

250.99
M958r
S.F.
F.JyCs. Et. 2

091433

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

La Responsabilidad
Extracontractual del Estado

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

CARLOS GUILLERMO MULLER DELGADO

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr.Francisco Vega Gómez h.

SECRETARIO:

Dr.Edmundo José Adalberto Ayala Moreno.

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS CIVILES,
PENALES Y MERCANTILES.

PRESIDENTE: Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva.
1er. Vocal: Dr. Roberto Romero Carrillo.
2do. Vocal: Dr. Homero Armando Sánchez Cerna.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS PROCESALES
Y LEYES ADMINISTRATIVAS.

PRESIDENTE: Dr. Francisco Arrieta Gallegos.
1er. Vocal: Dr. Francisco Vega Gómez h.
2do. Vocal: Dr. Mauricio Roberto Calderón.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: CIENCIAS SOCIALES,
CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL.

PRESIDENTE: Dr. José Gerardo Liévano Chorro.
1er. Vocal: Dr. Marcos Gabriel Villacorta.
2do. Vocal: Dr. Luis Alonso Padilla Aguilar.

ASESOR DE TESIS:

Dr. Francisco Rafael Guerrero.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

PRESIDENTE: Dr. Carlos Rodolfo Mayer García.
1er. Vocal: Dr. Enrique Argumedo.
2do. Vocal: Dr. José Antonio Orantes Jiménez.

INTRODUCCION.

CAPITULO I.- EVOLUCION DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.

- a-Irresponsabilidad del Estado.
- b-Responsabilidad del funcionario.
- c-Responsabilidad parcial del Estado.

CAPITULO II.- EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

- a-Soberanía y Responsabilidad.
- b-Concepción subjetiva de la responsabilidad.
- c-Teoría objetiva de la responsabilidad.
- d-Teoría de la coexistencia de la responsabilidad del funcionario y la del Estado.

CAPITULO III.- TEORIAS FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD.

- a-Teoría de la Representación.
- b-Teoría Organicista.
- c-Teoría de la proporcionalidad de las cargas.
- d-Teoría de la responsabilidad por riesgo.
- e-Teoría de la estricta justicia.
- f-Teoría de la equidad.
- g-Teoría de la solidaridad humana.

CAPITULO IV.- RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO.

- A-Responsabilidad directa o sin falta.
 - a-En el campo del Derecho Privado.
 - b-En el campo del Derecho Público.
- B-Responsabilidad indirecta o culposa.

CAPITULO V.- ENFOQUE INTERNACIONAL.

- A-Responsabilidad en el plano internacional.
- B-Alcances modernos del hecho ilícito internacional:
 - a-Elemento Objetivo.
 - b-Elemento Subjetivo.

CAPITULO VI.- FUNDAMENTO JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS DIVERSOS ACTOS DE DERECHO PUBLICO.

- a-Actos Legislativos.
- b-Actos Judiciales.
- c-Actos Administrativos.

CAPITULO VII.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA
RESPONSABILIDAD.

a-La responsabilidad Civil.

b-El daño.

c-Responsabilidad contractual y extracontractual.

CONCLUSION.

INTRODUCCION

La responsabilidad del Estado es uno de los temas más importantes y trascendentales del Derecho Administrativo y sobre el cual se han emitido múltiples opiniones, sin apartarse por supuesto del auxilio de las otras ramas del Derecho que convergen a la fundamentación jurídica de dicha responsabilidad, como son el Derecho Constitucional y el Derecho Civil. Estas dos ramas del Derecho junto con el Administrativo, se unen para exponer cada una la Teoría de la Responsabilidad Extracontractual del Estado.

Varias dificultades por resolver son las que presenta esta Teoría; en primer lugar encontramos la de determinar si existe o no responsabilidad estatal, ya que durante mucho tiempo y en algunas épocas se consideró que el estado no era responsable por los daños que causara a los administrados, los cuales en un momento dado tenían que reportar los perjuicios sufridos; en segundo lugar está la forma como ha de tomarse al Estado, bien como una entidad que es responsable directamente o bien como un ente que se solidariza con sus órganos o funcionarios, por los daños ocasionados por éstos, respondiendo indirectamente y en tercer lugar, qué clase de normas debe aplicarse en caso de que surja un conflicto, si las del Derecho Civil o si existen normas especiales que deben ser aplicadas particularmente al Estado; y por último, una dificultad que escapa a los límites de este trabajo, cual es la de deter

minar ante qué jueces se deben ventilar los litigios derivados de la responsabilidad de la Administración, y que el particular perjudicado promueva para resarcirse de los daños sufridos; si es ante los jueces civiles o ante los jueces administrativos, en el supuesto de que exista dicha jurisdicción.

A lo largo de este pequeño estudio teórico, trataré de explicar las dificultades anteriores, que presenta la Teoría de la Responsabilidad de la Administración Pública, con ayuda, por supuesto, de las opiniones de connotados tratadistas extranjeros que se han pronunciado al respecto; ya que en lo referente a la bibliografía de autores nacionales prácticamente no se ha escrito nada aún.

Advierto de antemano que la tarea impuesta me será sumamente difícil, por carecer de los dotes necesarios de "escritor" y conlleva únicamente la motivación de cumplir en forma debida con el requisito final, indispensable para la opción de mi investidura académica.

CAPITULO I

EVOLUCION DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

Por ser el Estado moderno un "Estado de Derecho" y por tender al "bienestar común", debe indemnizar los daños y perjuicios que la actividad de la Administración o de los funcionarios ocasionen a los particulares.

Un sujeto de derecho sólo puede tener una responsabilidad jurídica, no importando que ella se manifieste en relaciones jurídicas de distinta naturaleza: públicas o privadas. La responsabilidad jurídica del Estado es única e indivisible, aunque se exteriorice tanto en el ámbito del Derecho Público como en el del Derecho Privado.

En materia de responsabilidad el Estado debe indemnizar no solamente cuando actúa en el campo del derecho privado, sino también cuando lo hace en el del derecho público, ya sea indemnizando el daño ocasionado directamente por el Estado mismo o por intermedio de sus agentes en el cumplimiento de la función encomendada. Antiguamente el pensamiento anterior, no se podía considerar como posible, pues el Estado era considerado como un ente absoluto.

a-IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Tal como los antiguos concebían al Estado no podía hablarse de que éste fuera responsable por los daños o perjuicios que en su hacer administrativo ocasionare a los particulares.

En la época de la dominación romana, el Estado era irresponsable, no existían derechos privados contra éste. Nunca se

concebido que los perjuicios ocasionados por la administración o por sus agentes a los administrados, concedieran a éstos, una acción para lograr indemnizaciones. El Estado estaba personificado en la persona del Príncipe, el cual era la imagen viviente de la soberanía.

Con el transcurso del tiempo, en el Imperio Romano, se admitió en ciertos casos, muy limitados por cierto, la responsabilidad de los funcionarios y se reconocieron algunos derechos individuales frente al Estado, como por ejemplo el de la propiedad "quiritaria", lo que no podía ser expropiada sino se indemnizaba al perjudicado, pero el ciudadano romano carecía de un instrumento eficaz para hacer valer ese derecho que la teoría le otorgaba.

Surgió después en dicho Imperio, la idea del "Fisco" o "Fiscus", atendiendo que no el Príncipe, ni el Estado soberano eran los titulares del patrimonio público, sino que pertenecía a un sujeto ideal, distinto de ambos: el Fisco. Este era estimado como una persona moral, poseedora de los bienes designados a los fines del Estado. Por lo tanto era necesario distinguir a los bienes del Fisco de los bienes particulares o privados del Príncipe, que recibieron luego el nombre de "Eccarium".

"El Fisco, expresa Jellinek, representaba al Estado en todos los asuntos del Derecho Civil relativos al patrimonio público. Originándose así una diferencia entre la actividad privada estatal y los actos del Poder.

De la anterior concepción surgió la Teoría del Fisco, la cual consideró al derecho patrimonial como una parte del derecho privado; por lo tanto, no se encontraron dificultades para someter al Fisco, asimilado a un particular en lo que a sus derechos respecta, a la justicia y a las normas jurídicas del Derecho Civil".(1)

En el Estado existían, en esa época, dos personas jurídicas diferentes: el Fisco, es decir el Estado considerado como una persona moral de Derecho Civil; y el Estado propiamente dicho o sea la persona jurídica de derecho público.

El Fisco estaba sometido al Derecho Civil y sus negocios debían ser resueltos por los tribunales ordinarios, aplicando las normas de derecho común. Es un sujeto de derecho como cualquier otro y el Estado le ordena, le impone cargas, le obliga a pagar, así como hace con otros sujetos de derecho. El Estado cuando realiza actos de carácter patrimonial, como cuando vende, compra o hace donaciones, actúa como un particular, debiendo ser regidas estas situaciones por el Derecho Civil.

"La Teoría del Fisco, manifestada Diez, tuvo la ventaja de proporcionar al súbdito la posibilidad de demandar a la autoridad en la persona del Fisco, ante sus propios tribunales, con tal que la relación litigiosa fuera de carácter patrimonial".
(2)

(1) JELLINEK, Walter. "TEORIA GENERAL DEL ESTADO" trad. 2a. ed. alemana. Depalma. Buenos Aires. 1943, Pág. 150.

(2) DIEZ, Manuel María. "DERECHO ADMINISTRATIVO" t. I. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. 1963, Pág. 119.

Esta teoría fue un avance hacia el principio de la responsabilidad del Estado, pues el absolutismo de los reyes, en cuyas manos se centralizaban todos los poderes, imposibilitaba a los súbditos el ejercicio de acciones tendientes a lograr una indemnización proporcional a los daños padecidos.

El Príncipe era absoluto, ante sus decisiones no existía recurso alguno y solamente la concesión de una gracia, dependiente de la voluntad y de los sentimientos de los gobernantes, podía cumplir a veces las justas exigencias de los ciudadanos.

Actualmente, dice Marienhoff, "se denomina Fisco, al Estado cuando desenvuelve su personalidad en el campo del Derecho Privado".(3)

Se pensaba que el soberano no podía hacer daño, mucho menos equivocarse; por ser de origen divino, era infalible. Sus actos no admitían apelación ante nadie. El Estado se identificaba con los gobernantes.

Tanto en el Imperio Romano, como en la República y durante el principado, se consideraba que el Estado era irresponsable.

En Atenas y en Esparta el monarca o soberano disponía libremente de los bienes de los particulares y no era responsable de sus actuaciones y sólo tenía limitaciones ante la divinidad, es decir ante él mismo, pues era la personificación misma de aquélla.

(3) MARIENHOFF, Miguel A. "TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO"
t. I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1965. Pág. 68.

En la antigüedad, el Estado era irresponsable y omnipotente. Casi todos los habitantes eran esclavos, el Estado se extendía totalmente, abarcaba la vida entera del hombre, la religión, el derecho, las artes, las ciencias y la educación.

En el Medievo, también el poder supremo estaba orientado en el derecho divino, origen de las mayores injusticias. La soberanía se incorporaba a la posesión de la tierra y la justicia señorial, sumamente defectuosa, dejaba infiltrar acciones crueles e inhumanas, que venían a constituir en definitiva crímenes atroces.

Los tribunales se destacaban por sus procedimientos bárbaros y por las sanciones crueles que aplicaban, estando su acción muy lejos de ser una garantía.

El Estado, dividido en innumerales feudos, no respondía por ninguno de los excesos que cometía, como tampoco respondían los señores feudales, amparados en sus inmunidades y en sus privilegios desmedidos.

Si algún perjuicio se causaba a la persona o bienes de los administrados, era considerado por los vasallos, como un caso fortuito o de fuerza mayor, razón por la cual no se creían con derecho a protestar, ni muchos menos a reclamar formalmente reparación por el daño recibido.

b-RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO.

Las ideas anteriores, indiscutiblemente no podían ser -
eternas y pronto se empezó a entender que el monarca no era

un representante de origen divino, sino que, por el contrario, su poder procedía directamente del pueblo al que gobernaba, por cuanto era él quien de un modo u otro se lo otorgaba de acuerdo con la organización política imperante. Así se empezó a entender en el ámbito del derecho el concepto de responsabilidad.

Se pasó gradualmente de la noción de la irresponsabilidad más absoluta a la de la responsabilidad amplia y completa, cuando de la actividad administrativa del funcionario o agente, resulta un perjuicio en la persona o bienes de los administrados.

En esta etapa evolutiva de la responsabilidad del Estado, éste sigue siendo irresponsable, pero quien resulta perjudicado por un hecho o acto dañoso, ilegal o injusto de un funcionario público, tiene acción contra él para reclamar la correspondiente indemnización.

En el sistema inglés, hay una verdadera separación entre el Estado y la persona del funcionario, que se traduce en la irresponsabilidad absoluta de la Administración y, a su vez, responsabilidad directa del funcionario o agente.

En este sistema, el Estado no es más que una entidad abstracta constituida para satisfacer fines de interés general o utilidad social, con normas especiales dictadas con el objeto de favorecer a todos por igual. Como ese ente no puede actuar por sí mismo, sino que debe hacerlo por medio de fun-

cionarios o empleados, todas las actas que éstos ejecutan deben necesariamente recaer sobre ellos. "En responsabilidad de los agentes, no tiene Altamira, es directa y no se puede, según esta teoría, responsabilizar al Estado por sus culpas.(4)

Los ingleses consideran al funcionario como un mandatario del Estado, y todo hecho que signifique responsabilidad para éste, implica una verdadera extralimitación del mandato. Las consecuencias de la extralimitación deben ser afrontadas sólo por la persona que la ha cometido.

Con el fin de evitar que el funcionario actuara indebidamente, se crearon varias figuras delictivas, como son la "baratería" y el "cohecho"; se establecieron también penas y sanciones muy graves, para aquel agente o funcionario que no cumpliera con su deber.

En el antiguo derecho español existieron algunas disposiciones sobre los delitos que podían cometer los jueces, magistrados y otros funcionarios, ya sea como simples particulares o como funcionarios públicos.

Todos los funcionarios públicos pueden cometer delitos, como cualquier particular, es decir como cualquier miembro de la sociedad y no tener relación con sus funciones públicas. Puede asimismo cometer delitos en el ejercicio de su cargo

(4) ALTAMIRA, Pedro Guillermo. "RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO", Depalma. Córdoba, Argentina. 1941. Pág. 97.

o con ocasión de las funciones encomendadas. En el primer caso, se trata de un delito común, pues no es el funcionario el que delinque, sino el hombre, desprendiéndose el funcionario al terreno común y deslindeándose de su carácter público. En el segundo caso, comete un delito oficial, porque lo realiza el funcionario como tal y sirviéndose de los recursos que el Estado le confiere.

En el Código Civil Alemán, la responsabilidad de los funcionarios administrativos, tanto del Estado como de otra corporación de derecho público, está expresamente determinada, haciendo responsable personalmente al funcionario por los actos y omisiones que cometa.

El juez competente en el proceso a seguirse en contra del funcionario imputado, examinará detenidamente si éste ha violado únicamente un precepto de servicio, cometiendo simplemente una falta administrativa, o si ha vulnerado reglamentos o se ha extralimitado en sus asignaciones, incurriendo en falta grave.

En esta segunda etapa, surgió un responsable: el funcionario, contra quien debía dirigirse la acción para reclamar las indemnizaciones del caso. Lo que vino a constituir un avance hacia la responsabilidad. Pero en la mayoría de los casos, debido a la insolvencia de los funcionarios, la obligación de reparación derivada de la responsabilidad constituía una utopía.

El principio de la irresponsabilidad del Estado rige tanto en Inglaterra, como en otros países cuya forma de gobierno

es monárquica, como son Bélgica, Grecia y el Reino Unido de los Países Bajos. Y con mayor razón en los países que sustentan las antiguas teorías del origen divino del príncipe, como por ejemplo: Dinamarca y Noruega.

Con el transcurso del tiempo, las ideas fueron cambiando y se llegó, por primera vez, a la responsabilidad del Estado, pero sólo para ciertos actos.

c-RESPONSABILIDAD PARCIAL DEL ESTADO.

Algunos autores sostienen que la primera manifestación de responsabilidad del Estado, fué la expropiación.

Por medio de la expropiación el Estado puede adquirir la propiedad privada para uso público, previa indemnización al propietario. Si el Estado adquiere una propiedad para un fin público y reconoce al particular el derecho a ser indemnizado, - existe un principio de responsabilidad, pues desaparece el dominio eminente del Estado. Este principio inicial de responsabilidad por un acto de la administración, se extiende a todos los actos, cualquiera que sea el órgano del que emanen.

La dificultad surge cuando el Estado efectúa actos de gestión y no cuando realiza actos de autoridad, naciendo así la tesis que considera al Estado responsable de los actos de gestión e irresponsable por los actos de autoridad.

Este principio se encontraba, en cuanto a la responsabilidad, íntimamente vinculado al de falta de servicio y falta personal, pues ambos consagraban la responsabilidad parcial del Estado.

En consecuencia, al examinar estas cuestiones tenemos que los "actos de gestión", son aquellos actos que caen en la esfera del derecho privado por existir una igualdad de derechos entre las partes, por cuanto la administración actúa en calidad de intendente de los servicios públicos; y los "actos de autoridad", son aquellos reglados por el derecho público, donde existe una desigualdad de derecho entre las partes.

El derecho privado está regido por el principio de coordinación y parte de la idea de igualdad jurídica de los individuos para equilibrar los intereses legítimos de los particulares, los cuales se encuentran en un mismo plano de igualdad.

Por otro lado el derecho público se rige por el principio de subordinación que parte de la desigualdad con que la Administración Pública trata en sus relaciones a los administrados.

La teoría de los actos de gestión y de autoridad sirvió para atribuir una doble personalidad al Estado: privada y pública. El Estado titular de derechos patrimoniales y de derechos de soberanía, posee una doble personalidad, una de derecho público otra de derecho privado. Privada, en tanto implica el goce de todos los derechos comunes que puede tener una persona; y pública, en cuanto significa el goce de los derechos propiamente administrativos.

Cuando los funcionarios o empleados del Estado ejecutan actos de gestión y de éstos se deriva algún perjuicio, queda -

comprometida la responsabilidad pecuniaria de la administración, porque el Estado los reviste con fines patrimoniales. Y si la persona del Estado realiza funciones similares a las de los individuos, es justo y equitativo que se someta a las normas del Código Civil y responda con su patrimonio a la reparación del daño que hubiere causado.

Si el acto perjudicial se deriva de un acto de autoridad, entonces el Estado es irresponsable, porque es de su soberanía que saca la fuerza obligatoria de sus decisiones, en consecuencia debe imponerse a los administrados sin dar lugar por parte de éstos a reclamación alguna, a pesar del daño que esa medida les pudo ocasionar.

El Consejo de Estado francés sostenía que el acto era de autoridad cuando la administración no entra en relación con los particulares, como cuando elabora un reglamento. Entonces su responsabilidad no está en cuestión. Y que el acto era de gestión cuando la Administración entra en relación con los particulares para la ejecución de los servicios públicos. Pero finalmente llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede contener la responsabilidad del Estado, pero subordinado a una falta del servicio público.

Para determinar con exactitud la responsabilidad de la Administración por los hechos de sus agentes es necesario precisar la noción de "falta de servicio" y "falta personal".

Existe "falta de servicio" si al cumplirse la función se ha causado un daño y "falta personal" cuando el funcionario se

extralimitado en sus atribuciones para cometer la falta.

En el primer caso el funcionario o agente ha cumplido con su obligación, no hay extralimitación en sus facultades, no ha salido del ámbito de sus atribuciones y, sin embargo, se ha producido un perjuicio. Es decir, que la falta de servicio, cuando ésta no se cumple, cuando se lo realiza en forma deficiente o tardíamente. Si el agente no es responsable porque ha puesto todo su empeño para que el servicio se cumpla en forma eficiente, entonces el Estado es directamente responsable.

Por otra parte, "la falta personal" se traduce en la intención de dañar, el agente sabe que ese acto no le corresponde y no obstante lo ejecuta. En este caso la responsabilidad no es del Estado sino del funcionario infractor.

Durante esta época, sobre todo en Francia, en donde existen dos jurisdicciones: la administrativa y la judicial, era necesario antes de iniciar la acción de indemnización, averiguar si la falta había sido de servicio o personal del funcionario, pues precisaba reconocer si la responsabilidad era del Estado o del funcionario, para saber a quien correspondía demandar y qué jurisdicción era competente.

El agente de un servicio público no es responsable civilmente del acto cumplido en su calidad de agente, salvo que haya cometido una falta personal al margen del ejercicio de sus funciones. Entonces es responsable personalmente de las consecuencias de su culpa y debe responder por ellas ante los tribunales

judiciales, que deberán examinar la culpa personal del agente y no tendrán que apreciar el valor del acto administrativo, lo cual les estaría vedado por el principio de la separación de los poderes judicial y administrativo.

Por el contrario, si la culpa es una "falta de servicio", es cometida por el funcionario en tanto que es órgano de la administración. Es la misma administración la que ha incurrido en culpa, igual que una persona moral de derecho privado en el caso de daño causado por uno de sus órganos.

De ello resulta que ese acto, en la medida que es considerado como acto de la Administración, escapa a la competencia judicial, en virtud del principio de la separación de poderes ya mencionado. La jurisdicción administrativa es la única competente para conocer de aquél.

Finalmente el Consejo de Estado francés, admitió también que existía la coexistencia de una "falta personal" y de "servicio" y el criterio acumulativo de responsabilidad, como por ejemplo cuando dos culpas distintas, cometidas una personalmente por un agente de la Administración e impersonalmente la otra, por el servicio administrativo, han concurrido a la producción de un daño. Aún más, cuando en un mismo hecho se encuentran ambas faltas, si fué personal del agente y no obstante se encuentra unida a la ejecución del servicio.

Creo que toda falta, ya sea personal o de servicio, compromete la responsabilidad de la administración, contra quien debe

CONTENIDO

EL FIANCAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El Estado moderno es esencialmente un Estado de derecho, que se encuentra limitado en su actividad tanto por las reglas jurídicas positivas como por el principio fundamental que informa todo el Derecho: la idea de justicia. Cuando obra en contravención a esas reglas, que delimitan el ámbito de su actividad, es preciso que su actuación tenga la correspondiente sanción la cual se ha logrado imponer, en no muy numerosas ocasiones, por medio de las indemnizaciones originadas en su responsabilidad; y en las legislaciones que además de reconocer la responsabilidad del Estado, la respetan, haciendo efectivas a los dañados con su actuación, las reparaciones a que tienen derecho.

Las situaciones de derecho público tienen como característica primordial, el ser legales, porque el principio de legalidad constituye la piedra angular sobre la cual descansa toda su estructura. Si a consecuencia de un acto administrativo se produce un desequilibrio en las relaciones sociales, que ocasione un perjuicio especial a determinados individuos, de manera que viole el principio de justicia distributiva, se impone la restauración de ésta, lo que únicamente se logrará mediante la concesión de suficientes indemnizaciones. Tal es

el principio fundamental que justifica la responsabilidad del Estado y principalmente de la Administración.

a- El concepto de Soberanía

Al vocablo soberanía se le otorga el alcance de un atributo de orden abstracto y metafísico, en cuya virtud el Estado goza de absoluta independencia, indudablemente se excluye el concepto de "responsabilidad del Estado".

Si Estado y derecho son una misma cosa o si el Estado es quien crea el derecho, no puede pensarse que el Estado viole el derecho, ya que sólo será responsable cuando lo infrinja; quien crea el derecho por un acto de su voluntad soberana no puede violarlo.

Así como en los países en que impera el régimen de la monarquía absoluta, en donde "el rey no puede hacer mal" y, por lo tanto, no es responsable, el Estado democrático, que no es más que la Nación soberana organizada, tampoco puede hacer mal y menos aún puede ser responsable.

Decir de alguien que puede ser responsable, es aceptar por adelantado una posible limitación de sus poderes o facultades. Si la responsabilidad supone violación del derecho, quiere decir que éste condiciona la actividad o el obrar de cada uno, e impone límites fuera de los cuales se cae en el campo de lo ilícito por violación de una regla de derecho.

Entendida la soberanía como el poder omnímodo, absoluto del Estado, susceptible de ejercitarse sin cortapisas ni li-

situaciones, y equívocamente se ha referido a la noción jurídica de "imperio", que supone el derecho de imponer su voluntad a los demás y el deber de éstos de acatarla, se explica que no pueda coexistir la idea de un "Estado responsable", obligado a reparar el perjuicio inferido por sus funcionarios o empleados.

"El Estado soberano, dice Duguit, no puede ser responsable con ocasión de la ley, expresión misma de la soberanía. No puede serlo tampoco con ocasión de los actos ejecutivos, actos - jurisdiccionales o administrativos. Si estos actos son conforme a la ley, la cuestión de responsabilidad no se plantea ni para el Estado ni para el agente o funcionario público. Si son contrarios a la ley, no se plantea para el Estado, pues éste ha hecho la ley, ha creado el derecho y ha querido que esta ley sea ejecutada. Si no lo es o es violada, es que el agente pone su propia voluntad en lugar de la del Estado soberano. Solo hay una voluntad responsable: la del agente público".(5)

err. Rojas, profesor emérito de la Universidad Autónoma de México, al respecto expresa: "La teoría tradicional de la Soberanía, no aceptó el principio de la responsabilidad del Estado, por considerar que todo daño que éste ocasionara, deben de soportarlo los particulares".(6)

(5) DUGUIT, León. "LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PUBLICO" 2a. ed. Reus, Madrid, 1926, Pág. 304.

(6) SERRA ROJAS, Andrés. "DERECHO ADMINISTRATIVO" t. II, 4a. ed. Porrúa S.A., México, 1968, Pág. 1257.

León Duguit, en su famosa obra "Traite de Droit Constitutionnel", citada por varios autores para fundamentar sus exposiciones, considera que no es admisible la responsabilidad del Estado en el caso de que se le considere soberano, y dice: "Es evidente que, tomadas en sí mismas las dos nociones de responsabilidad y de soberanía, son antinómicas. Si se cree al Estado soberano, no se puede admitir que sea responsable, y si se afirma que es responsable, no puede sostenerse que sea soberano. Con la soberanía no es nada, o es, como se ha dicho, el carácter de una voluntad que no se determina jamás, sino por sí misma, es decir, que no puede estar limitada por un elemento extraño a ella ni sometido a obligaciones sino en la medida que lo quiera. Resulta de toda evidencia que una persona soberana no puede ser responsable de sus actos, es decir, sometida a una obligación que se impone a ella del exterior, o, al menos, que no puede serlo sino en la medida que lo quiera. Pero entonces no es ya una responsabilidad, a causa de que ya no es una obligación.

Ade más, dice, la responsabilidad, tal como se le ha comprendido durante siglos, no podría basarse sino sobre una falta, una injuria, es decir sobre una violación del derecho, bien sea del objetivo, bien del subjetivo. Desde luego, el Estado soberano no puede violar el derecho, ya que él tiene una voluntad que no puede ser limitada por una regla superior a ella. Por otra parte, no se puede concebir jamás que el Estado soberano que hace el derecho por su propia voluntad lo viole.

¿Podría decirse, es cierto, que en la doctrina individualista el individuo, como sujeto, posee derechos naturales, inalienables e imprescritibles, superiores y superiores al Estado, derechos que éste no puede tocar, o, al menos, que no puede limitar sino en cierta medida; que en consecuencia, si el Estado se extralimita, atenta contra esos derechos, viola el derecho, comete una injuria y obliga su responsabilidad. El raciocinio no sería sostenible: chocaría, en efecto, con el dilema insoluble en el cual, de todas maneras, vienen a quebrantarse todas las doctrinas individualistas. O bien el Estado es limitado en el poder que le pertenece de aportar ciertas restricciones al derecho natural del individuo, y entonces deja de ser soberano; o bien puede aportar a esos derechos la restricción que aprecie soberanamente, y entonces si la soberanía permanece completa, la libertad del individuo desaparece, la doctrina individualista se desploma y la responsabilidad del Estado hacia el individuo se vuelve inconcebible. Por esto he dicho que no hay término medio, que la concepción individualista termina forzosamente en el absolutismo o en la anarquía. Al considerarla especialmente desde el punto de vista de la responsabilidad, uno se ve lógicamente obligado a decir: o el Estado es siempre responsable cuando aporta a las leyes del individuo una limitación cualquiera, y entonces deja de ser soberano; o no es responsable, y entonces el individuo queda desarmado ante un Estado omnipotente y la noción de responsabilidad estatal

no puede aplicarse, ni aún formularse". (1)

Las afirmaciones de Buguit, no afectan las ideas anotadas en el presente de este capítulo, sobre el principio de justicia distributiva, donde es esencial de la responsabilidad del Estado; principio que no se opone a la idea actual de soberanía, la cual ha cambiado, pues ya no se concibe ésta como el poder absoluto que puede ser aumentado o excedido; se la considera como una zona de acción, variable en extensión, según los tiempos, y en el interior de la cual la técnica social reconoce al Estado el derecho de obrar libremente, porque eso se presume útil y necesario a la realización de la función especial que incumba a la organización estatal.

La soberanía es una independencia de la voluntad con respecto a las otras voluntades, pero no con relación a los principios fundamentales del derecho. La acción del Estado se encuentra limitada por éstos y, además, después de su organización, surge un conjunto de reglas, que se han impuesto por su propia voluntad, y que se alan el dominio de su acción. Y no se puede decir, con Buguit, que al excederse de estas últimas no haya responsabilidad, porque se debe responder no sólo de las obligaciones que se imponen exteriormente, sino también de las que uno se ha impuesto por su propia voluntad.

El argumento de que el Estado es soberano no puede violar el derecho, es un sofisma. Si su actividad está dominada por reglas jurídicas que le imponen un límite, es que se admite que

(1) BUGUIT, León. TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL" 4a.ed. Reus, Madrid. 1930, Pág.200.

... debe excederse de lo que constituye la razón y objeto de su existencia.

... de que se dedican los esfuerzos de toda una existencia al estudio y explicación de los principios jurídicos que informan la vida del Estado, es porque se tiene conciencia de que las manifestaciones de ésta pueden ser sometidas a ordenaciones, que no se basan en principios de solidaridad, sino en los de justicia, en ese principio fundamental que he afirmado con anterioridad, en este trabajo, constituye centro de relación y razón de ser de todo derecho.

Por otra parte, no es cierto que el Estado no pueda incurrir en falta: él es una entidad que necesita de la incorporación de cierto número de individuos que lleguen a constituirse en un momento dado en sus órganos, a los que necesariamente llevarán todas las debilidades propias del ser humano, pues el solo hecho de la incorporación como funcionarios o agentes, no los purifica ni de sus pasiones ni mucho menos de sus deficiencias, principalmente de éstas, que al sumarse las de los unos con las de los otros, llevan a la falta, que es anónima, en un sentido completamente diferente a la del mismo carácter del derecho privado, y que constituye lo que en el derecho administrativo se conoce con el nombre de "falta del servicio" y en el derecho público en general, falta del Estado.

Las actividades del Estado y el ejercicio de sus potestades tienen límites perfectamente delimitados por la legisla-

ción: el uso de esas facultades y de esas potestades debe realizarse dentro de los límites que le asigna la Constitución, la ley y decretos asociados a aquéllas, sin que por eso el Estado deje de ser soberano.

El concepto de soberanía ha dejado de ser equivalente al de poder omnipotente y absoluto, como ya lo dije, por lo que la idea de un Estado irresponsable debe forzosamente desaparecer, así como desapareció el concepto antiguo de infalibilidad del monarca y el origen divino del poder. Surge así el principio de la obligación inmanente del Estado de reparar todo perjuicio in debidamente producido a los particulares.

Para el derecho administrativo, manifiesta Fiorini, "el principio de la responsabilidad resarcitoria fluye por la existencia misma del Estado de derecho, y la excepción a la reparación puede justificarse por una norma excepcionalísima que así lo declare. Así como es posible en el derecho privado excluir a alguien de la responsabilidad por culpa, en el derecho administrativo debe ser excepcional la norma que establezca la irresponsabilidad irreparable", (1) tesis a la que manifiesto mi adhesión.

b-CONCEPCIÓN SUBSTANTIVA DE LA RESPONSABILIDAD.

El fundamento de esta noción se vislumbra en el reconocimiento o negación del derecho que tiene el administrado de ser indemnizado por los daños que le ocasiona un funcionario en el

(8) FIORINI Partolomé A. "MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO" t. II, La Ley, Buenos Aires. 1968. Pág.1104.

desempeño de sus funciones, o el propio funcionamiento del servicio administrativo. El problema que se plantea, se concreta en determinar quién es el responsable de esa indemnización, si el propio funcionario o ambos.

Para explicar esta concepción diremos primeramente que la doctrina ha analizado varias soluciones sobre los derechos que adquiere el particular, al ser lesionados sus intereses, por la actividad de la Administración Pública o mejor dicho por el funcionamiento de los servicios públicos, y son las siguientes: la concepción subjetiva de la responsabilidad, la teoría objetiva de la responsabilidad y la teoría de la coexistencia de la responsabilidad del funcionario y la del Estado, de las cuales a continuación haré un breve examen.

Al analizar la primera solución, que se traduce en una concepción subjetiva de la responsabilidad del Estado, se colige que de acuerdo a ella, el particular en un momento dado, está desamparado ante el funcionamiento de los servicios públicos y del ejercicio de sus demás atribuciones, ejercidos por los titulares de la función pública.

Este momento llega, cuando el particular sufre algún perjuicio en su persona o propiedad, derivado de la actividad de la administración pública y por estar desamparado frente a ella, aquél no tiene ningún derecho para reclamar al Estado una indemnización por el daño recibido, pues de acuerdo a la concepción subjetiva el Estado es irresponsable. El funcionario

o agente de la Administración, es el único responsable de sus actos, sostiene los que propugnan esta solución, ya que está obligado al cumplimiento de la ley; y con mayor razón es responsable el agente o funcionario de la administración, cuando actúa ilícitamente, violando la ley y ocasionando daños, de los cuales debe responder.

c-LA TEORIA OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD.

En oposición a la concepción anterior, se encuentra la teoría objetiva, que considera que el Estado es responsable. Debe responder por la actividad de sus funcionarios o agentes en el funcionamiento de los servicios públicos o, como expresa Serra Rojas "en la realización de su esfera de competencia". (9)

Si el perjuicio o daño causado por el funcionario o agente administrativo, le es directamente imputable, el Estado puede en determinadas condiciones repetir contra él y así lograr el resarcimiento de los gastos que le ocasionó la actitud infractora de aquél.

Para establecer la responsabilidad privada o particular del funcionario de la Administración, por los daños causados en su actividad, la doctrina comienza por hacer una distinción entre la culpa personal y la culpa del servicio, esta última - siempre a cargo de la Administración. La culpa personal se origina por actos ilegales, propios e intencionales que entrañan errores y violaciones a la ley penal y la culpa en el servi-

(9) SERRA ROJAS, Andrés. Ob. cit. Pág.1259.

cio se origina por el funcionamiento regular de éste que ocasiona daños irreversibles.

d- LA TEORÍA DE LA COEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y LA ADMINISTRACIÓN.

responsabilidad, según los casos que se presenten, obliga ya sea al funcionario, al Estado o a ambos. Son las circunstancias especiales bajo las cuales se ocasiona el perjuicio las que sirven de fundamento para demandar a uno o al otro.

Tanto la concepción subjetiva de la responsabilidad como la teoría objetiva, se basan en consideraciones diversas, pero sobre todo la doctrina de la coexistencia se apoya en razones de equidad y de justicia, para distribuir el régimen de las cargas públicas.

"El régimen francés de coexistencia de la responsabilidad del funcionario y la Administración, señala el profesor Serra Rojas, se está caracterizando por una ampliación progresiva de la responsabilidad Administrativa a través de su jurisprudencia. Ejemplo que debemos seguir para ir construyendo, en las resoluciones de la Suprema Corte, toda una teoría general de la responsabilidad del Estado".(10).

Finalmente, la justicia distributiva, principio fundamental que justifica la responsabilidad del Estado, se hace menos vulnerable al reconocer la existencia simultánea de estas dos responsabilidades; la del funcionario y la del Estado. Ya que al repartirse la carga pública, de acuerdo a esta tesis, se cumple con dicho principio.

(10) SERRA ROJAS, Andrés. Ob.cit. Pág.1259.

CAPÍTULO III

REGLAS FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD

El Estado al realizar su actividad para cumplir los fines que se le encomentan, entra inevitablemente con otros intereses tan sublimes y respetables como los suyos propios, pero que por pertenecer tan solo a un individuo, o cuando más a varios, deben ceder en beneficio de toda la colectividad, que es la que tiene a su cargo la suma de esos intereses, que por lo mismo son más grandes, sagrados y dignos de tenerse en cuenta, con prioridad a cualquier otro.

Esa renuncia de intereses por parte de las minorías en obsequio de las mayorías no puede quedar desamparada, por lo que es necesaria una reparación.

De esa tendencia a reparar las injusticias cometidas en aras de una justicia mayor, surgió el concepto de "responsabilidad".

Ahora bien, los autores que reconocen la responsabilidad del Estado se han inspirado en diversas teorías para fundamentar esa "responsabilidad", valiéndose algunos de ideas civilistas y otros basando sus conceptos en el Derecho Público y de acuerdo a la época y momento político en que les ha tocado vivir.

A continuación me referiré sucintamente a algunas de esas teorías fundamentales.

LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN.

Esta teoría se basa principalmente en la posición del representante que realiza actos de los cuales responde el representado. En este caso, el representante es el funcionario o agente; el representado es la Administración. La responsabilidad se funda en la culpa "in eligendo" o "in vigilando", es decir, en la elección del representante por parte del representado.

El fundamento de esta teoría es falso, pues únicamente podría aceptar como valedera, si se considerase representante a los funcionarios y representado a la Administración; pero como la Administración no es la que elige, sino que son elegidos por otros funcionarios y éstos a su vez por otros, entonces en definitiva, unos y otros serían los responsables.

En consecuencia, la responsabilidad se desvanecería resultando prácticamente imposible exigir a alguien la indemnización, y mucho menos al Estado. Más bien, la responsabilidad sería de los funcionarios que eligieron al que ocasionó el daño o el perjuicio.

El problema no se plantea cuando el funcionario actuó con culpa o negligencia, por ser él, directamente responsable; pero sí se presenta, cuando el daño se produjo sin culpa del funcionario o en el supuesto de culpa concurrente entre el funcionario y el Estado.

Esta teoría de la responsabilidad es sostenida principalmente por autores civilistas, y entre los que la propiamente se encuentran Llocatelli y de Inca.

Los partidarios de esta doctrina de naturaleza civilista, cometen al Derecho Civil las relaciones del Estado con los funcionarios, lo que está en abierta contradicción con las concepciones modernas, las cuales consideran el vínculo que une al funcionario con el Estado como una relación de derecho público, regida fundamentalmente por el principio de subordinación, ya mencionado con anterioridad en el primer capítulo de este trabajo.

b-TEORIA ORGANICISTA.

El creador de esta teoría fué el maestro, Gierke, el cual ve en las personas jurídicas un conjunto de órganos, hasta el punto de que si desaparecen los órganos, desaparecerían también las personas jurídicas. Para esta doctrina lo que hace un órgano lo hace en nombre de toda persona jurídica.

La teoría en comento considera al funcionario público como un órgano del organismo supremo que es la Administración Pública; por lo tanto, todo lo que hace el funcionario o agente se supone hecho por la Administración Pública y ésta es la responsable. El Estado, quiere y obra por medio de sus órganos. Cuando aquéllos quieren y obran, es el propio Estado el que quiere y obra. Cuando ellos cometen una falta, es el Estado - quien la comete, y responde por los perjuicios que se derivan

de ella, siendo directa y personalmente responsable.

Según esta tesis, si los funcionarios de la Administración Pública son activos, diligentes y rápidos, la Administración será activa, diligente y rápida. Si, por el contrario, los funcionarios son torpes, incapaces, negligentes, perezosos en sus funciones, la Administración Pública será inútil, deficiente, lerda.

El Estado es responsable, de acuerdo con los organicistas, de todas las actuaciones de sus funcionarios o agentes, pues éstos no son más que parte integral de un solo organismo, cual es, la Administración Pública.

c-TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS CARGAS.

Procura esta teoría que los ciudadanos no tienen por qué sufrir unos más que otros, las cargas impuestas en el interés de todos, es decir, de la colectividad entera, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el Poder Público causa a los particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la comunidad. Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto, con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño, para no romper el principio de equidad e igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes. Las necesidades de la vida en común exigen que cada persona soporte sin indemnización -

los daños que resultan del ejercicio legal y regular del Poder Público.

Esta teoría limita la indemnización a los actos cometidos por la Administración cuando se extralimita en el ejercicio de sus poderes legales o cuando la prestación del servicio público es deficiente. Pero esta tesis es incompleta, porque muchas veces el servicio público se realiza en forma permanente, regular y continua y sin embargo se daña a un tercero. En este supuesto no corresponde indemnización alguna, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario. Pero creo, en abono a esta teoría, que lo más justo y conveniente es, que si hay daño, debe repararse, y esta reparación estará a cargo de quien lo produjo, es decir, de la Administración.

El Consejo de Estado francés sostiene que la igualdad o equivalencia de las cargas lleva a responsabilizar a la Administración, tanto por sus actos como por los de sus agentes o funcionarios, distribuyendo en esa forma los daños que la ejecución de los servicios públicos ocasionen, del mismo modo como se distribuyen las ventajas que ellos prestan a la comunidad.

En Alemania es terminante la concepción de la carga desigual, del sacrificio particular, y la conciencia jurídica así lo demanda. Será regla general que al particular sacrificio por parte del ciudadano, corresponda un enriquecimiento o

en cualquier caso no debe ser a costa del Estado, pero no es necesario que así ocurra.

El Estado no podría denegar una indemnización, que se le pida a demandado, alegando que ese sacrificio especial del individuo no le ha reportado ningún beneficio. Por eso en Alemania no es el principio del "enriquecimiento del Estado" el que da lugar a indemnización, sino el de la "carga desigual", el del "sacrificio particular".

Entrena Cuesta sostiene que "actualmente ya no sirve la teoría de la culpa como base o fundamento de la responsabilidad del Estado, puesto que es responsable sin necesidad de que actúe culposamente; tampoco alcanza la teoría del riesgo objetivo todos los supuestos que la ley contempla, ya que el deber de indemnizar se impone, a veces, sin que la Administración Pública haya creado dicho riesgo; es así mismo insuficiente la teoría del "enriquecimiento sin causa", pues la responsabilidad existe frecuentemente aunque la Administración no se haya enriquecido.

El fundamento es el principio de igualdad ante la ley, ya que cuando la Administración produce a los particulares una lesión, que éstos no tienen el deber de soportar, el citado principio exige que se compense el "sacrificio especial" infringido mediante la correspondiente indemnización. Pues sería jurídicamente inadmisibles que unos particulares se sacri-

ficasen involuntariamente y sin el deseo de hacerlo en beneficio de la comunidad sin que ésta restableciera la igualdad alterada".(11).

La teoría de la proporcionalidad de las cargas fué formulada por Jorge Feissier, y autores como Manuel Valine y Juan Rivero, sustentan también la misma tesis con leves variaciones.

Los defensores de esta doctrina proporcional afirman que la carga necesaria para la consecución de un interés colectivo debe distribuirse proporcionalmente entre todos los miembros de la colectividad y no debe recaer toda ella sobre uno solo y debe ser compensado por el erario público, todo lo que exceda de la contribución que dicho miembro hace a la comunidad en virtud de las leyes tributarias.

4-TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR RESERVA.

Esta teoría fué sustentada principalmente por Duguit: "La responsabilidad del Estado no se puede edificar más que sobre la idea de un seguro social soportado por la caja colectiva, en provecho de aquellos que sufren un perjuicio originado por el funcionamiento de los servicios públicos, que se realizan en provecho de todos. Esta concepción se vincula por sí misma a una idea que ha penetrado profundamente en la conciencia jurídica de los pueblos modernos: la igualdad de todos ante las cargas públicas. La actividad del Estado se ejerce en interés de

(11) MATEAÑA GUZTA, Rafael. "CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO" 3a. Ed. Tecnos S.A. Madrid, 1970. Pág.667.

la colectividad entera; las cargas que ella aparece no deben pasar más fuertemente sobre unos que sobre otros. Si resulta de la intervención estatal un perjuicio especial para algunos, la colectividad debe repararlo, sea que exista culpa por parte de los agentes públicos o sea que no exista. El Estado es, en cierto modo, asegurador de lo que se llama frecuentemente el riesgo social, es decir, el riesgo resultante de la actividad social, traduciéndose por la intervención del Estado." (12)

Sostiene este autor que la responsabilidad del Estado - existe por el hecho de haber ocasionado el funcionamiento del servicio público un perjuicio a un individuo o un grupo de ellos. La posibilidad de ocasionar semejante daño, constituye un riesgo. Existe entonces lo que se ha dado en llamar "responsabilidad por riesgo".

Esta teoría es aplicable en materia laboral a los accidentes de trabajo, estableciendo el deber de todo empresario de indemnizar los daños sobrevenidos a sus empleados u obreros, en el ejercicio de sus labores, fuera o no culpable de los mismos.

En Alemania se tiende al reconocimiento de la responsabilidad por riesgo. En determinados dominios, la responsabilidad por riesgo ha sido aplicada ya anteriormente por el derecho público positivo. Cuando en el marco de determinadas relaciones de servicio del derecho público se concede una compen-

(12) DEGUIT, León. "LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PUBLICO". Pág.306 s.s.

ocidió por accidentes o daños sufridos en acto de servicio, e incluso el art. 70 respecto de los daños causados por la guerra, dicha responsabilidad se recae la base de la idea de responsabilidad por riesgo.

MARLENHOFF, critica esta teoría, alegando que "los riesgos podrían ser la causa de los daños y perjuicios, pero no el fundamento de la responsabilidad estatal; y esa teoría queda absorbida por las consecuencias del Estado de derecho, cuyos principios fundamentales propugnan la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público; ya que esos principios o postulados, forman un "complejo" y tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados".
(13)

2-TEORÍA DE LA EQUITAD.

Fue sustentada principalmente por Mayer, y propugnaba que: "La indemnización existirá siempre que el Estado haya obtenido alguna ventaja en detrimento excepcional de un administrado".
(14)

Es necesario, para que una persona sea acreedora a esa indemnización, según Mayer, que reúna las siguientes condiciones:

1.-Un daño causado por la Administración Pública, producido por una fuerza que emana de ella. La forma como se ejerza esta fuerza es indiferente; poco importa que sean los hombres

(13) MARLENHOFF, Miguel S. Ob.cit. t.IV. Pág.1630.

(14) MAYER, Otto. "DERECHO ADMINISTRATIVO ALEMÁN" t.I. trad. española. Depalma, Buenos Aires. 1949. Pág.122.

de la administración o las cosas que les pertenecan, que sea un acto de autoridad anulando un derecho o imponiendo una restricción, que sea el hecho de la destrucción de valores pecuniarios o que sea la influencia molesta de la existencia o de la supresión de una obra, existiendo una causa, en de escaso interés la calificación moral que merecería el agente, autor del efecto producido, que haya querido en virtud de una autorización legal y en el ejercicio regular de sus poderes, o que haya podido obrar legalmente aún a riesgo de producir ese efecto; que el daño haya sido el efecto voluntario de lo que hacía o que haya obrado directamente contra la ley, cometiendo un delito o un hecho ilícito más o menos flagrante.

2.-Que ese daño rompa la equidad, castigando al individuo de una manera "injusta y desigual". No hay nada contrario a la equidad en las cargas e imposiciones públicas que afectan a los individuos siguiendo cierto plan y según facultades recibidas por la ley, o reglamento, tales como los impuestos, los servicios forzosos y las cargas públicas. En estos casos, el perjuicio conserva el carácter de igualdad, lo que es suficiente para ponerlo en armonía con la equidad.

3.-Un perjuicio material, correspondiente al pasaje de valores en el enriquecimiento sin causa, o según la expresión de uso: un sacrificio especial.

La responsabilidad civil puede comprender cualquier diferencia del valor de una fortuna, antes y después del aconteci-

hecho que la profesa; así, el seguro, la protección del crédito, la clientela, la fama o la pérdida, etc. etc.

gestiones de los intereses públicos afectan a los intereses individuales de un modo intenso y siempre desigual. La equidad exige una indemnización.

Para la doctrina inspirada por Mayer, el fundamento jurídico de la indemnización está en la equidad.

f-TEORIA DE LA ESTRICTA JUSTICIA.

Esta tesis ha sido formulada por el Doctor Félix Sarría, insigne profesor de la Universidad de Córdoba, Argentina y dice: "La responsabilidad del Estado surge por el hecho mismo de las personas o de las cosas que tiene a su servicio. No es necesario recurrir a la teoría de la falta para encontrar el fundamento jurídico de la responsabilidad directa del Estado, que lleva su aplicación aún a las cosas inanimadas y a los casos en que aquél ejercita un derecho, v.gr.: La ejecución de una obra pública que daña a terceros. Varios elementos surgen en apoyo del sistema. La equidad juega, entre ellos, rol primordial; también la justicia se hace presente, como es lógico, en toda índole de relaciones generadoras de derecho. Si según hemos dicho, el Estado es o debe ser justicia, si ésta, en su esencia, no puede quedar excluida cuando se trata de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño, previsible o no, causado por los individuos físicos o por las cosas del servicio público".(15)

(15) SARRIA, Félix. Prólogo a Pedro Guillermo Altamira. Ob.cit. Pág.6.

Son necesarios para que surja la responsabilidad, agrega, los siguientes requisitos:

1-Que exista el hecho o el daño por una causa de causa y efectos.

2-Que exista alguna vez culpa del damnificado, que no sea su propia culpa.

3-Que el daño, ya permanente, ya accidental, sea efectivo, material, apreciable económicament .

C-TEORIA DE LA SOLIDARIDAD HUMANA.

El máximo defensor de esta tesis ha sido Altamira: "Los elementos de la doctrina de la responsabilidad, deben buscarse en el principio de solidaridad humana, que es precisamente el que informa e impone ayuda recíproca a todos los individuos que constituyen la colectividad. Sus fuentes no deben buscarse en la moral ni en la caridad, sino en un acto de justicia distributiva que la sociedad está obligada a realizar para con aquellas personas que por hechos que no le son imputables se encuentran de pronto y por un acontecimiento ajeno a su voluntad, en situación de inferioridad para cumplir con su fin individual y social, y siendo el Estado el órgano por el cual la sociedad realiza esa obra de solidaridad, ya que por su enorme magnitud escapa al poder del individuo, es quien debe afrontar este problema. Resarcir. Como el perjuicio lo ha sufrido el damnificado por un acto o hecho imputable a un agente del Estado (tomando la parte

era ageré en su sentido etimológico: agere, hacer; sea honor e mérito) que le ocasiona el fin acto del servicio o con motivo de él o usando de los medios que el Estado le facilita, transfiriendo la culpa a él, impuesta por la solidaridad humana y la equidad jurídica, en una obligación jurídica de indemnizar, "por haberse la lesión y el derecho para exigirlo".(16)

Finalmente dice Altamira: "El Estado, ya sea que actúe como persona de derecho privado o bien como persona de derecho público, es responsable; siempre que el funcionario, empleado o agente de la Administración, o el funcionamiento normal o anormal de un servicio público cause un daño actual, directo y extraordinario a la persona o bienes de un administrado, debe indemnizarse; pero con la condición de que aquéllos hayan obrado dentro de sus funciones, en actos de servicio o usando de los medios que el Estado les proporciona para realizarlos; solamente debe relevárselo de esa obligación, cuando el funcionario o agente se haya "extralimitado ostensiblemente en el ejercicio de las funciones".(17)

(16) y (17) ALTAMIRA, Pedro Guillermo. Ob.cit.Pág.110.

CAPITULO IV

LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO

A-RESPONSABILIDAD DIRECTA O SIN FAULTA.

Al estudiar detenidamente las distintas etapas por las cuales se ha desarrollado la Teoría de la Responsabilidad del Estado, encontramos que la última de ellas, es la que considera directamente responsable a la Administración Pública, de los daños ocasionados a los administrados con su actividad. En este período se llega a reconocer la responsabilidad del Estado por la razón del simple funcionamiento del servicio, sin que el demandante tenga necesidad de probar la culpa de los funcionarios o empleados públicos. Así por ejemplo, cuando en algún momento de día que pueda ser atribuido a negligencia o imprudencia del agente de la víctima, así también con parte del agente, ya que el servicio había funcionado bien, pero finalmente se produjo el accidente, se trata de un accidente de verdad, e no fortuito y no de falta de servicio, y el Estado tiene que indemnizar el daño ocasionado a la víctima.

Actualmente y debido al avance de las teorías sobre esta materia, se afirma que la responsabilidad de la Administración, es directa y total, sin necesidad de conocer previamente si el daño se produjo por culpa del agente o de la Administración misma.

De esta concepción ha surgido la regla de la responsabilidad extrac contractual del Estado, aún en los casos en que actúa como Poder Público por los daños que ocasiona los actos de sus funcionarios o empleados con motivo del desempeño de sus funciones.

De este modo se evitan juicios infructuosos e inútiles, como sería el promovido contra un funcionario insolvente de la Administración resultando ilusoria la indemnización solicitada por el particular perjudicado.

El traslado al Estado de las obligaciones provenientes de la responsabilidad de los funcionarios, tiene la finalidad de poner al acreedor frente a un deudor cuya insolvencia es indiscutible en cualquier circunstancia.

De general, el ordenamiento jurídico parte del principio de que aquel en cuya persona recae una obligación de reparar, es el en situación de poder cumplir la prestación que debe. Al menos debe, en lo fundamental, no correr el riesgo de alcanzar su derecho, si sólo por el momento por medio de la gestión administrativa, sino también, materialmente, por medio de una ejecución eficaz de ella.

Motivo especial de justificación de la responsabilidad del Estado, es la circunstancia de ser él el que forma a los funcionarios, los examina, los coloca en el puesto conveniente, los tiene disciplinariamente en sus manos y es, íntegramente, el amo del servicio público, dentro del cual nace la acción de

óbligada a la reparación por obligación de daño ocasionado.

Segundo. Referir dice al respecto: "El mismo derecho Administrativo apoyado en mandatos de equidad estima que el particular perjudicado con un acto legal de la Administración, sea indemnizado. Esta situación crea el deber de indemnizar.(1)"

No se puede censurar al funcionario o agente de la Administración que ha actuado en cumplimiento de un mandato legal y no obstante su actuación ha originado un perjuicio al patrimonio particular.

Transcribí a continuación los diversos principios fundamentales que se han concebido en torno a esta "obligación de indemnizar", que la doctrina ha considerado como un principio general de derecho:

a-El principio de la equidad de Mayer y Berthelony. La equidad es la propia justicia en su más alta expresión; una ley equitativa es una ley justa.

b-El principio del daño o sacrificio especial. Tesis expuesta por León Daguít y posteriormente sostenida por Gastón Jáze. Se apoya en la igualdad de los particulares ante las cargas públicas.

c-El principio de la lesión de García de Enterría. La concepción de lesión o daño requiere un perjuicio materialmente -evaluable, que no existan causas de justificación en cuanto a su producción respecto al propietario lesionado y la posibilidad de atribuir el daño a tercera persona.

(18) SERRA ROJAS, Andrés. Ob.cit.Fág.1260.

3.-El principio del enriquecimiento indebido. Ninguna persona está autorizada para enriquecerse ilegalmente a costa de los demás. Cuando el Estado al desarrollar sus actividades, logra un aumento en el patrimonio público, a costa de un perjuicio particular, se puede decir que se está enriqueciendo indebidamente y debe indemnizar el daño ocasionado.

Una de las consecuencias de la vida moderna es el origen de la intervención estatal a través de los servicios públicos y actividades para desarrollarlos, de los cuales pueden surgir múltiples perjuicios a los administrados, los cuales ameritan de parte del Estado indemnizaciones convenientes y justas.

Finalmente apoyo la tesis que sostiene que por economía procesal, de tiempo y de dinero, el damnificado debe iniciar la acción de indemnización a que tiene derecho, directamente contra el Estado, conforme lo postula la doctrina más avanzada, sin necesidad de establecer previamente que el daño no ha sido ocasionado por culpa, negligencia o falta personal del agente o funcionario, lo cual da lugar a una comprobación posterior.

a.- EN EL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO.

Es necesario delimitar el ámbito en el cual el Estado desenvuelve su actividad, a veces actúa en el campo del derecho privado, a veces en el del derecho público. La doctrina generalmente aceptada en la actualidad para diferenciar estos derechos, es la denominada "Teoría de la naturaleza de la relación" que -

sostiene que el criterio diferencial debe buscarse en la naturaleza de las relaciones que las normas de ambos derechos establecen.

Los preceptos del derecho pueden crear entre las personas a quienes se aplican, relaciones de coordinación y de subordinación.

Una relación jurídica es de coordinación cuando los sujetos que en ella figuran se encuentran colocados en un plano de igualdad; como ocurre, por ejemplo, cuando dos particulares celebran un contrato de mutuo o de compraventa. Pero, las relaciones de coordinación o igualdad, no sólo pueden existir entre particulares, sino entre dos órganos del Estado, o entre un particular y el Estado, cuando éste no interviene en su carácter de ente soberano.

El Estado actúa como persona de derecho privado sólo en casos excepcionales, como cuando celebra un contrato de trabajo con un particular, que origina relaciones que no eran de carácter público; entonces no se puede negar que del incumplimiento del mismo por parte del Estado, surja la obligación de la Administración para reparar el daño ocasionado.

La responsabilidad del Estado ha sido aceptada sin vacilación cuando tiene por origen la relación contractual, ya sea ésta de derecho público o privado.

b-EN EL CAMPO DEL DERECHO PUBLICO.

Los preceptos del derecho dan origen a relaciones de subordinación, cuando las personas a quienes se aplican no están -

consideradas como jurídicamente iguales, es decir, cuando en la relación intervienen el Estado, en su carácter de entidad soberana, y un particular. La relación es de derecho público si se establece entre un particular y el Estado o si los sujetos de la misma son dos órganos del poder público o dos Estados soberanos.

La responsabilidad del Estado es innegable cuando proviene de la celebración de un contrato, pues el ente público está obligado a respetar las cláusulas del mismo; el problema surge con la responsabilidad extracontractual, sobre la cual se han vertido múltiples opiniones, unas reconociendo dicha responsabilidad, otras negándola, pero consecuente con el principio de justicia y equidad, en la actualidad ya no se concibe el Estado irresponsable, pues es necesario que alguien responda de los perjuicios ocasionados a los particulares por la actividad estatal, no importando que esta actividad sea extracontractual; ¿quién mejor para responder por los perjuicios causados, que el ente infractor, es decir el Estado, el cual debe repararlos directamente.

El efecto primordial de la responsabilidad del Estado, es la de reparar los perjuicios derivados de su actividad, por medio de una indemnización pecuniaria, la cual puede sustituirse cuando esto sea posible, por una reparación específica, como por ejemplo la revocación de un acuerdo o su modificación, el cual es generador del perjuicio, entonces puede renunciarse al

resarcimiento económico en la parte correspondiente y solicitar, el cumplimiento en forma específica, mediante la eliminación o modificación del acuerdo que ha causado o pueda causar lesión, daño o perjuicio, de la esfera jurídica del particular interesado.

El efecto de la responsabilidad, dice Alessi, es el deber de resarcimiento por el daño ocasionado. El de resarcimiento es un concepto complejo que comprende esencialmente dos sanciones distintas: la restitución en forma específica (con remoción del estado de cosas creado por el hecho dañoso) y el resarcimiento verdadero y propio en forma de resarcimiento económico y pecuniario. En el derecho privado se aplica el primero - hasta donde sea posible, recurriéndose al segundo únicamente en caso de insuficiencia o imposible aplicación del primero. En cambio, en el derecho público, tratándose de la Administración Pública, no se admite una restitución en forma específica si no se reduce simplemente a una obligación pecuniaria, de modo que el resarcimiento del dolo no puede ser más que el resarcimiento económico. El resarcimiento pecuniario debe consistir en la atribución de un valor pecuniario que llene el vacío formado en el patrimonio del perjudicado, de forma que dicho patrimonio quede en igual situación a aquélla en que se habría encontrado de no haberse producido la lesión de su derecho. Se lleva a cabo normalmente en dinero, que aquí viene a ser la medida de valores y no medio de cambio. El resarcimiento en do-

la pecuniaria no pierde, por el hecho de ser el único posible, su carácter sustitutivo, de forma que no afecta el derecho del perjudicado a una reparación específica cuando ésta aparezca - como posible".(19)

B-RESPONSABILIDAD INDIRECTA O CULPOSA.

La responsabilidad indirecta o culposa del Estado surge cuando los funcionarios administrativos realizan un acto con extralimitación legal. Como cuando se ordena arbitrariamente la demolición de una propiedad particular, se viole el secreto de una carta confiada al correo o se destituya sin los debidos requisitos a un funcionario o agente de la Administración. En todos estos casos no se produjo el daño en virtud del interés público con autorización legal, se trata principalmente de daños ocasionados por la laxareia, negligencia, ignorancia o de lo del agente público, el cual no ajustó su conducta a las prescripciones legales, a las tradiciones administrativas o a la enseñanzas de la técnica. Estos no son más que casos de responsabilidad culposa. Entonces surge la pregunta: ¿quién responderá de estos daños?

Los particulares que han sufrido algún perjuicio por la actividad indebida de los funcionarios públicos, tienen el derecho de exigir al Estado la indemnización correspondiente.

"La responsabilidad indirecta del Estado, anota Serra Llagas, se inspiró originariamente en los principios del derecho

(19) ALESSI, Renato. "INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO". 3a. ed. t. II. Bosch, Barcelona, Pág.532.

privado, en el capítulo relativo a la responsabilidad por culpa del tercero y de carácter subsidiario. La fundamentación de esta tesis la encuentran los en el cuasi delito, en la falta que cometen determinadas personas en la vigilancia o en la elección de otras que estén bajo su custodia o su responsabilidad. El Estado debe responder por sus funcionarios, ya que debe tomar todas las precauciones para el funcionamiento normal de los servicios públicos".(20)

El ente público es una mera abstracción, que logra el cumplimiento de sus fines y desarrollo de sus facultades mediante las personas físicas que actúan por cuenta de él, las cuales - anteriormente eran consideradas como "comisionados" de la Administración y ligados a la misma por una relación de "mandato" de Derecho Privado, que para el Código Civil era fuente de una responsabilidad indirecta del comitente. En otros tiempos, la doctrina civilista consideró la responsabilidad indirecta del Estado, basada en una presunción de culpa, lo que originó la inadmisibilidad de una responsabilidad indirecta de la entidad estatal, en base a la argumentación de que la Administración elige y controla a sus propios funcionarios.

La doctrina moderna ha ido abandonando la idea de la responsabilidad indirecta, pues no es una relación jurídica de representación la que une a la Administración Pública con sus funcionarios. Estos no son entes extraños o ajenos a la Admi-

(20) SERRA ROJAS, Andrés. Ob. cit. pág. 1262.

nistración, sino que forman parte de la misma como órganos. La doctrina organicista, de la cual hice un breve análisis en el capítulo anterior, ha prestado una gran ayuda en este aspecto. La corporación es una persona colectiva real, capaz no sólo de percibir, sino también de voluntad y de acción. Esta persona colectiva quiere y obra mediante sus órganos.

Mi criterio es favorable a la doctrina moderna, que niega la impecabilidad absoluta del Estado y que reconoce la realidad de nuestros tiempos, al concebir que el Estado es susceptible de cometer faltas, tanto en la elección o vigilancia de sus funcionarios, como en la organización de sus servicios. Estimo que la existencia del moderno Estado de derecho abona el principio de la responsabilidad directa del mismo por sus actos, ya sean éstos de autoridad o de gestión.

La responsabilidad del Estado comprende la de todos los organismos que ejercen el poder a nombre de él, es decir, de todos los organismos de descentralización, bien sea territorial o por servicio, los cuales son meros delegatarios del Estado o más precisamente, manifestaciones de la actividad de la Administración misma.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

RESPONSABILIDAD EN EL PLANO INTERNACIONAL.

La responsabilidad internacional de los Estados plantea un problema de honda gravitación en nuestros tiempos, por lo que he creído conveniente referirme brevemente a ella, aunque no corresponda al carácter de este "trabajo", pues la complejidad de las relaciones entre los Estados, el desarrollo extraordinario de la Organización de las Naciones Unidas y de los organismos internacionales en general, es fuente creadora de numerosas responsabilidades para unos y otros. "La más importante de esas responsabilidades, expresa Serra Rojas, es la que se origina por el empleo de la energía atómica".(21)

Bielsa, reconoce la existencia de esa responsabilidad internacional, limitando su estudio a la esfera del Derecho Internacional y dice al respecto: "El régimen jurídico de la responsabilidad internacional del Estado, no es materia del Derecho Administrativo, sino del Derecho Internacional Público, - por lo que es en los textos positivos y doctrinarios de ese derecho en donde debe examinarse esta cuestión. Sin embargo, la actividad administrativa puede generar tal responsabilidad". (22)

(21) SERRA ROJAS, Andrés. Ob.cit. Pág. 1270.

(22) BIELSA, Rafael. "DERECHO ADMINISTRATIVO". t.I. 3a. ed. Libreros y Editores. Buenos Aires. 1937. Pág.559.

La responsabilidad del Estado es un asunto en el que también confluyen el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional Público y su consecuencia no se puede negar la existencia de un Derecho Administrativo Internacional, ni la responsabilidad derivada de las relaciones internacionales de los Estados, y como bien dice Serra Rojas, "El Derecho Administrativo Internacional ha venido extendiendo en forma muy importante el campo de la responsabilidad internacional del Estado".(23)

Así como la concepción de la soberanía interna del Estado, demoró en reconocer la defensa de los derechos e intereses de los administrados frente a la Administración que los perjudicaba, de la misma manera la noción de la soberanía exterior e internacional, en el sentido absoluto, fué un grave obstáculo para la vida de las relaciones interestatales.

El afán de plena autonomía de los Estados se resistía a asumir obligaciones o deberes como contrapartida de los derechos que invocaban. El aislamiento en que vivían las naciones en el pasado y la autarquía perseguida y sostenida con vehemencia por algunas Grandes Potencias, les permitió subsistir fuera de un régimen de responsabilidad; eso sí, con el riesgo siempre presente de liquidar sus diferencias con el uso de las armas.

La noción de "responsabilidad internacional del Estado" - se concretó a fines del siglo XIX, pero esto no significa que

(23) SERRA ROJAS, Andrés. Ob.cit.Pág.1269.

con anterioridad los Estados no habrían tenido necesidad de reparar en él como un fin en sí mismo, si no el problema se dilucidaba, con otros criterios. Roberto Costá, citado por María Graciela Reiriz (24), señala los diversos sistemas por medio de los cuales se encaraban en el pasado dichas cuestiones y que la referida autora con bastante claridad los ha clasificado en etapas cronológicas, las que creo conveniente citar textualmente para no variar el sentido de ellas:

1-Sistema de la represalia o del derecho de retomar, empleado por los soberanos desde fines de la Edad Media y que ejercían por sí o por intermedio de sus propios súbditos, a quienes otorgaban "cartas de represalia".

2-Reglamentación del derecho de represalia. Reacción, en los siglos XVII y XVIII, contra los abusos de la etapa anterior. A ésta corresponde la acción doctrinaria de Grocio, entre otros, que elaboró la fórmula de la "denegación de justicia".

3-Derecho de intervención. Desde el primer tercio del siglo XIX, comienza a emplearse el gran instrumento de la Santa Alianza ya no sólo para restaurar a los monarcas desposeídos, sino también para obtener ventajas políticas y económicas. Coincide con el auge de la política imperialista colonial y se emplea en gran escala contra el continente americano (1830 - 1860).

(24) REIRIZ, María Graciela. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. BUENOS AIRES. 1959. Pág.143.

4-Intervención diplomática. Aunque es un procedimiento menos violento que el anterior, a los se prestaron a graves abusos en el siglo XIX, de los que fueron tristes exponentes el célebre caso de "Davis Pacifico" y las intervenciones en México y Venezuela".

Es necesario, pues, llegar a las postrimerías del siglo - XIX, para presenciar el nacimiento de una nueva noción jurídica, cual es: la responsabilidad del Estado.

Los principios sobre responsabilidad del Estado una vez desarrollados y completados en sus múltiples aspectos, tendrían por efecto prevenir mejor el incumplimiento de las obligaciones internacionales, y por consiguiente, garantizar el imperio del Derecho Internacional y la paz mundial. Por eso se han renovado incesantemente los esfuerzos para codificar esta materia. Esfuerzos que se materializaron en el organismo rector de estas cuestiones, es decir, la Organización de las Naciones Unidas, (ONU), en donde existe una Comisión de Derecho Internacional, cuya labor pendiente es la de codificar los principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad de los Estados, en el plano internacional.

3-ALCANCES E EFECTOS DEL DERECHO ILÍCITO INTERNACIONAL.

Desdavant, dice María Graciela Reiriz, es el autor de una definición que resume la teoría tradicional en la materia: "La responsabilidad internacional es una institución jurídica en -

virtud de la cual todo Estado, al que sea imputable un acto - que el Derecho Internacional reputa ilícito, debe una reparación al Estado en cuyo servicio se haya realizado dicho acto. (25)

En general, la responsabilidad internacional del Estado, supone la concurrencia de los siguientes elementos, destacados en la definición anterior:

1-La transgresión de una norma de Derecho Internacional, es decir, un hecho ilícito según el Derecho Internacional, que puede ser imputado a un Estado y por el cual ha sufrido perjuicio otro Estado.

2-La obligación de reparar, que es consecuencia de esa imputación.

3-La existencia, por lo tanto, de una relación de Estado a Estado.

La teoría tradicional examinaba sólo los hechos lesivos que afectan a las personas privadas de nacionalidad extranjera, no importándole si provenían de la acción u omisión de los órganos del Estado o de hechos ilícitos de sus habitantes en determinadas condiciones. Actos o hechos que constituyen en definitiva, sólo una parte de las múltiples situaciones que generan responsabilidad internacional, si bien han sido las que más frecuentemente han llegado a las esferas internacionales.

Va prevaleciendo en la doctrina y en la práctica el concepto de que el hecho ilícito internacional está constituido

(25) FERRIZ, María Encicla. Ob.cit.Pág.145.

por toda infracción a una obligación jurídica impuesta por una norma del Derecho Internacional, sea ésta consuetudinaria o convencional.

Al darle todo el contenido que corresponde al "hecho ilícito internacional", el concepto de responsabilidad cubre una multiplicidad de supuestos, que a manera de ejemplos transcribiré a continuación:

1er. supuesto: Un Estado viola las estipulaciones de un tratado vigente con otro Estado, cualquiera que sea su naturaleza u objeto, produciéndole un perjuicio al segundo, con abstracción de posibles daños a particulares (estamos en presencia de una responsabilidad del Estado).

2do. supuesto: Un Estado lesiona la integridad moral, política, jurídica o patrimonial de otro Estado, violando así las obligaciones internacionales que rigen en la vida de relación entre los Estados. El Derecho Internacional General (reservas consuetudinarias y principios generales del Derecho) determina deberes de respeto mutuo entre los Estados, cuya infracción genera responsabilidad internacional extracontractual.

3er. supuesto: Un Estado viola las estipulaciones de un tratado vigente con otro Estado, pero aquí dicha violación no agrediría daños al Estado en sí, sino a la persona o bienes de algunos nacionales.

4o. supuesto: Por analogía con los tratados, el incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que en contra-

los hubiere contratado o concesiones otorgadas a particulares extranjeros, comporta un hecho ilegal que origina directa e inmediatamente la responsabilidad internacional por violación del principio "pacta sunt servanda".

Lo supuesto. Es similar al segundo, para la violación de las normas del Derecho Internacional no aparejarían daños al otro Estado en sí, sino a la persona o bienes de algunos de sus nacionales.

a violación de las obligaciones a que se someten los Estados y que se incorporan en los tratados o convenios internacionales generan responsabilidad al Estado infractor. La discusión se plantea en torno a si esta responsabilidad es contractual o extracontractual. Dicha distinción no aparejaría consecuencias importantes en la práctica. Pero en doctrina es necesario mantener una diferencia entre esos dos tipos de responsabilidad, fundando la de naturaleza contractual en la violación de un tratado-contrato; en cambio la extracontractual proveniría de la transgresión de una norma consuetudinaria, de un principio general o de un tratado normativo (o tratado-ley).

Siendo el hecho ilícito internacional, el eje en torno al cual gira la teoría de la Responsabilidad Internacional de los Estados, me referiré sucintamente a los elementos que lo constituyen y que suelen clasificarse en: objetivo y subjetivo.

a-ELEMENTO OBJETIVO.

"El elemento objetivo, anota María Graciela Reiriz, es la acción u omisión que asume diferentes caracteres según sea el

órganos estatales del cual deriva (constituyente, legislativo, ejecutivo o judicial).⁽²⁶⁾

En todos esos actos u omisiones guardarán algún denominador común, que creo conveniente señalar:

1-El hecho ilícito internacional se produce aunque el acto sea ilícito de acuerdo con el derecho interno del Estado que lo realizó.

La obligatoriedad de una ley opuesta al Derecho Internacional sólo puede tener efectos internos. Por lo tanto, una medida prohibida por el Derecho Internacional Convencional o Consuetudinario no queda legitimada por el solo hecho de que el Estado interesado la aplique, también, a sus propios súbditos.

2-El problema del abuso del Derecho. En este caso ya no se trata de un hecho ilícito internacional, sino del ejercicio de un derecho reconocido por el Derecho Internacional. Pero por su ejercicio arbitrario, ocasiona perjuicios a otro u otros Estados, que constituyen en definitiva un abuso de derecho, capaz de generar responsabilidad internacional.

3-Necesidad de que se produzca un accedimiento exterior o daño. Existen que existir actos concretos de ejecución que causen un daño, aunque éste puede no tener un contenido económico.

b-ELEMENTO SUBJETIVO.

El sujeto tradicional de la responsabilidad internacional

(26) REIRIZ, María Graciela. Ob.cit.Pág.149.

es el Estado y dentro del elemento subjetivo del hecho ilícito internacional suele considerarse el problema de su imputación a dicho sujeto.

"Imputabilidad, dice María Graciela Reiriz, es la condición que determina la responsabilidad de una persona jurídica, independientemente del hecho que sea un tercero el autor del daño que eventualmente origina esa responsabilidad. Como consecuencia, es posible imputar el hecho ilícito a una persona y, al mismo tiempo, imputarle la responsabilidad a otra".(27)

Esto viene a explicar la teoría de la responsabilidad indirecta de la Administración que ha tenido una gran aplicación en el ámbito de la responsabilidad estatal, la actividad del Estado se desenvuelve en actividades de sus funcionarios o agentes. Luego, ha sido necesario caracterizar las condiciones que deben reunir los actos de éstos últimos para que puedan ser atribuidos al Estado generando su responsabilidad. Y, en tal sentido, se ha distinguido la responsabilidad directa e indirecta del Estado.

(27) REIRIZ, María Graciela. Ob.cit.Pág.153.

CAPITULO VI

FUNDAMENTO JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS
DIVERSOS ACTOS DE DERECHO PUBLICO

Los actos o manifestaciones positivas del Poder Público, de conformidad con el principio fundamental de la división de los poderes, se traduce en tres funciones públicas genéricas, que son: la legislativa, la judicial y la ejecutiva o administrativa.

Van dirigidos mis esfuerzos en este capítulo, al estudio de la responsabilidad de la Administración Pública, derivada del ejercicio de esas funciones, es decir, al examen de las situaciones creadas por el Estado-legislador y el Estado-juez, sin dejar a un lado los actos administrativos.

a-ACTOS LEGISLATIVOS.

Se ha generalizado la idea de que las asambleas que ejercen el Poder Legislativo, son soberanas y que por lo tanto pueden hacer todo lo que quieran.

"El legislador, dice Altamira, a diferencia del juez y del administrador, no está colocado por debajo de la ley y obligado, como consecuencia, a acatar sus preceptos, sino por el contrario, está por encima de la ley; sus funciones como poder son siempre legales y, por consiguiente, de acuerdo a este principio el Poder Legislativo, considerado como representante auténtico de la

voluntad popular, de la soberanía, no tendría otro freno que la Constitución; aún esta valla es un impedimento relativo, pues el legislador puede crear leyes inconstitucionales y tiene en este caso, como única sanción, el que sea declaradas tales por el Poder Judicial, pero se plantea un caso concreto y solo a instancia de parte interesada, jamás de oficio. Las facultades del legislador son tan amplias que no sólo puede crear derechos, sino que puede también dejar sin efecto los adquiridos, si un principio de interés general o de orden público lo requiere".(28)

Sin embargo, son muchos los casos en que el legislador, al ejercer sus funciones específicas, ocasiona serios daños a los particulares, hasta el punto de causarles graves perjuicios económicos. Ello ocurre sobre todo cuando se declara de utilidad pública una actividad privada o se prohíben otras que hasta entonces eran consideradas lícitas. Así como también, cuando de conformidad al Art.142 de nuestra Constitución Política, se establece legalmente un monopolio a favor del Estado o de un Municipio, por considerarse que dicho establecimiento es de interés social.

Se plantea, entonces la pregunta: Debe el Estado indemnizar los daños producidos por la nueva ley?

Tres son las situaciones que pueden presentarse: 1.-Que el propio legislador en la misma ley fije la indemnización; 2.-Que nada diga con respecto a la indemnización; 3.-Que expresamente -

(28) ALTAMIRA, Pedro Guillermo. Ob.cit.Pág.118.

niegue la reparación.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia son contradictorias, según los países, para resolver las dos últimas situaciones planteadas. Así por ejemplo, en Francia, hasta hace poco tiempo, predominaba la tesis de la irresponsabilidad del Estado por el acto legislativo. Se sostenía que en ningún caso podía derivar responsabilidad a consecuencia de la aplicación de una ley, aunque ocasiona perjuicios, que únicamente el legislador podía acordar indemnización en esos casos. Pero actualmente, la jurisprudencia y doctrina francesas han admitido que cuando una ley beneficia a la colectividad y simultáneamente origina perjuicios a unos pocos, corresponde indemnizar, pues la injusticia es evidente; se funda generalmente en el principio del "enriquecimiento injusto".

Duguit, apoya la tesis de la responsabilidad diciendo: "si el Estado es asegurador frente a los administrados de todos los riesgos que resulten de su actividad general, ese seguro debe cubrir el riesgo resultante de la aplicación de la ley".(29)

En nuestro país, conforme al Art.138 de la Constitución Política, se reconoce el derecho a la indemnización previa que tienen los administrados cuando han sido expropiados sus bienes por causas de utilidad pública o de interés social. Y al seguir el procedimiento fijado para la expropiación, administrativamente se otorga la indemnización y se acuerda el monto de la misma pu-

(29) DUGUIT, León. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PUBLICO. Pág.318.

diendo en caso de disconformidad recurrir a los tribunales ordinarios para la fijación del monto indemnizatorio; pues se incurre en injusticias, cuando el legislador fija el monto de la indemnización y no se adecúa al valor real del bien. En este caso el juez, o el arbitador, tiene atribuciones para fijar una justa indemnización con arreglo al mandato constitucional. Cuando la ley deja librado al juez el monto de la indemnización y sólo reconoce el derecho a indemnizar, procede correctamente, pues el legislador debe resolver los casos en general y en cambio los jueces deben aplicar la ley en casos concretos, fijando el monto en cada situación. El Estado es responsable de esa indemnización.

La representación del pueblo que se atribuye a las Asambleas Legislativas, el principio de la supremacía de la ley y el concepto de la subordinación de los intereses privados y los intereses públicos, son argumentos que excluyen a la executive de la responsabilidad estatal por los actos legislativos, concretamente a las leyes que afectan perjuicios a una o más personas privadas; en efecto, LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, con ocasión de esos actos legislativos, ha inspirado largamente la economía jurídica universal. Tal tendencia se amparaba especialmente al carácter soberano, creador del Derecho, que tienen los organismos legislativos, sobre los cuales no puede imponerse un poder ni una voluntad normativa superior. Pero por contrapartida, los derechos adquiridos en virtud de una ley anterior no pueden ser desconocidos por una norma posterior, si se quiere respetar el principio

principio de la irretroactividad de la ley, estableciendo en nuestro Código Civil (Art. 9^o). Por embargo, en el caso que no solamente se exigen leyes que valieron derechos adquiridos, en virtud de leyes preexistentes, sino que también, la Asamblea, en muchos casos puede dictar normas arbitrarias e injustas.

En el primer supuesto, esto es, cuando las normas recientes perjudican derechos individuales adquiridos de conformidad a leyes preexistentes, la doctrina y la práctica se han mostrado temerosas, variables y vacilantes. El maestro Duguit, juzga que "cuando la nueva ley tiende a subsistir una norma perjudicial, antijurídica o nociva para la colectividad, los intereses privados afectados no deben ser indemnizados; pero que lo deben ser prácticamente en el caso de que el perjuicio derive no ya de la suspensión de cierta actividad contraria al derecho o de las conveniencias generales sino por el propósito del legislador de organizar esa actividad con el carácter de servicio público, mediante el procedimiento de la estatización". (30)

La legislación francesa, en este orden y en ambos casos, ha sido cautelosa al establecer plazos más o menos largos para la aplicación de la ley nueva a fin de neutralizar o, por lo menos, disminuir el perjuicio y, de tal manera evitar la responsabilidad del Estado. Otras legislaciones han optado por la forma de indemnización en el caso de que ciertos capitales perjudicados por la nueva ley, sufran grandes quebrantos por la -

(30) DUGUIT, Leon. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PUBLICO.
pág. 320.

implantación de ella; así por ejemplo, la disposición federal Suiza de 1910, que prohibió la fabricación y la venta de ajojo. En cambio cuando las nuevas leyes son arbitrarias o injustas, concretamente cuando son contrarias a la Constitución, queda el recurso de pedir al Poder Judicial que sean declaradas inconstitucionales, precisamente a instancia de la parte perjudicada. Pero tal declaración, que como sabemos se aplica solamente al caso particular que se juzga, no lleva consigo la obligación de la responsabilidad para la Asamblea, seguramente debido a la arraigada supremacía que en el concepto clásico tienen los organismos legislativos, creadores de la ley y cuyos miembros, gustan presentarse como los intérpretes de la voluntad popular nacional y sobre todo soberana, lo que no es otra cosa que simples palabras.

Actualmente, la mayor parte de la doctrina admite la responsabilidad del Estado por el acto legislativo y en abono de esa afirmación, dice Serra Rojas: "La responsabilidad del Estado-legislador se establece cuando el Poder Legislativo expide leyes inconstitucionales o leyes fuera de su competencia, o leyes que ocasionen perjuicios indebidos a los particulares. En todos esos casos el particular tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que le ocasiona la indebida aplicación de una ley. Este principio de responsabilidad legislativa sólo puede aplicarse fundado en una adecuada reglamentación".(31)

(31) SERRA ROJAS, Andrés. Ob.cit.Fág.1269.

Uno de los obstáculos más serios para admitir la responsabilidad por los actos legislativos, ha sido el reconocimiento clásico o tradicional del principio de soberanía; pero la impugnación de ese concepto en las nuevas modalidades del derecho moderno, vienen dando paso a la admisión de la responsabilidad del Estado legislador.

b-ACTOS JUDICIALES.

La responsabilidad del Estado por el acto judicial es uno de los problemas que han sido arduamente discutidos y hasta hoy la opinión es en el sentido de la irresponsabilidad de los miembros del Poder Judicial, fundada en el principio de la autoridad de la cosa juzgada, no obstante en los casos en que hay falta personal del juez, como cuando comete prevaricato, indudablemente no se puede negar que es responsable, ya sea civil, penal o administrativamente.

La actividad injusta y arbitraria de los funcionarios judiciales, no obliga a la Administración, sino a ellos mismos. "Las resoluciones de un Tribunal, manifiesta Bielsa, pueden ser injustas y arbitrarias, y no lo son cuando se apartan abiertamente de la ley. Un acto de tal naturaleza entraña, desde luego, responsabilidad para el funcionario judicial que lo ejecuta; en consecuencia, las leyes penales y civiles sancionan penas para el funcionario y le obligan a indemnizar los daños causados por esos actos arbitrarios e injustos. Es decir, la responsabilidad y la sanción son puramente personales; alcan-

zan al magistrado, pero no al poder público, o sea, que no obligan al Estado".(32)

Pero los agentes de los órganos jurisdiccionales pueden causar perjuicios o daños a los particulares, cuando resuelvan las cuestiones contradictorias sometidas a su juzgamiento. En tal caso es presumible que los mencionados agentes, sean responsables por los daños causados, emergentes de la mala aplicación de la ley o de su inobservancia a los principios de la equidad y la justicia o que en defecto de ellos, el Estado cargue con la reparación consiguiente. Este criterio, sin embargo, no tiene antigua data ni siquiera plena aceptación en la teoría o en la práctica. La mentalidad civilista, profundamente arraigada en la generalidad de las legislaciones, enfrente a la responsabilidad de los funcionarios judiciales las presunciones legales de que el juez no puede ignorar el derecho (*iura novit curia*), y de la autoridad de la cosa juzgada, que se tiene que dar por verdadera (*res iudicata pro veritate habetur*), y aún más: es presunción *iuris et de iure*.

De esta manera, las legislaciones clásicas pusieron una aureola de santidad e infabilidad en torno a los magistrados y a los jueces, desconociendo las reales limitaciones del espíritu humano y pretendiendo practicar una artificiosa distinción entre los agentes administrativos y los agentes jurisdiccionales. Tal distinción fué criticada por Duguit, diciendo: "unos y otros son solamente "agentes de ejecución" y que si los pri-

(32) BIELSA, Rafael. Ob. cit. Pág. 541.

casos de "errores" de "vicio de la ley" en las resoluciones del Estado se puede observar en el artículo 11 de la Ley Orgánica Judicial, en las leyes de la Justicia (33). A ese criterio puede agregarse una observación más: la mecánica de la prueba en el procedimiento tradicional se basa al error no culpable del juzgador es más discrecional y riesgo que en el caso de la actuación administrativa, dentro de la cual el procedimiento inquisitivo y la libre apreciación de la prueba ponen a cubierto del error, en mejor forma a los titulares de los órganos administrativos, precisamente porque el procedimiento no se sujeta al fatalismo de la prueba muchas veces engañosa y aritméticamente tasada.

En lo que hace el principio de la autoridad de la cosa juzgada, considero que no se opone a las exigencias de la responsabilidad; los funcionarios judiciales, en el caso de la culpa personal típica, específicamente en el delito de prevaricato, serán responsables directos. Pero el Estado tampoco podrá dejar de serle frente a las víctimas de los errores judiciales, es decir, cuando el caso no es personalmente imputable a los juzgadores. Aún, si existe culpa personal, a el juicio el Estado deberá ser sujeto subsidiario de la responsabilidad.

Cuando se condena a un inocente, es evidente que hay error judicial, aun en el supuesto de que el juez haya actuado con imparcialidad, poniendo toda su capacidad y su conocimiento al servicio de la justicia y al dictar sentencia, no obstante estar plenamente convencido de que condenaba al autor del delito, no-

(33) DUGHIT, León. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PUBLICO. Pág.321.

* primordialmente en determinar que la persona condenada era inocente; en este caso los daños que se se sufren a la víctima, no sólo son de carácter económico (cesación del negocio, de su profesión, pérdida del empleo o de los derechos inherentes a él, gastos de juicio, etc.), sino también, y en mayor grado, morales (el inocente que se ve vilipendiado padece de abatimiento muy grande en su familia y ésta, a su vez, ante los vecinos y la sociedad). Estos daños, creo, deben ser indemnizados por el Estado.

Es necesario para que nazca la responsabilidad del Estado y la consecuente indemnización, probar no sólo la existencia del daño sino también el nexo de causalidad entre éste y el órgano juzgador. Y como muy bien sostiene Bielsa: "en un sistema integral de justicia el Estado no debe dejar sin reparación los sacrificios individuales injustamente impuestos. Si bien es cierto, el Estado no responde (en el sentido propio del concepto de responsabilidad) de sus actos jurisdiccionales, debe garantizar la integridad de la justicia que él administra".(34) Lamentablemente, en nuestro país no existen en el orden nacional, normas que en forma clara y terminante estatuyan la indemnización para la víctima y sus familiares, de los errores judiciales.

e-ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Para proseguir con el tema, habría que diferenciar previamente los actos de gestión pública y los actos de autoridad. El

(34) BIELSA, Rafael. Ob.cit. Pág. 543.

primer grupo corresponderían los actos administrativos referentes a los servicios públicos, reglados por naturaleza y que asumen un carácter mixto de gestión y de autoridad. En el segundo grupo, a cambio, se acondicionarían los que significan puramente "actos públicos" y "autoridad", es decir, el ejercicio del "imperium" que se expresan particularmente en las facultades discretional propias de la Administración Pública. En ambos supuestos y especialmente en el último, el problema de la responsabilidad del Estado se torna de solución compleja.

En efecto tratándose de los actos de gestión pública surten dos hipótesis: 1) que exista un contrato, caso en el cual la Administración deberá someterse a sus previsiones en lo que digan respecto a la responsabilidad; 2) que no exista convención contractual, tratándose más bien de un caso imprevisto. Es en esta segunda hipótesis, precisamente que surge la dificultad y se enciende en toda su intensidad el argumento contrario a la soberanía formulado por el profesor Duguit, quien dice: "Ver el Estado soberano quien crea el derecho, y siendo así no puede admitir que sea responsable. En la concepción tradicional la responsabilidad implica una violación del derecho; y quien crea el derecho por un acto de su voluntad soberana, no puede violarla".(35)

Se ha respondido con acierto que soberanía y responsabilidad no son términos excluyentes y que la soberanía de manera alguna puede justificar una impunidad, sino simplemente constituir -

(35) DUGUIT, León. "LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PUBLICO". Pág.308.

la independencia y responsabilidad de la voluntad pública respecto a otras voluntades, pero nunca respecto a la voluntad del Derecho mismo que es la expresión más elevada de la soberanía y a cuyas normas debe obedecer tanto los ciudadanos como los órganos del Estado.

Con ese fundamento se admite hoy, en criterio de los más autorizados publicistas, la efectiva responsabilidad del Estado derivada de los actos de gestión pública, exista o no contrato, aunque en un comienzo, condicionándola a ciertos requisitos conformadores que, ya han perdido vigencia en la doctrina.

En lo que concierne a los actos puros de autoridad discrecionales o de imperio, el caso fué aún más complejo y debatido por implicar y comprometer en todo su absolutismo y magnitud, el concepto clásico acerca de la soberanía del Estado. De otro lado en el orden práctico se abrió la interrogante respecto si la responsabilidad debía recaer sobre el Estado directamente, o por el contrario, sobre sus representantes o agentes.

Bielsa, al considerar el problema desde el punto de vista de la teoría del órgano, expresa: "La Administración Pública es una forma de actividad del Estado, esto es, emanada de una entidad abstracta (de existencia incorporal); en consecuencia sólo puede realizar sus funciones mediante agentes u órganos vivos - (funcionarios o empleados). Mas brevemente, la acción de la Administración Pública, como acción del Estado, se traduce en actos de funcionarios".(36)

(36) BIELSA, Rafael. Ob.cit.Pág.545.

Como de conformidad a la doctrina clásica, la personalidad del Estado es distinta a la de sus agentes, aquél en principio no sería responsable de los actos imputables a estos últimos. Sin embargo, las corrientes modernas del Derecho, al sustituir ese concepto clásico con el que entiende a la Administración Pública como un organismo, cuyas partes integrantes se hallan representadas físicamente por los agentes administrativos, proclaman que lo que éstos hacen importa la voluntad y la acción del Estado mismo. Esto, por consecuencia, queda vinculado a la responsabilidad, salvo el caso de que el agente hubiese actuado por su cuenta, movido por su interés personal, extralimitándose de sus facultades e abusando de sus atribuciones. La responsabilidad de la Administración por los actos de sus funcionarios precede siempre que se haya causado un daño ilícito y hayan sido ejecutados en ejercicio de sus funciones, esto es, cuando el servicio público ha funcionado mal.

No se crea que esta solución es aceptada por todos y que se halla al margen de las discusiones doctrinales. En realidad es reciente y poco aplicada en la práctica; pues ahora mismo algunos criterios teóricos y muchas legislaciones se aferran al concepto clásico de que el Estado es responsable del perjuicio causado por los actos de gestión y en principio no lo es del perjuicio causado por un acto del Poder Público o de autoridad; no lo es más que cuando la ley expresamente dicta su responsabilidad.

CAPITULO VAI

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD

El fundamento jurídico de la responsabilidad de la Administración Pública, debe hallarse alasmada expresamente a lo largo de la Ley Fundamental, sin perjuicio de que en un momento dado, también en forma expresa, la puedan consagrar algunas leyes especiales, para que esa fundamentación, además de bases doctrinarias, tenga también fundamentos legales, que vengan en definitiva a constituir en conjunto una verdadera garantía, tanto para la sociedad como para todos sus miembros individualmente, sin distinción alguna.

El principio fundamental de la responsabilidad estatal es esencial al Estado de derecho democrático, como constitucionalmente es el nuestro; pero lamentablemente, no existe en realidad - en nuestra Constitución Política un artículo que en forma expresa establezca la responsabilidad reparatoria por el daño ocasionado por la Administración a los particulares.

El resarcimiento de los perjuicios a los Particulares se funda sobre la ofensa a los derechos adquiridos y reconocidos por la ley, por lo que creo, que aunque implícitamente, sí existen presupuestos fundamentales que consagran la reparación de esos derechos ofendidos, lo cual deduzco de las siguientes disposiciones constitucionales: el Art.150, que consagra la igual-

dad de los hombres ante la ley; el Art.137 y 135 que reconocen y garantizan la propiedad privada y la inviolabilidad de morada respectivamente y el Art.13, además de reconocer el derecho que tienen las ciudadanos a la protección de su vida, honor, libertad, trabajo, familia y vejez, establece el derecho a la indemnización por daños a las personas por los daños de carácter moral que sufran. Y quien sino el Estado es el obligado a garantizar esos derechos y otros más que se me escaparon.

Uno de los fines primordiales del Estado es perseguir el bienestar de toda la comunidad, lo que se logra al darle debido cumplimiento al Art.2 de nuestra Carta Magna, que establece la obligación estatal de asegurar a sus habitantes el bienestar económico y la justicia social; esto significa que el bienestar y la prosperidad deben reinar no sólo en la comunidad general, sino también en cada una de los individuos que son sus integrantes.

El Estado tiene la obligación de atender las necesidades de los particulares y propender al bien común, el cual crea es el fundamento de la responsabilidad del Estado, es decir, el bien de toda la comunidad, la cual en ningún momento podría encontrarse plenamente satisfecha si alguno de sus miembros o un grupo de ellos, sufiere algún perjuicio derivado de la actividad estatal y sin derecho a la justa reparación; por lo tanto es al Estado a quien corresponde indemnizar por los daños que ocasiona.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

El Código Civil contiene las disposiciones legales sustantivas que delimitan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles. Es decir, las obligaciones reguladas por la legislación civil son exclusivamente las entre particulares, de modo que estando suficientemente comprobada la existencia de las entidades públicas, con características especiales, sujetas en lo general a un derecho propio, no se ve la razón para que se les aplique, cuando obran en su carácter público, disposiciones que han sido dictadas expresamente para los particulares. Pero como teóricamente es preciso admitir la responsabilidad del Estado, no existiendo el instrumento legal destinado directamente a regularla, es preciso, por razones de técnica jurídica, hacer mena de la ley civil, pero haciendo intervenir en su interpretación al aplicarla, los principios del derecho público.

Para llegar a la conclusión de que él es responsable no hace falta la identificación del derecho que lo rige, con el derecho que ordena las relaciones entre los particulares. La ley se impone de la misma manera a gobernantes y gobernados, pero la que es aplicable a éstos como particulares, es diferente de la ley que se aplica a unos y otros, como partes de la organización estatal.

A las cuestiones de responsabilidad del Estado es aplicable la legislación civil, pero adaptándola a las nociones esenciales

del derecho público, y no porque las mencionadas disposiciones sean aplicables directamente, de pleno derecho, sino porque a falta de normas legales expresas es preciso recurrir a las que regulan materias semejantes y en este caso sólo se encuentra el Código Civil. En consecuencia, en el supuesto de que exista alguna ley especial sobre responsabilidad del Estado, debe dársele preferentemente aplicación.

La semejanza entre las situaciones que crean responsabilidad en el derecho público y en el privado es preciso utilizarlas en un sentido legal y científico, es decir, se deben aplicar las reglas del derecho civil por falta de legislación expresa sobre la materia, interpretándolas, con el criterio del derecho público.

La base para diferenciar los casos de responsabilidad es la siguiente: mientras que en los de derecho administrativo las partes que intervienen y que se encuentran enfrentadas son administrador y administrado; en los casos de derecho civil son un particular y otro particular. Cuando nace una responsabilidad a cargo del Estado es preciso que en la maquinaria estatal haya habido un funcionamiento defectuoso, mientras que cuando nace a cargo de un particular, es sólo de él de quien ha dependido el hecho, la omisión u otro causal de responsabilidad.

La responsabilidad moral, permanece en el campo individual ya que depende sólo de la conciencia, aunque para algunos trasciende al campo penal para determinar la imputabilidad de los

actos del hombre; la responsabilidad penal tiene su campo de acción dominado por la idea de defensa del orden social; la responsabilidad civil está limitada a servir como instrumento de equilibrio en el complejo de las relaciones sociales, consideradas como manifestación de las actividades de determinada individualidad frente de otra. Así se tiene que cuando se estudia la responsabilidad de la Administración Pública hay que considerar a ésta como el órgano del individuo del Estado, cuya actividad ha roto el equilibrio que debe reinar en sus relaciones con otro individuo, que puede ser de súbdito, pero a quien no tenía ningún derecho de dañar, bien sea a causa de las limitaciones naturales, o bien de las que aparecen del derecho positivo mismo.

Como se obtiene la permanencia o restauración de ese equilibrio, es muy difícil de precisar; sin embargo, ha parecido como el medio más acertado, aunque no absolutamente efectivo para todos los casos, la obligación de indemnizar originada de la responsabilidad.

DEL DAÑO.

Para que exista responsabilidad civil se necesita que se haya causado un daño.

La palabra daño no tiene una definición legal, de modo que hay que darle el sentido natural, que de acuerdo con la Academia de la Lengua, es el efecto de dañar, significando este verbo, causar menoscabo, perjuicio o dolencia. Según estos significados,

constituye daño todo detrimento que se cause a alguno, bien sea en su patrimonio o en su persona.

La necesidad de que haya un perjuicio cuando se trata de la responsabilidad civil es ya siquiera discutida. El fin que se persigue es la reparación de la lesión y sólo puede haber reparación dando algo a alguien diferente de alguna clase; la ley civil es formal a este respecto, pues los Artículos 2065 y siguientes, hablan expresamente del daño, elemento que unido a la falta hace nacer la obligación de indemnizar. Sucede aquí algo muy diferente de lo que pasa en otras especies de responsabilidad. En la moral, por ejemplo, no importa el efecto de la acción culposa, basta que se obre mal para que aparezca la correspondiente sanción sin que se mire el efecto producido y en la penal pasa algo semejante: para que haya delito teóricamente, no se necesita que la acción delictuosa tenga resultado, porque es suficiente que haya habido un principio de ejecución, que el pensamiento se haya exteriorizado.

Pero sí acerca de la necesidad del daño no hay discusión, cuando se trata de determinar cuándo existe, se presentan dos tendencias. Mientras que para uno sólo debe ser tenido en cuenta el daño material, para otros tiene cabida también el moral.

Se dice que hay daño material cuando el perjuicio sufrido afecta a una persona en su patrimonio, es decir en sus bienes económicos, entre los cuales es preciso tener en cuenta no sólo aquellos que se traducen actualmente en realidades materiales,

Una razón en contrario de trabajo, en cuanto ella constituye un hecho de tipo benéfico social. De allí que haya que admitir que cuando se la produce una disminución o aniquilación de la capacidad de trabajo, debe computarse éste como un bien patrimonial de todo que la reparación satisfaga las necesidades que con ella se atienden, no sólo las personales de quien sufre el daño físico sino también las de aquellos que de él dependen. En cambio el daño moral, consiste en el perjuicio ocasionado a alguien en los intereses que le pertenecen y que no tienen un valor económico, apreciable monetariamente; perjuicio que debe ser indemnizado de conformidad al Art.163 de nuestra Constitución Política.

Se ha discutido mucho acerca de si el daño moral da lugar a responsabilidad civil; en cuanto al material la discusión no tiene lugar. La razón de que se vean quienes se oponen a la indemnización del primero es principalmente en dificultad de apreciación, pero esta objeción carece de fuerza, ya que no es necesario que la reparación tenga que consistir precisamente en la restauración de las circunstancias existentes antes de producirse el daño. Es claro que en lo posible debe ser ese el efecto buscado, pero cuando no haya manera de obtenerlo, no puede decirse que ha cesado el derecho a la reparación. Cuando esto ocurre se puede hacer mención de un medio de procurar a la víctima satisfacciones que le compensen en algo el perjuicio sufrido. Y es como el medio ordinario de obtener esa satisfacción es mediante la

en el caso de una infracción de derecho, la indemnización se concretará a éste, la cual, si no lo contrario, debe la integridad del dolo debe ser un ganancia, en otros ocasiones habrá que calcularla por su perjuicio.

El dolo produce un daño, que produce a su vez un dolo, por lo que se debe, según el artículo 109 de la Constitución, que se conserve la integridad de la personalidad social, más aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos; y si en muchos casos es difícil determinar el "quantum" de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedarían desamparados por las leyes civiles, cuando quiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales.

El dolo de que responde el Estado debe ser especial. No todo dolo produce obligación de indemnizar en el derecho público en los mismos términos que en el derecho privado, a causa de que el fundamento racional de la responsabilidad civil del Estado es diferente del que justifica la de los particulares. Mientras que ésta se funda en la justicia conmutativa y ninguno tiene derecho a causar perjuicio a otro, aquella tiene su base en la justicia distributiva y en la social, de modo que sólo en el caso de que en la actuación dañina se haya violado éstas, tendrá lugar la responsabilidad. El Estado en el ejercicio de sus derechos puede muchas veces afectar los derechos de los particulares, por

el ser afectado es igual para todos los individuos que se encuentran en una situación legal determinada, de manera que el dolo no constituye una discriminación especial para algunos individuos en sus relaciones con la entidad social, no habrá habido violación de la igualdad de todos, y la acción de responsabilidad tendrá causas de justificación jurídica.

De lo anterior se deduce como característica esencial de la responsabilidad civil del Estado que el daño causado sea especial; es decir, cuando el principio de la igualdad es violado, el daño y la responsabilidad puede tener lugar.

Para que la responsabilidad exista se necesita además, que el daño se haya efectuado. La sola posibilidad de que pueda tener lugar, es decir, cuando el daño es eventual o futuro, no hace responsable al Estado. Para que esto ocurra el daño debe ser cierto y actual.

Finalmente no basta la existencia de una falta y un daño para que a la persona que ha cometido la falta se le pueda atribuir la responsabilidad civil; se requiere que entre el hecho culpable y el daño haya una relación de causalidad, pues si el daño se hubiera producido aunque no hubiera existido la culpa, o si otros hechos han concurrido con ella a producirlo, la responsabilidad variará. En el primer caso no habrá lugar a ella y en el segundo no hay razón para que el Estado responda por todo el daño del cual sólo ha sido causa parcial y no todo. D.

allí que cuando haya concurrencia de hechos causantes de un daño, si hay responsabilidad civil atribuible a otras personas, o la responsabilidad del Estado, concurrir éstos con el Estado, y si el Estado que sufrió el daño tiene una parte de la culpa, la indemnización deberá serle proporcionada.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.

Hay que hacer una distinción de la responsabilidad, basada en el origen que tenga, pues hay algunas diferencias sustanciales si se trata de la que tiene por base un contrato o si es de la que nace fuera de toda relación contractual, es decir extrac contractual. Mientras que la primera surge de la violación de una obligación determinada y concretada a favor de una persona, la segunda aparece del hecho de violar el deber de no dañar culpablemente a otro.

Cuando se presenta una situación jurídica administrativa determinada, se debe tener en cuenta si ella tiene por base un contrato o no, para saber qué clase de responsabilidad hay que aplicar. Esa situación, en casos especiales, puede originarse en un contrato de derecho privado y las reglas jurídicas de éste no tienen variación alguna, no obstante las modalidades especiales que pueden presentarse en los contratos administrativos al momento de su ejecución. Si su origen es una relación administrativa, es muy frecuente que no se trate de un contrato, sino de una situación general y legal, la cual al causar perjuicios, genera la responsabilidad extracontractual del Estado.

CONCLUSIÓN

El Código Civil establece la causa de las obligaciones y afirma el principio de que éstas surgen, entre otras causas, consecuencia de un hecho que ha producido injuria o daño a alguna persona. Se deduce de lo anteriormente dicho, que la obligación, como vínculo jurídico, puede tener como única razón o causa, un acto efectuado contra el derecho ajeno o fuera de la extensión normal permitida para el justo ejercicio del que nos corresponde; por eso toda culpa es el hecho dañoso regularizado fuera de todo límite del derecho.

Cuando en el mismo Código Civil, se habla del "efecto de las obligaciones", es claro y natural que incluye entre éstas las que se han originado en un hecho que ha inferido daño a un tercero, dado que en dicho cuerpo de leyes se establecen normas generales para todas las obligaciones civiles, cualquiera que sea su fuente de donde emanar, sin hacer distinción alguna entre éstas. Si no aceptáramos estas hipótesis, habría que concluir que en nuestro derecho positivo no existen normas especialmente destinadas a regular los efectos jurídicos de las relaciones extraccontractuales, en cuyo caso sería de rigor aplicar por analogía los preceptos que determinan aquellos efectos que nacen del acuerdo de voluntades.

La falta consiste principalmente en la violación de un deber que puede ser el expresamente señalado en la ley o el co-

prendido en la prohibición general de no dañar a otro, siempre que el agente tenga oportunidad de conocer y prevenir el posible daño. El Código Civil sanciona ese deber de cuya violación nace la obligación de indemnizar, pues la base de la responsabilidad civil es la culpa.

El deber de no dañar a otro constituye una obligación general de prudencia y diligencia, pues las disposiciones legales que establecen la responsabilidad civil no obligan, aún admitiendo que en sí mismas obligan a algo, a no actuar dañinamente, lo que en multitud de ocasiones significaría condena- ción de la inacción; obligarían, en la hipótesis de que trata, únicamente a ejecutar todas nuestras acciones empleando el cui- dado del tipo medio del hombre diligente. Es decir, no obligan a no dañar, sino a actuar debidamente; si fuera lo primero se trataría de una obligación de resultado, pero como es lo se- gundo, lo que existe es una obligación general de prudencia y diligencia.

Se debe obrar diligentemente y sin malicia, pues en el caso de que no se haga así y se ocasionare un daño, habrá lugar a la responsabilidad civil.

Si la obligación que existe es sólo general de prudencia y diligencia, su ejecución debe ser probada por quien pretenda desprender un derecho de ella. El deudor únicamente tiene a su cargo una norma de conducta y mientras no se haya esta-

decido que de la separación de ella no puede sostenerse que es ya obligado a reparar el perjuicio que haya causado. La prueba corre a cargo del actor en estos casos, es lo jurídico no sólo en la responsabilidad extracontractual sino que en la contractual.

La obligación que pretende que se declare, quien demanda a alguien por responsabilidad civil, es la de reparar el daño que le haya causado. La existencia de esa obligación depende esencialmente, de la falta de cuidado en el obrar de la gente y si esa falta no está comprobada no hay obligación alguna.

Examinando la doctrina acerca del Estado administrador, aparece más ilógico que se pueda considerar que sus actos se presumen culpables mientras no se pruebe lo contrario. Es precisamente la presunción contraria la que debe ser establecida: si él goza del poder de obrar para la armonía y el progreso social, sus acciones deben considerarse que están siempre dirigidas hacia ese fin, aunque causen perjuicios a los administrados, pues siempre que sea preciso goza de la facultad de obrar sin tener en cuenta para nada a éstos, ya que el interés de los individuos debe ceder ante el interés social, de manera que únicamente del establecimiento claro y no presunto de su culpabilidad debe resultar a su cargo una responsabilidad. Para que exista la responsabilidad civil del Estado se requieren las siguientes proposiciones: daño, falta, relación de causalidad entre los anteriores elementos y que quien se cree con de-

recto a exigir algo del Estado con base en su responsabilidad civil, compruebe plenamente todos los anteriores elementos.

El estudio de la responsabilidad del Estado, tiene gran trascendencia jurídica, ya que de su correcta aplicación ha de surgir la protección jurídica del administrado lesionado por la actividad de la Administración, sea ésta lícita o ilícita.

Se tiene que partir de la premisa que si bien es necesario aceptar la existencia de prerrogativas de la Administración, a los efectos de que pueda desempeñar sus funciones para satisfacer intereses generales, no es menos cierto que hay que reconocer que el particular tiene derechos subjetivos públicos contra la administración, que ha de defender.

Y dado el grado de perfeccionamiento a que se ha llegado en el terreno del derecho, es necesario que esa responsabilidad sea formalmente reconocida por una norma constitucional que expresamente la establezca y en una futura reforma constitucional se incluya una disposición que legisle sobre la responsabilidad extrac contractual del Estado.

ALESSI, Renato	INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO. t.II.3a. ed. Bosch, Barcelona. 1970.
ALTAMIRA, Pedro Guillermo	RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. Depalma, Córdoba, Argentina. 1941.
BIELSA, Rafael	DERECHO ADMINISTRATIVO. t.I. 3a. ed. Libreros y Editores, Buenos Aires. 1937.
DIEZ, Manuel María	DERECHO ADMINISTRATIVO. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. 1963/65.
DROMI, José Roberto	INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Astrea, Buenos Aires. 1973.
DUGUIT, León	LAS TRANSFORMACIONES DE DERECHO PUBLICO. 2a.ed. Reus, Madrid. 1926. TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. 4a ed. Reus, Madrid. 1930.
ENTRENA CUESTA, Rafael	CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. 3a. ed. Tecnos S.A., Madrid. 1970.
FIORINI, Bartolomé A.	MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. t.II. La Ley, Buenos Aires. 1968.
JELLINEK, Walter	TEORIA GENERAL DEL ESTADO. trad. 2a.ed. alemana. Depalma, Buenos Aires. 1943.
MARIENHOFF, Miguel S.	TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. t.I y II. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1965
MAYER, Otto	DERECHO ADMINISTRATIVO ALEMAN. trad. española. Depalma, Buenos Aires. 1949.
ROJAS ARBELAEZ, Gabriel	EL ESPIRITU DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. Temis S.A. Bogotá. 1972.
REIRIZ, María Graciela	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. EUDEBA, Buenos Aires. 1969.
SAYAGUEZ LASO, Enrique	TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. t.I. s.e., Montevideo, 1963.
SERRA ROJAS, Andrés	DERECHO ADMINISTRATIVO. t. II. Porrúa S.A., México, 1968.
VIDAL PERDOMO, Jaime	DERECHO ADMINISTRATIVO. 3a.ed. Temis. Bogotá, 1972.