienen los actos administrativos, y en los cuales viene en cierto modo a individualizarse la conciencia de los fines de la administración pública.²⁶

¿Hasta dónde compromete el dependiente al ente público? Para Cammeo:

La voluntad que se exterioriza en el hecho material del funcionario, empleado o asalariado, para ser atribuida al ente debe ser una voluntad que el agente aplique en su cualidad de tal y no como persona física autónoma. Por hecho precedido de negocio jurídico, órdenes o deliberaciones conscientemente motivadas; esto se deduce, además que del acto, en cuanto su utilidad verdadera o presunta repercute en la esfera de los intereses del ente, como de la directa investigación de la intención; por los hechos no conscientemente motivados; la intención se presume del hecho que la función pública haya dado ocasión al hecho, haya proporcionado los medios o reviertan los resultados en favor propio. (El autor cita constantemente decisiones del tribunal de casación.) Ningún otro requisito se exige. No se pide en particular que el acto, es decir, la declaración de voluntad que puede preceder al hecho material dañoso, sea emitido en forma tal de ser al menos aparentemente válido; y tampoco que él y el acto material sucesivo entren dentro de la competencia del agente... El dolo excluye la referencia del acto o hecho al ente público, porque semejante motivo es incompatible con el ente público y con sus in-

²⁴ *Ibidem*, p. 220.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 222.

tentos de civilidad y de orden; y también con la intención de obrar para él.²⁷

Vacchelli es de la misma opinión:

En las consecuencias de índole civil, que siguen al acto administrativo, y del cual aquí particularmente nos ocuparemos, es comúnmente consentido que la imputación del acto caiga generalmente sobre la administración. No basta el error del funcionario, o la evaluación inoportuna para desplazar tal imputabilidad, ya que esto sólo sucede cuando el funcionario haya obrado con dolo manifiesto, con culpa grave, y haya salido así del límite de las propias atribuciones...²⁸

En resumen, la A.P. responde por las órdenes motivadas expedidas en su beneficio, o que si no son directamente en su beneficio, las ratifique después; de las omisiones culposas; también cuando la función haya proporcionado los medios que sean la ocasión del hecho dañoso; no es requisito para la responsabilidad de la A.P. que el acto material dañoso haya sido realizado por el agente dentro de los límites de su competencia. En cambio, no responderá la A.P. por los actos de sus funcionarios y empleados realizados con dolo o culpa grave, por suponerse que el dependiente ya no obra para el ente público.

III. ACTOS DISCRECIONALES Y ACTOS VINCULADOS

La doctrina evoluciona de los actos de imperio y de los actos de gestión hacia los actos discrecionales y los actos vinculados, para fundar la responsabilidad de la A.P., involucrando también el problema de la competencia de los tribunales ordinarios. Santi Romano expresa: "La competencia judicial en la defensa de los derechos civiles y políticos es la gran regla que poco a poco se ha venido afianzando más".²⁹

Traemos a la memoria que los tribunales jurisdiccionales civiles carecen de competencia para conocer de los actos discrecionales, según la ley de 20 de marzo de 1865; corresponden al Consejo de Estado; por lo tanto, no podían los tribunales civiles conocer de los daños causados extracontractualmente por la A.P., pues se consideraba provenían

²⁷ Cammeo, Federico, *ob. cit.* (3), p. 1384.

²⁸ Vacchelli, Giovanni, *ob. cit.* (4), p. 47.

²⁹ Romano, Santi, *Scritti Minori*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1950, p. 153.

de actos discrecionales. Lo afirma Santi Romano: "El carácter discrecional de la actividad administrativa vale, cuando se realiza en sus límites, a excluir la responsabilidad de que se habla".³⁰

Aun cuando el propio autor manifiesta que "La incertidumbre verdaderamente caótica que envuelve todo el instituto de la responsabilidad de los entes públicos..."³¹ sin embargo se van estableciendo bases firmes para la procedencia de la responsabilidad estatal. Comentando el autor una sentencia de principios de este siglo (1903), acerca de la falta de mantenimiento de las vías públicas, señala el principio aplicable a todo trabajo público. "Los tribunales definen el mantenimiento de las calles como acto de imperio o que es una función puramente administrativa. Así excluyen la responsabilidad de los entes públicos en todos los casos".³² Romano justifica la irresponsabilidad de la A.P. en el caso anterior en los siguientes términos:

La obligación que tienen los entes administrativos de mantener en estado normal las vías y que es consagrada por claras disposiciones legislativas, es una obligación que ellos no tienen hacia los particulares, sino hacia los entes superiores o es jurídicamente relevante en las relaciones internas de sus órganos.³³

Sin embargo, se empieza a ver de modo diverso la situación; para que los tribunales civiles puedan conocer de estos daños, Romano expresa:

Se puede ir, si bien se necesita de máxima cautela, más allá: Y se pueden imaginar casos en los que el *eventus damni* (la causa del daño) sea por naturaleza tal, que no pueda ser atribuido ni al caso fortuito, ni a la culpa del dañado, ni a otros hechos que excluirían la responsabilidad: de modo que en base a ello el juez no puede, no hacer un verdadero y propio juicio acerca del mal mantenimiento de la calle, sino directamente comprobarla... es el hecho que habla por sí y no da lugar a dudas.

Descartada la causa extraña, se examina el daño y la relación causal con el estado de la calle. Este es el principio que soporta la teoría del riesgo administrativo francés. El autor agrega:

³⁰ *Ibidem*, p. 171.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, p. 173.

Se pondrían así fuera de la posibilidad de obstaculizar la acción del daño, los poderes discrecionales de los entes administrativos, porque el particular no debería, para intentar esta acción, más que probar el hecho objetivo a que ha dado lugar ésta.³⁴

Por lo que hace al fundamento legal, el tratadista italiano expresa su deseo de que se establezcan normas precisas de la responsabilidad de la A.P.; mientras éstas no existan, no encuentra inconveniente en que se invoquen las contenidas en el código civil. "No una verdadera y propia trasposición de tales normas es de hacerse, sino una inteligente y discreta adaptación de ellas, teniendo en cuenta las exigencias y la peculiaridad del derecho público".³⁵ Para el mantenimiento de las calles, la norma aplicable es el Art. 1155 del código civil de 1865, en el que no toca probar al actor que el daño se produjo por vicios de construcción o por falta de mantenimiento de la calle, y el demandado no se libera diciendo que no le ha sido posible impedir el daño. Por ello, conforme al autor, el principio contenido en el ya citado se puede aplicar a la A.P.

La jurisprudencia evoluciona también para hacer justicia al gobernado, porque no es posible la prosperidad de los pueblos con la denegación de justicia. Ya no ve si hay acto discrecional, sino busca si hay normas taxativas que regulen el acto dañoso, cuyo quebrantamiento haga incurrir a la A.P. en responsabilidad. Podemos decir que así el tribunal civil burla el cerco que le impone la ley de 20 de marzo de 1865 que le prohíbe conocer de los actos discrecionales. Si existen normas taxativas no observadas por la administración (si existe antijuridicidad), es un acto vinculado, al menos en cuanto a que tiene que usar de los medios que la ley le impone para no causar daño.

IV. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Antes del advenimiento de la Constitución de 1947, ya se admitía tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que la responsabilidad del Estado es directa y principal, no subsidiaria.

La actividad de éstos (de los funcionarios), indica Zanobini, es actividad directa del Estado, mismo que en ellos quiere y obra. Toda actividad de los funcionarios, a condición de que se ejercite

³⁴ *Ibidem*, p. 175.

³⁵ *Ibidem*, p. 173.

para los fines del ente, aunque irregular o viciada, es siempre actividad propia de él, el cual responde de ella en modo inmediato y directo. El principio originariamente propio solamente de una parte de la doctrina, es hoy compartido por la misma interpretación jurisprudencial, que expresamente excluye, respecto a la responsabilidad del Estado, la aplicación de los conceptos privatísticos de la responsabilidad basada sobre la relación institoria, de representación o de mandato.³⁶

El publicista se apoya en decisiones jurisprudenciales de los años 1930, 1933 y 1934. Funda la responsabilidad directa de la A.P. en la teoría organicista; rechaza la relación institoria que recurre a una culpa *in eligendo* o *in vigilando* del comitente para establecer que la responsabilidad de la A.P. es indirecta.

No es necesario investigar la culpa de los funcionarios, según nuestro guía.

En nuestro campo, dados los complejos procedimientos de formación de los actos administrativos, en los cuales interviene el juicio y con frecuencia la voluntad de varios sujetos, la búsqueda de tal elemento subjetivo daría lugar a las más graves dificultades e incertidumbres; por otra parte, su confirmación requeriría una indagación sobre el buen uso de los criterios, en el cual debe inspirarse la administración en el ejercicio de sus poderes discrecionales: indagación prohibida en modo absoluto a la autoridad judicial. Por tales razones, doctrina y jurisprudencia han siempre excluido la necesidad de cualquier elemento intencional, considerando suficiente la ilegitimidad del proveído.³⁷

Por lo que respecta a la falta de construcción, reparación y mantenimiento de los bienes nacionales, particularmente de las calles públicas, dice: "La jurisprudencia más reciente admite la responsabilidad por inobservancia de disposiciones taxativas y por aquellas relativas a las precauciones que la técnica sugiere para evitar que de las condiciones de las calles deriven daños a las personas".³⁸ La inobservancia de disposiciones taxativas hace incurrir a la A.P. en falta, elemento lógico-formal de todo delito civil, sin necesidad de investigar la culpa, ele-

³⁶ Zanobini, Guido. *Corso de Diritto Amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1936, p. 369.

³⁷ *Ibidem*, p. 371.

³⁸ *Ibidem*, p. 374.

mento ontológico del mismo; la falta, el daño y el nexo causal son suficientes para comprometer la responsabilidad de la A.P.

No existe responsabilidad del Estado, por la actividad de sus funcionarios y dependientes.

Cuando los titulares de los oficios despliegan una actividad que no puede considerarse propia del ente, en cuanto no dirigida a los fines de él, sino a satisfacer los intereses privados suyos y personales... Esto puede decirse con certeza todas las veces que la función pública haya sido ejercitada con dolo penal... La exclusión de la responsabilidad indirecta hace inadmisibles cualquier forma de responsabilidad subsidiaria de la administración...³⁹

Cita decisiones jurisprudenciales de 1931 y 1933. Solamente el dolo excluye la responsabilidad del Estado.

V. LA ACCIÓN DE REGRESO

Continuamos transcribiendo a Zanobini:

La disciplina de la responsabilidad (incluyendo los daños causados por los empleados directamente al patrimonio administrativo) está contenida especialmente en la ley de 18 de noviembre de 1923 Núm. 2440, sobre la contabilidad general del Estado (Art. 81/86), en la Ley Comunal y Provincial de 3 de marzo de 1934 (Arts. 252/264) y en el D.F. 12 de octubre de 1933, número 1399, sobre la gestión administrativa de los entes señalados (Arts. 44/48), interesante bajo varios aspectos, puede ser resumida así:

1) Los funcionarios y empleados del Estado y de los entes menores son responsables de cualquier acción u omisión debida a dolo o culpa grave, de la cual derive un daño al ente público o a terceros, por los cuales el ente deba responder. Tal principio confirma cuanto se ha dicho acerca de la responsabilidad de los entes públicos por daños causados por sus órganos para las relaciones externas, responsable es solamente el ente; en las relaciones internas, éstos tienen derecho de indemnización recursoria de aquellos que, en calidad de funcionarios o empleados, han sido causa del daño.

2) Cuando la acción o la omisión es debida al hecho de varios funcionarios, todos están obligados *in solido* al resarcimiento, salvo las diferencias que deriven de un diverso grado de dolo o de culpa.

³⁹ *Ibidem*, p. 369.

No son responsables aquellos que demuestren haber obrado por orden superior, que estaban obligados a seguir. En este último caso, evidentemente la responsabilidad incumbe sólo al superior jerárquico, como responsables directo de la orden legítima por él dada.⁴⁰

Para estas fechas, la responsabilidad del Estado italiano tiene las siguientes características:

A) La A.P. responde hasta del dolo y de la culpa grave de sus funcionarios y empleados. El derecho francés diría que al responder la A.P. hasta del dolor y de la culpa grave del funcionario, se ha operado la acumulación integral de responsabilidades. Nosotros decimos que se ha llegado a la responsabilidad principal y directa del Estado frente a la víctima.

B) La A.P. tiene acción de regreso en contra del causante del daño. (No se aclara si por cualquier culpa del empleado o solamente cuando ha habido dolo o culpa grave.)

C) En el concurso de personas, todas responden *in solido* frente a la víctima; en la acción de regreso, cada co-causante responde en proporción a su grado de culpabilidad. Este principio lo adoptará el código civil de 1942 en su Art. 2055.

D) El cumplimiento de una orden, releva de responsabilidad al agente obediente. El superior que da la orden es el único responsable. En derecho francés, la orden dada por el superior jerárquico también releva de responsabilidad al empleado obediente, pero compromete la responsabilidad de la A.P.

SEGUNDA PARTE

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ITALIANO DESDE EL AÑO DE 1942 HASTA NUESTROS DÍAS

En el año de 1942 se publica en Italia un nuevo código civil; en el año de 1947, se promulga la nueva Constitución que habría de entrar en vigor el 1o. de enero de 1948. Porque la ley máxima toca el punto, se impone la pregunta: ¿Cuál es la situación del Estado tanto dentro de la Constitución como del derecho en general, en relación a la responsabilidad civil no contratada?

⁴⁰ *Ibidem*, p. 382.

1. *La responsabilidad civil fuera de contrato del Estado italiano según la Constitución del año de 1947*

El Art. 28 de la Constitución nueva preceptúa: "Los funcionarios y los dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizados en violación de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos".⁴¹

Al establecer Italia en su Constitución la responsabilidad de los funcionarios y dependientes, revela la importancia que el tema ha alcanzado en ese lugar. Deja fuera de duda, que aquéllos deben poner en sus actos funcionales la diligencia necesaria para no causar daño, en nuestro caso, pues responden de toda contravención a las leyes penales, civiles y administrativas.

También deja fuera de duda, que el Estado y los entes públicos tienen responsabilidad civil por los actos de sus empleados. ¿Cómo se interpreta el transcrito precepto?

La Constitución dice que "en tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos". Para nosotros, "se extiende" no es ninguna expresión jurídica; mucho nos extraña su presencia en la ley superior. Pero necesitamos estudiarla.

Cuando algo se extiende, debemos entender que lo que se extiende comunica su naturaleza a lo participado. Del transcrito a.28 vemos que al Estado se comunican tres características de las responsabilidades del agente: 1o. La responsabilidad civil; 2a. El carácter directo de ella, y 3a. Debe mediar violación de derechos. Consideramos innecesario mencionar que la responsabilidad civil es una responsabilidad de daños; es la única que se puede extender; los delitos penales son personales y no pueden trascender a otra persona; lo mismo sucede con las transgresiones administrativas.

Según el repetido precepto, la responsabilidad civil de los funcionarios y dependientes de los entes públicos es directa, es decir, la acción se dirige contra ellos sin estar subordinada a otro requisito y se cumple la sentencia en su patrimonio, sin requerimiento previo al ente público. La responsabilidad civil del agente se extiende en la misma forma al ente público. La acción se dirige directamente en contra del Estado, quien debe cumplir la sentencia de condena, sin la exigencia de tratar de ejecutarla primero en el agente.

⁴¹ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *op. cit.* (1). *Costituzione della Repubblica italiana*.

Lo que doctrinalmente planteamos es cómo un mismo hecho dañoso puede originar dos responsabilidades directas: la del agente y la del Estado, si por definición debe responder del evento dañoso aquella persona que ha violado una norma de conducta dirigida a ella. Es quien comete la antijuridicidad. En la especie, la norma de conducta violada va dirigida al Estado y solamente cuando el agente actúa como particular puede cometer una falta por quebrantamiento a una norma dirigida a todos los ciudadanos en general.

En realidad al establecer la ley que la responsabilidad del funcionario y del empleado es directa e igualmente lo es la de Estado, está imponiendo la solidaridad en beneficio de la víctima. La solidaridad se impone por voluntad de las partes o por la ley; aquí es la ley suprema quien la dicta.

La Constitución limita la responsabilidad de los agentes públicos y por extensión la del Estado, a los actos realizados en violación de derechos. Recordemos que la gran distinción en el derecho italiano está entre derechos e intereses legítimos. Solamente de los primeros conoce la jurisdicción civil; los segundos son de la competencia del contencioso administrativo. Con la exigencia de la violación de un derecho, se llena el extremo lógico-formal que nosotros llamamos débito, que es una norma que crea un bien jurídico susceptible de ser dañado.

Inferimos del a.28 constitucional que la responsabilidad del Estado se rige por las leyes civiles, por estar señalando que el agente es responsable según las leyes civiles; así se comunica la responsabilidad al Estado. El capítulo respectivo del código civil no hace ninguna referencia al Estado; pero no es necesario lo haga, si la ley máxima lo dispone; además como persona, está sometida a las disposiciones generales sobre los actos ilícitos.

Sobre el mismo punto, Alessi discurre:

La —extensión— de la responsabilidad implica la idea de una posición sobre el mismo plano jurídico de los dos sujetos sobre los cuales la responsabilidad se quiere hacer recaer (funcionario y ente) y las dos responsabilidades son por tanto directas y principales, y no ya la una directa y principal y la otra indirecta y subsidiaria. No podría decirse que la responsabilidad se extiende cuando debiese cambiar de carácter y naturaleza: la extensión presupone un permanecer inalterados los caracteres esenciales.⁴²

⁴² Alessi, Renato, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, terza edizione, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 59 y ss.

Sin embargo para nuestro citado, la responsabilidad directa de la A.P. no proviene del a.28 constitucional, sino del 113 también de la Constitución, que ordena: "Contra los actos de la administración pública se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria".⁴³

Si de hecho el ciudadano dañado con violación de su derecho (daño jurídico) por tutela del mismo derecho puede obrar directamente contra la administración ante la autoridad judicial a fin de obtener el resarcimiento del daño, es claro que debe subsistir siempre la responsabilidad directa e inmediata de la administración misma por los daños que en definitiva provengan del proceder de los funcionarios, dado que responsabilidad es precisamente el deber por parte de aquel de quien un daño proviene, de proveer a su resarcimiento. Igualmente, si el ciudadano puede obrar directamente contra la administración en tutela de su derecho violado, es claro que la responsabilidad *directa de la administración se configura principal y primaria*, no ya como responsabilidad simplemente subsidiaria... El Art. 28 ha entendido dar vida a una responsabilidad personal del funcionario directamente frente al afectado, al lado de la responsabilidad de la administración... Tenemos entonces la responsabilidad directa de la A.P. fundada en el Art. 113 y la directa del funcionario en el Art. 28.⁴⁴

No estamos de acuerdo con el distinguido maestro, porque la solidaridad es de derecho substantivo y no adjetivo o procesal. Si el particular afectado por actos de la A.P. puede ir ante la jurisdicción ordinaria, ello no quiere decir que su responsabilidad sea directa y principal; igualmente podría ir si la responsabilidad fuera subsidiaria, claro está agotado previamente el procedimiento en contra del empleado. En Francia, tradicionalmente el Consejo de Estado ha conocido en forma exclusiva de las acciones intentadas por los particulares en contra de la A.P. Insistimos en que es el a.28 el que impone la responsabilidad principal y directa del Estado.

Alessi no plantea el problema de si la responsabilidad de la A.P. deba fundarse en principios civilistas o publicistas. Aplica al Estado el Art. 2043 del código civil de 1942, porque si el ente público soberano es persona, según el Art. 11 del propio ordenamiento, quiere decir que está sometido a dicho precepto. En el orden citado, dicen estos precep-

⁴³ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *ob. cit.* (41).

⁴⁴ Alessi, Renato, *ob. cit.* (42), p. 58.

tos: "Todo hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño". "Las provincias y las comunas, así como los entes públicos reconocidos como personas jurídicas, gozan de los derechos según las leyes y los usos observados como derecho público".⁴⁵

2. De la responsabilidad directa y de la indirecta

Para el autor que estamos citando, la responsabilidad de la A.P. por los actos de sus funcionarios es directa, mientras que es indirecta cuando de los empleados se trata. Los primeros porque, como órganos del Estado externalan la voluntad de éste, en tanto que los segundos solamente realizan trabajos materiales, sin llevar ninguna voluntad del Estado. Define que órgano del ente es el funcionario investido de un oficio y es por tanto titular de un poder jurídico. La imputación al Estado de los actos de los funcionarios la funda en que la persona del Estado es un centro de relaciones y este centro implica un centro de poderes. Estos poderes se realizan a través de los funcionarios y así lo representan.

Es claro que no todo y cualquier comportamiento dañoso de un dependiente de la administración pública puede ser de una referencia directa del daño que de ahí deriva a la administración pública misma, sino solamente (límite material) aquel comportamiento que constituye la ejecución de un poder público o bien pertenezca a determinaciones volitivas relativas a la selección de medios idóneos para la realización de necesidades públicas: solamente en semejantes hipótesis se tendrá la aplicación de una función. Y esto sea que se trate positivamente de un proveído, o sea que se trate de la falta de expedición de un proveído (proveído omitido).⁴⁶

Con base en lo expuesto, "se excluyen (de la responsabilidad directa) todas aquellas formas de comportamiento inherentes a la actividad de orden meramente material".⁴⁷

Para la imputación al ente, basta "la apariencia formal de la aplicación de donde deriva la lesión".⁴⁸

⁴⁵ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *ob. cit.* (1), *Codice Civile*.

⁴⁶ Alessi, Renato, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1964.

⁴⁷ Alessi, Renato, *ob. cit.* (42), p. 48.

⁴⁸ Alessi, Renato, *ob. cit.* (46), p. 45.

La responsabilidad indirecta la funda en el Art. 2049 del código civil de 1942, que preceptúa: "Los patronos y los comitentes son responsables por los daños ocasionados por el hecho ilícito de sus domésticos y empleados en el ejercicio de las labores a que están adscritos".⁴⁹ Se asimila el empleado de la A.P. al empleado particular porque

En ambos casos se tiene el fenómeno de la utilización de la actividad de un sujeto por otro, utilización que precisamente justifica tomar a su cargo la responsabilidad por los daños causados a terceros en el curso y a causa de la actividad utilizada.⁵⁰

Esta tendencia a asimilar el empleado público al privado, la encontramos también en la doctrina francesa publicista; ni qué decir del derecho anglosajón, donde reciben tratamiento igual a través del *common law*.

Para el propio Alessi, es responsabilidad indirecta la de

- a) Los funcionarios por sus actos materiales y cuando utilizan la función para fines propios.
- b) Los empleados.
- c) Los daños producidos por las cosas propiedad de la A.P.

En los dos primeros casos debe haber una culpabilidad en el causante del daño para que comprometa a la A.P., quien no necesita estar en culpa respecto de su empleado (*culpa in eligendo* o *in vigilando*), porque el Estado es garante frente al dañado por los actos materiales de sus funcionarios y empleados, pues su responsabilidad está fundada en la teoría del riesgo, entendida como la utilización por el ente de los servicios de sus empleados, de cuya actividad debe ofrecer garantía al que resulte afectado. Así la responsabilidad de la A.P. tiene carácter objetivo.⁵¹

En resumen, solamente cuando el funcionario actúa como órgano del ente público, compromete en forma directa la responsabilidad de la A.P.; si realiza el funcionario actos materiales dañosos y cuando abusa de la función, entonces la responsabilidad del ente es indirecta, como la del simple empleado; por las cosas, según el autor italiano, también responde el Estado en forma indirecta.

Bonasi cita ejecutorias que deciden que la responsabilidad del Estado es directa. También cita la memoria de la Abogacía General del Estado que entre otras cosas expresa:

⁴⁹ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *ob. cit.* (45).

⁵⁰ Alessi, Renato, *ob. cit.* (46), p. 47.

⁵¹ Alessi, Renato, *ob. cit.* (46), pp. 47 y 48.

La responsabilidad de la A.P. (entendiéndose bajo tal acepción el Estado y los demás entes públicos) por los daños ocasionados por sus propios funcionarios o empleados es responsabilidad directa y por hecho propio.

En cambio para Bonasi, es responsabilidad indirecta, porque si es directa

No se explica el derecho de repetición del Estado frente al funcionario si, sobre todo, la responsabilidad personal de este último es solidaria con la de la A.P. El concurso de las dos responsabilidades demuestra claramente que el funcionario responde como obligado directo, en tanto que la administración no puede responder más que en vía indirecta.⁵²

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO, SEGÚN EL DERECHO COMÚN

La doctrina trata dos puntos al respecto:

1. La antijuridicidad, y
2. La imputación al ente.

1. La antijuridicidad

Alessi entiende por ilícito: "Comportamiento ordenado a un sujeto que transgrede un deber de conducta impuesto en protección de intereses individuales".⁵³

Conforme lo hace cierto sector de la doctrina italiana, el autor a la antijuridicidad la llama "injusticia" del comportamiento.⁵⁴ Según vimos antes (*supra*, 2a. p., I, 1), el art. 2043 del Código Civil italiano llama "daño injusto" al daño causado fuera de contrato en forma ilícita y es la misma expresión empleada en el derecho romano. Confirma su concepto de ilícito con la siguiente frase: "Esto sucede cuando el comportamiento lesivo constituye transgresión del vínculo impuesto por el ordenamiento en tutela del interés: comportamiento, por tanto, diverso de aquel objeto del vehículo".⁵⁵

⁵² Bonasi Benucci, Eduardo, *La responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1958.

⁵³ Alessi, Renato, *ob. cit.* (46), p. 2.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁵ *Ibidem*.

¿En dónde se encuentran estos deberes de conducta? En los derechos absolutos: integridad, uso de los bienes, vida e integridad del cuerpo, honor, pudor de la persona: aplicación de la actividad personal o de las facultades naturales (libertad de obra, de pensar, etcétera) "que contienen el *neminem laedere*, o "más analíticamente: =abstente de herir aquellos intereses que el Juez considere dignos de tutela jurídica=".⁵⁶

La postura de Alessi es la misma que la de De Cupis, para quien antijuridicidad significa: "Contrariedad a específicas normas de derecho, a las cuales el art. 2043 tácitamente reenvía a la vez que establece la sanción del daño causado por violación a ellas".⁵⁷ Las normas específicas están en los derechos absolutos (derechos de la personalidad, derechos reales, derechos sobre bienes inmateriales) que contienen el *neminem laedere*.

En nuestro libro "La Ley Aquilia y los derechos de la personalidad" expresamos no estar de acuerdo con el punto de vista anterior. Para nosotros, la norma de conducta, de acción o de abstención, que al ser violada hace que el acto sea antijurídico, se encuentra en diversos cuerpos de leyes, principalmente en el código penal, que se incorporan a la ley por la palabra "ilícitamente" contenida en nuestro a.1910 del Código Civil.⁵⁸ Por lo que se refiere al Estado, es primordialmente la constitución quien le impone las normas de conducta a observar frente al particular.

La doctrina italiana profundiza en el concepto de derecho y asevera que el derecho garantiza al titular de un derecho subjetivo la utilidad substancial contenida en el derecho, que el beneficiado puede o no utilizar (facultad).⁵⁹ Alessi llama esfera jurídica primaria del individuo a los derechos subjetivos, en contraposición a los simples intereses que son la esfera jurídica secundaria. Los derechos subjetivos imponen a terceros una norma de conducta que les prohíbe dañarlos (*neminem laedere*) y es a través de esta tutela jurídica que garantiza una utilidad substancial y final al titular del derecho, como surge la norma de conducta dirigida a todos; cuando sucede la transgresión, el tercero quebranta esta norma de conducta y entonces incurre en la responsabilidad de restituir esta utilidad substancia y final. Por ello dice que, responsabilidad civil es

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

⁵⁷ De Cupis, Adriano, *ob. cit.* (2), pp. 7, 41 y 42.

⁵⁸ Moguel Caballero, Manuel. *La ley aquilia y los derechos de personalidad*. México, Tradición, 1983, pp. 21 y ss.

⁵⁹ Zanobini, Guido, *ob. cit.* (36), p. 219.

Sometimiento del sujeto que ha transgredido un deber de conducta impuesto a él en protección de intereses de otro, a la obligación de restablecer mediante equivalente pecuniario el daño producido: más precisamente, de restablecer aquella utilidad de carácter substancial y final que era garantizada al sujeto tutelado con el deber que ha sido transgredido.⁶⁰

Continúa nuestra oposición a la perspectiva alessiana. Los derechos que garantizan la utilidad substancial y final a su titular no dicen qué debe hacer el titular cuando es privado de su utilidad substancial por un tercero; por lo que respecta a la vida, al honor, a la integridad física, ¿en dónde están-consignados esos derechos? No son tan explícitos como cuando del derecho de propiedad se trata, según vemos en el art. 832 del Código Civil italiano que dice: "El propietario tiene el derecho de gozar y disponer de las cosas en modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico".⁶¹

Hay que recurrir al a.2043 del propio ordenamiento para saber que existe una acción de daños en contra de quien ataque ese derecho injustamente. La utilidad de carácter substancial y final que menciona Alessi, garantiza a su titular el derecho, es el elemento teleológico de la norma, pero no forma parte de su estructura.

Se cuestiona si la responsabilidad del funcionario se funda en la misma antijuridicidad en que se basa la del ente o en una distinta. Nuestro autor se pregunta: "Cómo se puede pretender entonces insertar junta a la responsabilidad directa del ente, una responsabilidad personal del funcionario dado que ninguna transgresión es jurídicamente imputable a él personalmente?"⁶² Plantea el caso en que un funcionario ordene la ocupación de un bien de propiedad privada, fuera de los casos previstos por la ley, en que como manifestación de poder, la orden es imputable al ente. Resuelve el problema diciendo que la antijuridicidad del empleado está en el a.28 constitucional que impone la "obligación de no usar de la función a él confiada en forma que hiera antijurídicamente derechos de terceros: obligación que el funcionario transgrede cuando usa de la función además que de modo antijurídico, con conocimientos de la antijuridicidad".⁶³

⁶⁰ Alessi, Renato, *ob. cit.* (46), p. 2.

⁶¹ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *ob. cit.* (45).

⁶² Alessi, Renato, *op. cit.* (46), p. 157.

⁶³ *Ibidem*.

En cambio la antijuridicidad del ente no la identifica con el a.28 citado, pues dice:

Como se ve, la especie a la cual se aplica la sanción de responsabilidad a cargo del funcionario ex Art. 28 no se identifica precisamente con aquella a la cual se aplica la sanción de responsabilidad a cargo del ente público: no se identifica por vía de la diversidad de dos elementos: por un lado la obligación transgredida, por el otro la imputabilidad de la transgresión que se pide; para afirmar la responsabilidad del ente se pide, y es suficiente, la transgresión a una obligación genérica o específica, basada sobre las normas comunes, destinadas a realizar un interés substancial (derecho) de un particular; y se pide por otro lado la imputabilidad subjetiva de la transgresión a la obligación antedicha a la voluntad del ente, sin que se pida algún conocimiento de la antijuridicidad de la acción lesiva y tampoco que la ausente conciencia de la antijuridicidad dependa de culpa.⁶⁴

Varios son los puntos a debate en el planteamiento anterior: Si para Alessi la antijuridicidad se encuentra en los derechos absolutos que conllevan el *neminem laedere*, ¿por qué ahora trata de dividir la antijuridicidad en la del ente y la del empleado? Si la antijuridicidad es una, como la señala él, una debe ser la respuesta: La antijuridicidad tanto del ente como la del funcionario está en la violación de un derecho absoluto.

Contradiendo su planteamiento, dice que la antijuridicidad del empleado está en el a.28 constitucional que impone al agente la obligación de no usar de la función a él confiada en forma que hiera antijurídicamente derechos de tercero. El ilícito ya no está entonces en la violación de un derecho absoluto, sino en una obligación impuesta al funcionario por el a.28 citado. Para nosotros, la función del susodicho a.28 por lo que respecta a la antijuridicidad, es la misma que la del a.2043 del Código Civil: Señala entre los requisitos de la acción de daños, que el acto o la omisión dañosa debe ser antijurídico, pero no señalan en qué consiste la antijuridicidad.

Conforme a su postura, la ilicitud del Estado está en el quebrantamiento de un derecho absoluto contenido en las normas comunes. Pero de acuerdo a nuestro pensamiento de que la falta, la ilicitud, la antijuridicidad está en el quebrantamiento de una norma de conducta, la de la A. P. está en la violación de un precepto de la constitución

⁶⁴ *Ibidem*.

fundamentalmente, pero no únicamente. La del empleado, cuando obra como persona privada, está en los preceptos de derecho común.

El ejemplo que da del funcionario que ordena la ocupación de un inmueble fuera de los casos previstos por la ley, lo resuelve cuando dice que la orden es imputable al ente por ser una manifestación de poder. No existe problema frente a la víctima. Es un claro abuso de la función. Lo que hay que resolver es el fundamento que tendría el ente para recuperar de su empleado la disminución sufrida en su patrimonio por la reclamación de la víctima.

El capítulo de la Responsabilidad civil de los funcionarios y de los dependientes públicos del Novísimo Digesto Italiano, que es del propio Alessi, expresa:

En substancia se tienen ahora dos distintas acciones de responsabilidad que pueden ser acumuladas o bien intentadas separadamente; una contra el ente público (Art. 113 constitucional) la otra personalmente dirigida contra el funcionario que físicamente ha puesto en existencia el hecho dañoso e ilícito, en base al Art. 28 constitucional que forma la base positiva e inmediata de esta acción.⁶⁵

2. La imputación al ente público del dolo o de la culpa de su dependiente

La atribución al ente público del dolo o de la culpa de sus dependientes se explica por la teoría organicista, que presupone la concepción del estado como persona. Esta teoría, que nosotros denominamos del realismo exagerado, considera a los órganos de la persona social parte viva de la persona. Nuevamente en el Novísimo Digesto Italiano, Alessi dice:

De hecho, de la materialización de la idea de Estado-persona en aquella de Estado-aparato, se ha sacado, necesariamente, la concepción de los miembros del aparato como constituyendo una, aunque sea mínima, parte fraccionaria de la personalidad misma; se ha visto por tanto en los funcionarios públicos no ya a los representantes (mandatarios) del Estado, sino a los órganos del Estado: es decir, en definitiva, porque el cuerpo reasume el complejo de sus órganos, el Estado mismo. La acción de los órganos, se dice, es propiamente la acción del Estado.⁶⁶

⁶⁵ *Novísimo Digesto Italiano*, vol. 1, p. 658.

⁶⁶ *Ibidem*, vol. 2, p. 662.

No puede existir entonces más que responsabilidad directa de los funcionarios:

Esta imputación directa al ente Estado (y más generalmente a los entes públicos) de la acción que proviene físicamente de las personas físicas de los funcionarios, ha hecho posible, como se sabe, la concepción de una responsabilidad directa del ente por los daños que sean consecuencia de la acción puesta en existencia por los funcionarios: responsabilidad por hecho propio del ente público fundado sobre el art. 2043 del Código Civil, así como en el art. 2049 del Código Civil. La acogida general de la teoría organicista ha llevado al repudio de toda figura de responsabilidad indirecta.⁶⁷

a) *La manifestación subjetiva*

Imputabilidad subjetiva significa, substancialmente, referencia de la transgresión directamente por voluntad o indirectamente por culpa".⁶⁸ El dolo no necesita probarse directamente

si el daño constituye el objeto directo del proveído, no necesita probarse el dolo puesto que el mandato contiene en sí una manifestación de voluntad, así que una vez investigada la existencia de la manifestación de poder, no necesita investigarse el elemento de la imputabilidad moral (el dolo), se tenga conciencia o no de la ilegalidad.⁶⁹

Si se trata de culpa, ésta debe estar en el agente en relación al acto dañoso para ser imputable al ente; de ahí que deba ser probada.

Hay un criterio objetivo que facilita la búsqueda de la culpa y la revela indirectamente: la imperfección del medio o del trabajo técnico, al cual se deba el resultado anormal y el daño por el uso del medio mismo.⁷⁰

Lo anterior se refiere a los daños causados por los trabajos públicos. Cuando de una función administrativa se trata, "La culpa puede estar en el modo de aplicación de una función administrativa".⁷¹

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 666.

⁶⁹ Alessi, Renato, *ob. cit.*, 46, p. 86.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 91.

⁷¹ *Ibidem*, p. 112.

Rechaza el autor la objeción de que la búsqueda de la culpa implique inmiscuirse en el acto administrativo, pues lo que se investiga en caso de daño es si el medio elegido ha funcionado o no bien, en modo normal o si "por defecto accidental del medio material o por negligencia, impericia, imprudencia de los ejecutores materiales, el medio haya funcionado en forma anormal o defectuosa".⁷²

En los casos de responsabilidad indirecta del ente, que como se recordará, para Alessi son los actos materiales de los funcionarios, el abuso de la función de los mismos y cualquier acto de los empleados, en contra de la doctrina y jurisprudencia italianas que consideran responsabilidad directa del ente público cualquier acto u omisión dañoso de sus funciones y dependientes, manifiesta que el daño debe ser producido en el ejercicio del empleo o cargo, es decir, basta que la función sea la ocasión y no necesariamente la causa. El autor del daño debe estar en culpa y no se exige que el servicio lo esté.

Por cuanto concierne a los daños derivados de la actividad de los empleados y dependientes, necesitase que el daño sea producido en el ejercicio de la tarea: ésta, sin embargo, puede aun ser simple ocasión del daño sin necesitar ser causa del mismo. No bastaría sin embargo una simple coincidencia meramente cronológica, sino que se necesita lo que se suele llamar la necesaria ocasión del daño; se necesita, a saber, que exista la certeza que si no hubiese sido la ocasión el ejercicio de la tarea, el hecho dañoso no hubiera sucedido. Se necesita, en otras palabras, que el ejercicio de la tarea haya hecho posible la consumación del hecho ilícito, y no se exige, por contra, que el hecho en su aspecto lícito constituya una tarea confiada".⁷³

Quiere decir que aunque la tarea ordenada sea lícita, habrá responsabilidad indirecta de la A. P. si su realización produjo daño culpable, entendiéndose culpa en el agente. Indica el autor que este principio es frecuentemente afirmado por la jurisprudencia. Si el servicio es la ocasión, el servicio responde hasta del dolo del funcionario y del empleado; el fundamento de lo anterior es la teoría del riesgo.⁷⁴

Bonasi se pregunta si la A. P. debe responder de los actos dolosos de los funcionarios, según el a.28 constitucional, que no hace distinción entre actos dolosos y culposos. Cita una ejecutoria:

⁷² *Ibidem*, p. 89.

⁷³ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 19, nota 34.

De los actos de sus funcionarios, aunque los mismos desborden los límites de las funciones atribuidas al agente, la A. P. responde siempre que el acto se halle en relación con una finalidad de interés público, la cual, desde luego, debe estar excluida en los supuestos de dolo del funcionario. Cuando existe dolo, el funcionario no actúa como órgano de la Administración y el acto se configura como personal de su autor.⁷⁵

En concreto, el dolo del funcionario excluye la responsabilidad de la A. P., lo que contradice la postura alessiana, que para nosotros es la correcta.

El mismo Bonasi asevera:

La jurisprudencia admite que en algunos particulares supuestos, el dolo del funcionario no excluye la responsabilidad de la A. P., como ocurre en el caso de sustracción dolosa de pliegos o correspondencia de valores... o de mercancías transportadas por ferrocarril, situaciones éstas en las que la Administración tiene una específica obligación de custodia.⁷⁶

Los últimos ejemplos podrían encuadrarse dentro de una responsabilidad contractual.

III. DEL RIESGO CREADO

El a.2050 del Código Civil italiano preceptúa: "Quien ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño."⁷⁷ ¿Es aplicable a la A. P.? Alessi responde que no ve motivo para que no lo sea y que todo el sistema del Código Civil en materia de responsabilidad se impone al Estado.⁷⁸

IV. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

La responsabilidad consiste en el resarcimiento del daño. Es el término expresado por el a.2043 del Código Civil. Conforme al a.2058 del propio ordenamiento el resarcimiento puede consistir en la reintegración en forma específica, cuando sea en todo o en parte posible. De

⁷⁵ Bonasi Benucci, Eduardo, *ob. cit.*, 52, p. 369.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *ob. cit.* 45.

⁷⁸ Alessi, Renato, *ob. cit.* 46, p. 95.

no ser ello posible, el resarcimiento tendrá lugar por el equivalente pecuniario. Es facultad del juez ordenar el resarcimiento por el equivalente pecuniario, cuando la reintegración en forma específica resulte excesivamente onerosa para el deudor.

De Cupis define el resarcimiento como: "La prestación al afectado de un equivalente pecuniario, o sea, de una suma de dinero correspondiente a la medida del daño".⁷⁹ No se conforma lo anterior al texto legal arriba mencionado. Este autor prefiere "reintegración en forma específica"⁸⁰ para el cumplimiento de la obligación original.

La palabra =resarcimiento= expresa propiamente la prestación de una cosa, como puede ser el dinero, en subrogación de otra. Ni en el lenguaje corriente ni en el técnico de los juristas se dice correctamente que =resarce un daño= aquel que vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes: esto =repone= el daño, pero no lo resarce.⁸¹

En el campo del derecho público, por contra, no se admite una reintegración coactiva en forma específica que no se refiera simplemente a una obligación pecuniaria, por lo que el resarcimiento del daño no puede ser más que resarcimiento verdadero y propio en forma pecuniaria. Son claras las razones de ese hecho, razones que se pueden sintetizar en la tendencia, fundamentalmente para nuestro ordenamiento, de impedir cualquier posible injerencia del poder judicial sobre el administrativo.⁸²

Si bien es cierto que la jurisdicción civil no puede condenar a la autoridad administrativa a la reintegración en forma específica o a obligaciones de hacer, también lo es que conforme a la ley de 20 de marzo de 1865 sobre el contencioso administrativo, la jurisdicción administrativa sí puede anular el acto administrativo y ordenar la reintegración en forma específica; es más, removido el obstáculo del acto administrativo ilícito por parte del contencioso administrativo, el perjudicado puede dirigirse a la autoridad judicial para obtener el cumplimiento de la obligación complementaria, si el resarcimiento en forma específica decretado por la autoridad administrativa no fue suficiente a resarcir plenamente el daño derivado del comportamiento ilícito de la A. P. Alessi llama a esto "cuestiones patrimoniales secuenciales".⁸³

⁷⁹ De Cupis, Adriano, *ob. cit.*, 2, p. 329.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 360.

⁸¹ *Ibidem*, p. 367.

⁸² Alessi, Renato, *ob. cit.*, 46, p. 120.

⁸³ *Ibidem*, p. 122.