

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA E INDIRECTA DE LOS AGENTES DEL ESTADO

AGUSTÍN GORDILLO

1. — La responsabilidad de los agentes del Estado está establecida en el derecho argentino por el artículo 1112 del C.C.¹ Esta disposición, incluida en el título "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos", tiene por sujetos activos a todos los sujetos de derecho que puedan resultar dañados con la comisión del hecho que se sanciona, y por objeto la no comisión de daños jurídicos mediante el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que rigen la función pública; sujeto pasivo son en principio todos los agentes estatales.

¹ Está establecida, pero en ningún repertorio de jurisprudencia se encuentran más de uno o dos casos de efectiva responsabilización de un servidor público. A pesar de haberse podido hacer un sistema que contemplara tanto la responsabilidad del Estado como la del funcionario, de modo que el damnificado sea indemnizado, al parece que el culpable autor del daño no resulta irresponsable — como se hace en todos los países civilizados —, en la Argentina no existe responsabilidad del agente estatal. La doctrina ha contribuido a esa lamentable situación — cuyos efectos en materia de corrupción administrativa y desaliento social están a la vista en los últimos decenios de vida nacional — por no haber hecho sino contadas aportes al tema, y por no insistir en la necesidad social y republicana — de rango rayano en el imperativo categórico — de, por lo menos, sincronizarla con la responsabilidad del Estado.

En Francia fué naciendo desde 1818 — el caso Lemonnier, que creó el "cursal de responsabilidad" — una progresiva situación similar a la que nosotros tenemos ahora, aunque no tan desastrosa en sus efectos; pero los irrevocables ataques jurídicos y sobre todo sociales y social-políticos de la doctrina forzaron finalmente en 1881 un cambio de la jurisprudencia en el sentido de tratar de hacer efectiva la responsabilidad del Estado sin por ello negar la responsabilidad del funcionario o empleado público. Otro tanto ha de suceder en la Argentina, si es que el orden y la moral han de imperar; y como paso previo a esa necesidad ineludible de coordinar la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del funcionario, debe estudiarse a fondo la esencia y el contenido de la responsabilidad del funcionario, según uno de los artículos que tiene un significado y profundas consecuencias dentro el art. 1112 del Código Civil.

El primer aspecto debiera ser indiscutido, dado que la ley civil no ofrece indicio alguno que permita fundamentar la exclusión de esta responsabilidad frente a determinado damnificado; pero existen dos posiciones restrictivas, a pesar de ello.

a) La primera, que no ha sido expuesta expresamente, plantea el interrogante de que aquélla existiera con referencia al Estado, pero no a los particulares; pero nada indica, ni en la redacción del artículo 1112, ni en la ubicación del mismo, que él tienda a proteger única y exclusivamente al Estado.

Por el contrario, la amplitud de los términos del artículo, y su ubicación dentro de un título que protege a todos los individuos de la sociedad contra los daños que les hagan sus semejantes, indica, con el sustento de la sana lógica, que si a alguien protege el artículo, es en primer término a los administrados, y más bien en segundo término al Estado. Mientras que el Estado tiene muchos medios para protegerse contra los perjuicios de sus dependientes, no los tienen en cambio los particulares, quienes en virtud de que los agentes estatales tienen el uso del poder público, o realizan una función o prestan un servicio indispensable a tales particulares, se encuentran siempre en una posición de inferioridad fáctica frente a los mismos.

A nadie le parecerá extraño afirmar que el administrado necesita protección frente a los administradores; no puede parecer por lo tanto extraño que el C. C. trate de proporcionar esa protección. Que el artículo que lo hace proteja también al Estado, es perfectamente aceptable, pero no lo es en cambio cualquier solución que pretenda invertir los términos e interpretar el artículo 1112 en forma que éste no cumpla su fin primordial de proteger a los individuos contra el Estado y sus agentes.

b) La segunda posición sostiene que el art. 1112 no se aplica a las relaciones de los funcionarios o empleados entre sí, y ha sido expuesta por Díaz de Guíjarro², quien basándose en que el Anteproyecto de Reformas de Bibiloni, el Proyecto de la Comisión Reformadora, la ley alemana y doctrina correspondiente, emplean el vocablo "tercero", de donde surgiría la tesis de que el art. 1112 no sea aplicable a los funcionarios y empleados entre sí.

Un problema radical que esta teoría no puede de ninguna manera superar es que el art. 1112 no emplea el vocablo "tercero", lo que es excluyente y definitivo; pero de cualquier manera, aunque la ley dijera expresamente "tercero", como lo hace

² "Inaplicabilidad del artículo 1112, C. C., a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos", en Jurisprudencia Argentina, t. 81, p. 531.

la ley alemana, sólo se conseguiría excluir al Estado de esa responsabilidad directa —nunca de la de *in rem verso*²—, pero no a los funcionarios restantes, ya que ellos también son “terceros” para el caso³. La jurisprudencia alemana ha extendido no sólo el concepto de “tercero”⁴, sino aún el de “obligación legal debida a un tercero”⁵ en forma amplísima⁶, por lo que no corresponde establecer restricciones en el derecho argentino sin tener siquiera el término de marras en la ley⁷. Si los administrados necesitan protección contra los administradores, también los funcionarios y empleados públicos necesitan protección contra una Administración que, la experiencia lo enseña, tiene frecuentes despuntos de espíritu faccioso o vocaciones dictatoriales; agregar a eso una especie de “capitis deminutio” para cada agente del Estado, es cerrar una vía de posible prevención.

c) En consecuencia, el artículo 1112 establece una responsabilidad frente a todos los sujetos de derecho que puedan ser dañados por los servidores públicos, desde su función o empleo; sea el damnificado un particular, un servidor público o el Estado mismo, tiene el derecho a hacer efectiva la responsabilidad prevista en la citada disposición legal: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

d) La restricción que nadie ha establecido es la frente al Estado; pero precisamente, es este aspecto el más proclive a dis-

² Conf. Giese, Friedrich, “Allgemeines Verwaltungsrecht” Tübingen, 1932, p. 125.

³ Conf. Giese, op. cit., p. 124, ap. c).

⁴ Vide Bender Herrnd, “Allgemeines Verwaltungsrecht”, Freiburg im Breisgau 1926, p. 160; Giese, op. cit., loc. cit.

⁵ Debe tenerse en cuenta que mientras que la ley alemana establece responsabilidad por la violación de una obligación del cargo debida a un tercero (art. 838: ...die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht...), la ley argentina establece responsabilidad por la violación de las obligaciones del cargo, sean o no debidas al tercero que se perjudica. Esta diferencia es fundamental: la progresista jurisprudencia alemana ha extendido su disposición hacia un concepto casi tan amplio como el de nuestra ley, lo que motiva algunas críticas doctrinarias de técnica jurídica —infra, nota 7—; esa dificultad no existe en el artículo 1112, y todo lo que hace falta es aplicarlo...

⁶ Vide Forchhammer, Ernst, “Lehrbuch des Verwaltungsrechts”, München und Berlin, 7ª ed. 1934, p. 282; Bender, op. cit., p. 161.

⁷ Implícitamente, la doctrina argentina parece estar de acuerdo con esa infundada restricción, al no negarla, y más aún, al afirmarla por exclusión: “la responsabilidad civil del funcionario o empleado puede ser sólo: 1) respecto de los particulares o administrados, 2) respecto de la propia Administración pública”; Rafael Bielsa, “Derecho Administrativo”, 2ª ed., t. III, Bs. As. 1956, p. 277; en el mismo sentido que Bielsa: Bielsa, Carlos María, “La responsabilidad del funcionario”, en La Ley, t. 67, p. 264.

cusiones. Si esta responsabilidad es cuasi delictual, como lo indicaría el título en que se halla ubicada, ¿dónde queda la naturaleza contractual de la relación de empleo público? M.

Inversamente, si la relación del funcionario frente a la administración es contractual, como sus elementos intrínsecos parecen indicarlo, ¿cómo juegan en ella este artículo 1112 y el 1107? Pues si existe un contrato según el cual el funcionario está obligado a cumplir sus funciones, va de suyo que está obligado —contractualmente— a cumplirlas regularmente, y que el ejercicio irregular de la función sería una violación del contrato. La importancia del punto se traduce en la prescripción, respecto a la cual caben dos posibilidades en el caso del daño cometido por el funcionario en forma directa a la Administración: 1°) Si se tratara de una responsabilidad cuasidelictual, la prescripción es de un año (art. 4037, C.C.); 2°) si se tratara de una responsabilidad contractual, la prescripción es de diez años (art. 4023, C.C.).

En el caso de daño cometido al Estado, en forma traslativa, cuando el ejercicio irregular daña a un particular a quien el Estado se ve obligado a indemnizar por aplicación de la jurisprudencia "fundada" en el art. 1113, la acción del Estado contra el funcionario ¿es la de *ca rem verso* del 1123, o es la directa del 1112? Y si fuera la del 1123, la acción prescribe al año, o a los diez años?

A nuestro juicio, si se acepta la hipótesis de que el funcionario se halla ligado al Estado mediante una relación contractual,⁹ el hecho de que uno de los elementos de ese contrato sea la regular prestación del servicio, hace que toda irregular prestación sea frente al Estado incumplimiento de contrato, y que la responsabilidad sea por lo tanto contractual; sólo que asumiría, en cuanto a su dimensión, las características fijadas en el 1112. Este artículo, que en general sanciona una responsabilidad extracontractual, funcionaría en este caso como elemento legal del contrato. De la misma forma que ciertas disposiciones legales de orden público son un elemento de todo contrato, hayan sido o no pactadas, el regular cumplimiento de las obligaciones legales es una de las obligaciones impuestas al funcionario por su aceptación de la relación contractual que lo liga al Estado: su violación, en consecuencia, origina responsabilidad contractual, y por ello la prescripción aplicable es la del artículo 4023: 10 años.

Como lo hace notar Mazeaud¹⁰, cuando la relación entre el principal y el dependiente es contractual (como es el caso del Estado y el funcionario), la responsabilidad del dependiente (el funcionario) hacia su principal (el Estado) por las indemnizaciones que éste hubiera debido pagar por responsabilidad indirecta

⁹ Lo que surge del hecho de haber una declaración de voluntad destinada a reglar sus derechos (art. 1137, C. C.).

¹⁰ Mazeaud, H. y L. "Traité Théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle", 4ª ed., t. I, Paris 1947, p. 303.

debidas a la culpa del dependiente, es responsabilidad contractual¹¹, razón por la cual la prescripción del artículo 1123 (la acción recursoria) es también diez años (art. 4023).

2. — La doctrina nacional es uniforme en no admitir restricción alguna en lo que respecta a los sujetos pasivos de la responsabilidad del artículo 1112: todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal, está comprendido en la disposición mencionada.

Pero debe tenerse en cuenta que esta responsabilidad se establece para el funcionario solamente en cuanto actúa como órgano del Estado, ya que "en el ejercicio de sus funciones" significa que entre el hecho y la función debe haber algo más que una mera relación de tiempo y lugar¹²; es necesario que la función haya dado motivo para el hecho, o haya sido determinante para su comisión¹³. Este requisito de que el funcionario haya actuado "en cuanto tal", en cuanto órgano o instrumento del Estado, conduce en principio a la idea de que la responsabilidad existe para el órgano del Estado.

En todo órgano del Estado hay un doble elemento: el ideal, de que el Estado actúa por medio de ese órgano, y el material, de que un individuo humano realiza esa actividad. Cuando el artículo 1112 establece una responsabilidad para el órgano estatal, crea por consecuencia una doble responsabilidad directa: la del individuo que ejerce la voluntad del órgano, y la del Estado a que el órgano pertenece.

3. — El primer problema de hermenéutica que presenta el artículo 1112 es si él tiene razón de ser, dada la existencia del artículo 1109. Machado parece sostener que la justificación del artículo 1112 deriva de que él abarca a individuos no comprendidos en el artículo 1109¹⁴, pero ello es erróneo, ya que éste, por su naturaleza genérica y omnicompreensiva alcanza absolutamente a todo ser humano que cometa un daño por su culpa.

Aubry et Rau mismos, fuente directa del artículo 1112, exponían el concepto contenido en dicho artículo, dentro de la explicación aportada al equivalente francés del 1109, aclarando que se aplicaba a los funcionarios públicos: para Aubry et Rau, la res-

¹¹ Massard, op. loc. cit.

¹² Forsthoef, op. cit., p. 283.

¹³ Conf. fallo de la Corte Suprema "F. Rabanillo y otra v. Nación Argentina", 1203 FSC 801. Otros fallos más amplios (162; 210; 232; 862) no niegan que el agente estatal ha de haber actuado en cuanto órgano del Estado.

¹⁴ Machado, José Gregorio, "Exposición y Comentario del Código Civil Argentino", t. III, Bs. As., 18...., p. 464, nota al art. 1112, in fine.

posibilidad del funcionario está comprendida en la responsabilidad cuasidelictual y por ello el artículo 1109 no excluye a los funcionarios y empleados públicos.

¿A qué puede deberse en consecuencia que Vélez Sarsfield haya tomado ese concepto meramente explicativo y si se quiere innecesario en nuestro país? En Francia dicha explicación era conveniente, pues anteriormente, por el artículo 75 de la Constitución del año VIII, los funcionarios eran expresamente declarados irresponsables; pero como ese antecedente no existía aquí, no había por qué pensar que podieran existir dificultades en la aplicación de la norma del artículo 1109. Se trata simplemente de "afirmar categóricamente"¹⁹, o advirtió Vélez en ese concepto de Aubry et Rau²⁰ un significado especial, y que por ello creyó necesario convertirlo en nuevo artículo dotado de contenido y efectos propios?

Puesto que los funcionarios y empleados públicos ya están comprendidos en el artículo 1109, como lo explica la fuente, no puede en consecuencia justificarse como una supuesta referencia del 1109 a los funcionarios, para extender el número de los sujetos alcanzados por responsabilidad cuasidelictual. Debe entonces haberse referido al contenido de la responsabilidad misma, al hecho ilícito que la origina.

¿Cuál es la diferencia entre el hecho ilícito contemplado en el 1109 y el contemplado en el 1112? Esa diferencia sólo puede consistir en que el hecho que origina la responsabilidad del servidor público es distinto a un cuasidelito. "Por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales": es más o menos que un cuasidelito?

a) ¿es un hecho igual o distinto?

b) ¿es un daño mayor o menor? ¿Es un daño jurídico en el sentido común?

c) ¿es un hecho producido con más o con menos culpa?

Y además, ¿hay en ese artículo relaciones con otras disposiciones? ¿Tiene otros efectos que fundar la responsabilidad del autor del hecho?

¹⁹ Villegas Basavillbaso, "Derecho Administrativo", t. III, p. 544.

²⁰ Que éste seguramente tomó del derecho alemán de aquella época, pues el art. 839 del C. C. alemán es reproducción de ese derecho alemán anterior a 1900, por lo que a esta disposición se refiere (Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, Bs. Az. 1948, p. 504), y como lo hacen notar acertadamente Biatza (op. cit., p. 273) y Díaz de Guíjarro (Jur. Arg., t. 61, p. 532) la similitud entre nuestro artículo 1112 y el 839 alemán es notable.

4. — El primer contenido especial del artículo, que difiere el del art. 1109, se refiere al hecho mismo que causa el perjuicio. Mientras que en el artículo 1109 se habla de "todo el que ejecuta un hecho..." que ocasiona un daño a otro, y con ello se remite a las disposiciones generales del título de los actos ilícitos, el artículo 1112 se refiere a "los hechos y las omisiones", con lo que surge la primera diferencia entre la responsabilidad que sanciona uno y otro artículo. El artículo 1109 prevé la realización de un cuasidelito, y una simple omisión no puede constituirlo gino cuando está expresamente prohibida por la ley (foto sense), según el artículo 1074, aplicable en virtud del 1108; para los funcionarios rige el principio opuesto de que tienen la obligación de actuar, aunque el reglamento o la ley no lo determine específicamente, si ello entra dentro del ejercicio regular de sus funciones, y del cumplimiento, como opus, de las obligaciones legales a ellos impuestas en razón de esas funciones.

En efecto, debe advertirse que el hecho de que el funcionario sea responsable por omisiones que no harían responsable a un particular, proviene si de la especial situación en que se encuentra, y de que el reglamento o la ley le manden a menudo más deberes que a un particular, pero/sobre todo del artículo 1112. Ante cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley manda o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del 1112 lo soluciona afirmativamente; aunque la ley o el reglamento no mande la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad.

Es decir, que la omisión que genera responsabilidad del funcionario, no existe con referencia a una "obligación legal de cumplir el hecho omitido" (art. 1074), sino a una "regular ejecución de las obligaciones legales", lo que puede darse aunque no haya habido omisión de un hecho expresamente ordenado, o sea, aunque el hecho omitido, que así configure irregular ejercicio de la función, no estuviera expresamente ordenado. Así por ejemplo, si un reglamento o ley no prevé la obligación de un funcionario de recibir las denuncias que le sean presentadas en forma documentada y personal, y ese funcionario omite recibir una denuncia relativa a las funciones de que se trate, en esas condiciones, hay un irregular ejercicio de las obligaciones legales impuestas al funcionario¹³, aunque la omisión no lo sea de un hecho expresamente ordenado. ¿Cuántas sanciones administrativas no se imponen por omisiones de actividades no expresamente determinadas

¹³ Por supuesto, el perjudicado en este caso es el Estado, en cuyo interés redundaba en ese caso el regular ejercicio de la función.

por la ley! Cuando el perjudicado por la omisión es un particular, la calificación del hecho no puede variar, y la responsabilidad emergente es igual. El regular ejercicio de las obligaciones legales resulta de muchos caracteres implícitos a la función pública, y no de la casuística de algún reglamento; la omisión origina responsabilidad, no por haber sido el hecho expresamente ordenado (art. 1074), sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales (art. 1112). Creemos, por otra parte, que si la omisión no constituye un ejercicio irregular de las obligaciones legales, no origina responsabilidad alguna, aunque estuviera ordenado por la ley (aunque en ese caso probablemente existirá también una ausencia de culpa).

En el caso contemplado por la Corte Suprema en el tomo 20, p. 438 (1878), en que se discutía si un hecho (denuncia) precedido de una omisión (comprobación del hecho que se denuncia: transgresión a las leyes de aduana), y además otra omisión (presentar despacho) realizados por un empleado de aduana, podía originar responsabilidad para éste, el Tribunal analizó primero si con ello se había violado ley o disposición reglamentaria alguna (considerando 1^o), concluyendo negativamente; y a pesar de que ese elemento es suficiente, según el artículo 1074, para desear la responsabilidad cuasidelictual por omisión, la Corte¹⁸ consideró que era necesario además analizar si había habido con esa omisión "irregularidad en su conducta" (p. 438, cons. 2^o); recién una vez que estuvo aclarado que no había habido irregularidad en su conducta, y que la aprobación del superior había significado el cumplimiento adecuado de "la obligación que le imponía su empleo" (cons. 3^o), se concluyó que no había responsabilidad. A estos argumentos agregó el Procurador General que no encontraba "nada de irregular" en la conducta del funcionario respectivo, y que la segunda omisión de que se reclamaba, consistente en no presentar dentro de cierto término el despacho (las ordenanzas no fijaban término, razón por la cual la omisión no lo era de un acto ordenado por la ley), no era irregular, pues "el tiempo empleado en la revisión... no es excesivo", todo lo que señala que el criterio para juzgar la omisión de un funcionario público no es de ninguna manera el del artículo 1074 —obligación legal de hacerlo— sino el del 1112 —cumplir regularmente la obligación legal de la función—.

La diferencia es sutil, por cuanto en ambos casos se trata de obligaciones legales, pero debe advertirse que en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo se trata de la omisión de un

¹⁸ Pues la Corte confirmó el fallo por sus fundamentos.

hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar correctamente la función asignada.

Por esta primera razón no es posible pretender que el presupuesto sancionado en el artículo 1112 sea igual al del 1109. En el 1112 tanto el hecho como la omisión son causa suficiente para originar dicha responsabilidad, cosa que no sucede en el 1074, donde la omisión no basta si no está prohibida por la ley. Tanto el positivo hacer como los negativos "no dar", "no hacer" y "permitir" ¹⁸ están comprendidos en el 1112.

b) 5. — El daño cometido mediante el hecho o la omisión constituye el segundo contenido especial que diferencia al artículo 1112 del 1109. Sabido es que el artículo 1109 prevé un daño resultante de un cuasidelito, y en consecuencia, que sólo es daño "el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria" (art. 1068), por aplicación de los principios generales referentes a la cuestión. Por consecuencia, los daños jurídicos que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, no son indemnizables, por no involucrar detrimento económico alguno. Así por ejemplo una restricción de la libertad de prensa, una negación injustificada e irrazonable de permiso para realizar reuniones públicas, una comunicación policial expresando que no se concede autorización para realizar alguna reunión en local cerrado y con concurrencia limitada ¹⁹, una violación de la libertad de enseñar y aprender, o de la libertad de conciencia, o de transitar y salir del país de peticionar a las autoridades, etc., son por lo general daños jurídicos que no se traducen en un perjuicio económico; es decir, no son daños jurídicos en el sentido del Código Civil, y no pueden ser materia de cuasidelitos. Son, sin embargo, daños jurídicos, desde un punto de vista técnico, por cuanto constituyen una violación de derechos de los individuos.

*juicio de
para sí
daño.*

Estos daños jurídicos, cuando son cometidos por un particular contra otro, no dan lugar a indemnización, porque no habiendo perjuicio económico ni positivo dolo (delito, que da lugar a daño moral) es desaconsejable sancionarlos, al no entrañar un serio perjuicio social. Pero precisamente porque todos esos daños jurídicos no son generalmente cometidos por particulares, sino por las autoridades públicas, la cuestión adquiere una importancia

¹⁸ Categoría ésta en boga en Alemania; Borden, op. cit., p. 160; Glaze, op. cit., p. 122.

¹⁹ La policía de seguridad no puede prohibir ni restringir esas reuniones, puesto que no son públicas. Pero lo hace; allí no hay dolo, ni hay daño económico; pero la importancia del bien jurídico violado hace imperativo que exista responsabilidad por esos actos y hechos; el 1112 la contiene.

cia fundamental, ya que está en juego la libertad del individuo y el respeto de la persona humana, frente a los abusos y las negligencias de los servidores públicos. AUN entra en juego la previsión de Vélez Sarsfield, quien con este artículo protege la libertad y el libre ejercicio de los derechos constitucionales, al establecer un régimen diferente en materia de daños jurídicos cometidos por órganos estatales.

a) El artículo dice "los hechos y las omisiones... por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas". Ello significa que es elemento determinante de la aplicación de la responsabilidad civil, el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que les están impuestas.

En algunos casos, ello implicará una situación de privilegio para el funcionario, ya que habiendo él cumplido en forma regular sus obligaciones, será irresponsable aunque cause un daño susceptible de apreciación pecuniaria, puesto que el irregular cumplimiento es elemento absolutamente determinante de esta responsabilidad en cuanto ejercicio de la función pública. Claro está, si no actúa en ejercicio de la función pública (p.ej., cuando no actúa con motivo de ella), el regular cumplimiento de las obligaciones legales no es causa de irresponsabilidad.

En el resto de los casos, habiendo irregular prestación, existe por eso solo, responsabilidad, por lo que la irregular prestación es el elemento determinante de la misma²¹.

En efecto, el artículo 1112 dice que "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas" son el presupuesto de su disposición ("son comprendidos en las disposiciones de este Título"); lo que significa que lo que determina la aplicación del artículo es la reunión de los dos elementos allí mencionados: a) el hecho o la omisión en el ejercicio de la función, b) que ese hecho u omisión consista en un irregular cumplimiento de las obligaciones legales. Desde el momento que toda irregular prestación constituirá ya un hecho, ya una omisión, podemos subsumir el primer requisito en el segundo, y concluir que lo fundamental del artículo es sólo, y precisamente, ese cumplimiento irregular.

Al decir la ley entonces que "son comprendidos en las disposiciones de este Título" determina que son daños jurídicos generadores de responsabilidad. Mientras que el artículo 1109 dice que el que comete un daño es responsable del mismo, lo dice allí

²¹ Conf. Bielsa, op. cit., p. 275. La necesaria consecuencia, de que aun el daño no susceptible de apreciación pecuniaria, origina responsabilidad, no es sin embargo señalada por este autor.

con referencia a la noción de daño dada en el 1068: perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Al decir que el irregular cumplimiento de las obligaciones de la función está comprendido en las disposiciones del Título —que son disposiciones que establecen responsabilidad por daños causados con culpa— determina que ello también es un daño, a pesar de que las reglas generales no lo contemplan en todos los casos en esa forma.

Las normas generales requieren daño económico, y el irregular cumplimiento no siempre genera un daño económico: precisamente allí está la razón de esta disposición especial. En ausencia del artículo 1112 no todo irregular cumplimiento de las obligaciones de la función generaría responsabilidad, sino sólo aquél que causare un daño económico; estaríamos entonces en las reglas generales sobre la materia, y los hechos y las omisiones que mencionamos al comienzo de este apartado (restricciones a la libertad de prensa, de tránsito, de reunión, etc.) no estarían comprendidos en las disposiciones del título, no podrían originar responsabilidad de los funcionarios públicos; pero el artículo 1112 dice precisamente lo contrario de la regla general: él dispone que si están comprendidos en el título; que también los hechos y las omisiones que constituyen irregular ejecución de las obligaciones legales de la función, son, sin distinción en cuanto al tipo material del daño causado, daño jurídico generador de responsabilidad, puesto que están comprendidos en las disposiciones de ese título²².

b) De esta forma el derecho de reunión, de asociación, de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, de transitar y salir del país, de profesar libremente su culto; la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de

²² El problema es por supuesto delicado, ya que el artículo 1068 que define el daño jurídico es aplicable "a los actos ilícitos"; además, Vélez, cuando quiso derogar el 1068 para un caso particular, lo hizo expresamente con el artículo 1078, el cual por otra parte es inaplicable al título de los cuas delictos (v. art. 1068).

Pero ello no alcanza a configurar, a nuestro criterio, más que una crítica metodológica, o a hacer aconsejable la subdivisión del art. 1112 en dos disposiciones; pues si el artículo 1112 dice que lo que él prevé está comprendido en el título, ello no significa que eso es un hecho ilícito generador de responsabilidad según el título y por lo tanto 1068, sino pura y simplemente, como lo expresa su texto, que el hecho es él previsto, y no el hecho ilícito del 1068 con su referencia conceptual al 1068, es el que origina responsabilidad. Y lex specialis derogat generale...

Si un nuevo artículo al lado del 1112 dijera: "El insultar a una persona está comprendido en las disposiciones de este título", no comportaría ello acaso una derogación del 1068? Y si dijera "El violar la libertad de culto, de correspondencia, etc., está comprendido, etc.", no sería lo mismo? [Y qué, si no eso, dice el 1112? (v. n.º 3, b)].

los papeles privados, y todos los derechos individuales establecidos en la Constitución pero frecuentemente desmentidos por la realidad, originan en el Código Civil responsabilidad del empleado o funcionario público que los viola, aunque el perjuicio no sea susceptible de apreciación pecuniaria²⁸. En efecto, es indiscutible que una de las obligaciones legales impuestas al funcionario es respetar la Constitución, lo que implica respetar los derechos individuales de los administrados, allí establecidos. El funcionario que viola un derecho individual establecido en la Constitución, viola con ello la Constitución, y cumple de esa manera en forma irregular las obligaciones legales a él impuestas; debe por lo tanto ser responsable, y así lo dispone el 1112.

La indemnización es en tales casos ya por el daño moral cometido, ya por el perjuicio económico, cuando exista; y puede también considerarse pertinente la llamada indemnización nominal, o "exemplary damages", es decir, un aumento de la indemnización a título de castigo civil, de acuerdo a la importancia del bien jurídico procesado o a la negligencia o malicia demostrada en la producción del daño jurídico.

6. — En cuanto a la culpa, a falta de mención expresa en el artículo 1112 deben aplicarse los principios generales, requiriéndose en consecuencia como requisito indispensable la existencia de dolo, culpa o negligencia en la realización del daño, es decir, que el irregular cumplimiento de las obligaciones legales impuestas al funcionario para el ejercicio de su función se haya debido al dolo, la culpa o la negligencia de su autor²⁹.

La obediencia debida juega en este aspecto un rol importante, porque la ejecución de una orden inválida cuya legalidad el funcionario no tenga derecho a examinar³⁰, o de una orden negligente o culposa, pero válida en su origen, no puede dar lugar a responsabilidad. Por otra parte, toda vez que el servidor público cumple regularmente sus obligaciones legales, existe prácticamente una eximente de culpa; en tales casos el hecho es atribuible a la función o servicio mismo, es decir al Estado, y corresponde por lo tanto aplicar la responsabilidad directa de éste, si existe, en forma exclusiva.

²⁸ Conf. Giese, op. cit. p. 125: "Están comprendidos allí no solamente los daños patrimoniales, sino también los menoscabos ideales".

²⁹ Conf. Bielsa, op. cit., p. 375; Bender, op. cit., p. 161; Giese, op. cit., p. 125. En contra, Sáenz, Carlos María, en La Ley, t. 87, p. 885, 2ª columna: "... probado el desempeño irregular de sus obligaciones, ... surge la obligación de indemnizar, sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario".

³⁰ V. Bielsa, op. cit., p. 382.

De esta manera, el cumplimiento regular de las obligaciones legales impuestas al funcionario excluye la responsabilidad del mismo, pero el cumplimiento irregular no origina responsabilidad a menos que sea culpable.

En cuanto al error, él sólo puede ser causal de responsabilidad si con él el funcionario ha cumplido culpable e irregularmente sus obligaciones legales: el error no culpable o que no es ejecución irregular de las obligaciones legales no provoca la responsabilidad del artículo 1112. Pero el error no culpable, no es el "error excusable" del derecho civil, pues éste existe cuando puede darse en un hombre normal, mientras que el funcionario tiene obligaciones especiales que un hombre normal no tiene por qué cumplir. En el caso del agente estatal, todo depende del cumplimiento irregular de las obligaciones legales²⁸. Inversamente, cuando el error es un irregular cumplimiento de las obligaciones legales, el funcionario es responsable, si ha sido cometido por negligencia²⁹.

7. — La caracterización de "las obligaciones legales que les están impuestas" abarca toda ley y reglamento que tenga disposiciones pertinentes, y también las normas emergentes de contratos especiales que el servidor público pueda tener con el Estado. Y es necesario puntualizar una vez más que dentro del "cumplimiento de las obligaciones legales" se encuentra también y sobre todo la Constitución, por lo que también la violación de la misma es una violación de las obligaciones legales impuestas al funcionario. Esto es de suma importancia en un país de legislación deficiente e insuficiente para proteger los derechos individuales: así, aunque las leyes no hayan protegido algunos derechos, esos derechos, en cuanto están en la Constitución, son igualmente obligación legal de cumplir regularmente, por parte de los órganos estatales.

También es importante advertir que nuestro artículo 1112 difiere del 839 del C. C. Alemán en que no se requiere la violación de una obligación legal debida directamente al damnificado, sino que la violación y también el irregular cumplimiento (primera diferencia) de una obligación legal debida al damnificado (o al Estado) (segunda diferencia) dan lugar a indemnización.

La jurisprudencia alemana ha borrado esta segunda diferencia, reconociendo en la mayoría de las obligaciones legales que en principio son debidas por el funcionario sólo al Estado, un

²⁸ Conf. Mayer, op. cit., p. 366; comp. el resto del texto de Mayer, y Diebs, p. 283.

²⁹ Por lo que en la práctica el error se subsume en la culpa. V. Díaz de Guajarro, en *Jur. Arg.*, t. 61, p. 331 et seq.

derecho subjetivo del administrado²⁰; pero de todos modos, este artículo que no aplicamos sigue siendo, irónicamente, un adelanto legislativo que ningún otro país posee. El principio de la legalidad de la administración, o del derecho subjetivo a la legalidad, que en Alemania introduce la jurisprudencia prácticamente forzando su artículo 839 (en un intento de acercarlo a lo establecido en nuestro 1112, se halla teóricamente vigente entre nosotros). El artículo 1112, al establecer como causa generadora de responsabilidad, a los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (esto es, en cuanto órganos del Estado), por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales impuestas por el Estado al órgano, transforma esa relación jurídica que originariamente se establece entre el Estado y el órgano (regular ejercicio de las obligaciones legales), en una relación jurídica entre el órgano y el particular (por cuanto el deber que en principio existía sólo frente al Estado existe ahora también frente a los administrados): es decir, que el regular cumplimiento de las obligaciones legales es un auténtico derecho subjetivo del administrado (y no un interés legítimo) en cuanto él tiene la titularidad de la prestación.

Dada la posibilidad de que las obligaciones legales sean debidas primeramente al Estado (reglamentos, circulares, etc.), o al administrado (derechos constitucionales), y siendo que ambas originan responsabilidad en virtud del artículo 1112, corresponde distinguir la forma en que el daño se produce en cada caso.

En el primer caso, es decir aquél en que las obligaciones legales fueron puestas por el Estado en interés (o derecho objetivo, en otra terminología²¹), de los administrados, pero como deber exigible sólo por el Estado²², el artículo 1112 las hace también debidas al administrado, pero no en la misma forma. Mientras que en el caso del Estado la violación de cualquier disposición genera responsabilidad —pues todas son debidas a él—, en el caso del particular sólo la violación o irregular cumplimiento de aquellas obligaciones establecidas en beneficio de dicho particular —directa o indirectamente— pueden dar lugar a indemnización. Dicho de otra forma, debe haber una relación de causalidad entre la prestación irregular y la consecuencia dañosa²³, y esa relación falta si la regular prestación de las obligaciones

²⁰ Bender, op. cit., p. 75; Forsthoef, op. cit., p. 169 et seq.

²¹ V. Heilbrunn, Hans: "Verwaltungsrecht", Hannover 1949, p. 33 et seq.

²² En cuanto a la interpretación técnica del reglamento o ley misma que crea la obligación. El artículo 1112 transforma a ese "interés" o "derecho objetivo" en un auténtico derecho subjetivo.

²³ Bender, op. cit., p. 181.

no tendía a proteger o de alguna forma a beneficiar al sujeto pasivo del daño jurídico.

En el segundo caso, o sea aquél en que las obligaciones legales son debidas directamente al administrado por el órgano estatal, la causalidad es automática, por cuanto la obligación legal es respetar el derecho individual: al no cumplirse la obligación legal se viola al mismo tiempo el derecho respectivo; por eso dijimos que daño jurídico no es el del artículo 1068, sino pura y exclusivamente la infracción jurídica.

RESP. INDIABOTA DEL FUNCIONARIO SUPERIOR (No D Esraj)

8.— Un problema interpretativo que plantea el artículo 1112 es el de si él se refiere a los artículos anteriores, o a todo el título de que forma parte. Las palabras "son comprendidas en las disposiciones de este Título", que ya han sido analizadas en cuanto contribuyen a caracterizar el hecho ilícito y el daño jurídico allí contemplado, tiene además otras dos proyecciones: 1°) en cuanto a la responsabilidad indirecta del Estado —lo que no consideramos en este artículo—, 2°) en cuanto a la responsabilidad indirecta del superior jerárquico del autor del daño.

Ambos problemas se centran alrededor de una posible combinación de los artículos 1112 y 1113, y por ello es importante determinar si aquello de "son comprendidas en las disposiciones de este Título" se refiere a todas las disposiciones —y entre ellas el artículo clave, 1113— no solamente a las anteriores, quedando así excluída toda posible combinación de los artículos 1112 y 1113.

Segovia se pronunció en favor de la invalidez técnica o equivocación de dichos términos, basándose en que por lógica, ninguno de los artículos posteriores tenía nada que ver con él: se debía leer, por lo tanto, "son... en las disposiciones precedentes"; obviamente, Segovia no tenía en mente ni la responsabilidad indirecta del Estado, ni la responsabilidad indirecta del funcionario, razón por la cual su afirmación pierde fuerza⁴². Esta doctrina permaneció más o menos olvidada hasta que apareció la idea de responsabilizar al Estado según el artículo 1113; se sostuvo entonces que la redacción textual del artículo 1112, en contra de lo sostenido por Segovia, manifestaba expresamente una remisión al artículo siguiente para responsabilizar al Estado empleador por el hecho de su funcionario dependiente, previsto en el 1113; pero tampoco parece que esto sea así. La remisión que hace el artículo se explica de otra manera (supra, n° 5, a). Segovi

Tanto el argumento de Segovia como el opuesto se remiten, por lo demás, a la cuestión de que se refiera o no el 1112 a los

⁴² V. Segovia, Lisandro: "El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas", Bs. As. 1881 tomo I, p. 304.

artículos siguientes o precedentes, y constituyen así una petición de principios, pues lo que intentan demostrar en virtud de "son comprendidos..." se resuelve en definitiva en demostrar que existe o no una relación entre el artículo 1112 y lo que se diga: las palabras "son comprendidos" no resuelven nada por sí mismas. Todo se reduce, en consecuencia, a averiguar si entre el contenido del 1112 (daño jurídico cometido por un servidor público) y el principio de la responsabilidad indirecta es posible hallar alguna relación.

Una doble relación es posible hallar, en principio, entre el contenido del artículo 1112 y el 1113: una, como siendo el 1112 el hecho del funcionario por el que responde el Estado "empleador" según el 1113 (sistema de la jurisprudencia); otra, como siendo el 1112 el hecho del funcionario por el que responden él y sus superiores jerárquicos.

Debe tenerse en cuenta que el Código Civil Francés, fuente del artículo 1113, establecía una disposición similar pero inmediatamente, y en el mismo artículo (1384) daba una enumeración que la doctrina de ese país ha entendido ser limitativa⁸³. La razón de que se haya entendido en forma limitativa, es que la primera parte del artículo 1384 del C. Napoleón dice que se responde "de las personas de que se debe responder", es decir, que se remite a la enunciación, sin crear una regla general autónoma⁸⁴. Ese es el sistema de la mayoría de los códigos⁸⁵; pero se advierte al punto que en cuanto la norma legal no hace una enumeración, la solución es distinta. El C. C. egipcio, p. ej., dice que se es responsable "...de las personas que se tienen bajo su guarda", y entonces se ha entendido que todos los individuos que están bajo la guarda de alguien originan responsabilidad indirecta para éste: marido, abuelo, etc.⁸⁶.

Y precisamente, cuando el C. C. Argentino dice que se es responsable de "...los que están bajo su dependencia", sería lógico querer excluir algún caso de dependencia: todos los individuos que están bajo la dependencia de alguien originan responsabilidad indirecta para éste. Es una disposición general y así debe ser aplicada. No abarca solamente, en consecuencia, los casos de "empleador" y "empleado", sino que exige únicamente la calidad de dependiente en el autor material del hecho: aquél de quien éste depende, sea quien fuere, es responsable, con el sólo requisito de que el autor del daño esté bajo su dependencia, sin importar que haya o no contrato. El art. 1113 dice que se respon-

⁸³ Maresaud, H. y L.: op. cit., p. 682, n° 713 y 714, nota 1.

⁸⁴ Op. loc. cit., p. 683.

⁸⁵ Op. loc. cit., p. 684, nota 8.

⁸⁶ Idem, nota 8 in fine.

de por los que están bajo la dependencia de uno, y no por los empleados que uno pague; y está bajo la dependencia de uno todo aquél que recibe órdenes en su actividad.

Creemos en este sentido que la circunstancia de que Vélez Sarsfield haya puesto este artículo en forma especialmente genérica, y situado a continuación del que crea con contenido diferente de el 1109 la responsabilidad directa de los servidores públicos, tiene el doble motivo de ampliar la responsabilidad del autor material del daño, en el caso del 1112, y de hacer nacer una responsabilidad que asegure la moral republicana y el respeto al pueblo soberano; la responsabilidad del superior jerárquico, como ineludible paso, toda vez que existe responsabilidad de un dependiente; no ya según el artículo 1112, sino y precisamente según del artículo 1113.

9. — Debe tenerse fundamentalmente en cuenta que lo que el artículo sanciona no es la responsabilidad por el hecho del dependiente en cuanto responsabilidad de patrón o empleador sino responsabilidad por el hecho de una persona en cuanto ella está bajo la dependencia de un sujeto de derecho. No debe pretenderse restringir los amplios términos del artículo 1113, queriendo encontrar allí una relación contractual de, p. ej., locación de servicios”; bien está que en la locación de servicios el locador está bajo la dependencia del locatario, pero ello no puede fundar ningún argumento a contrario sensu. El hecho de que la relación contractual de referencia, u otra cualquier, contenga una relación de dependencia, no implica que deba necesariamente haber contrato para que exista la dependencia.

En otros términos, lo importante para precisar el contenido del artículo 1113 es pura y exclusivamente la relación de dependencia. Dependier, dice el diccionario de la Academia, es "estar subordinado a una persona o cosa; venir de ella como de su principio, o estar conexas una cosa con otra, o seguirse de ella", y dependiente, es "el que sirve a uno o es subalterno de una autoridad".

Desde el punto de vista lingüístico es pues bastante amplia la noción, y todo funcionario o empleado depende, en consecuencia, inmediatamente, de su superior jerárquico, y en escala ascendente, mediatamente, del Estado mismo.

Si se analiza el contenido jurídico de la relación de dependencia no se arriba a conclusiones diversas. Desde la "sudditan-

* Ni siquiera en el derecho francés, menos amplio que el nuestro, se requiere contraprestación por la labor del dependiente, para la aplicación de la resp. ind. (Mazeaud, p. 805. La "preposition", dice Demogues, no es un "contrato, sino una situación de hecho" (cit. por Mazeaud, op. loc. cit.).

za" hasta hoy, la relación mencionada se resuelve siempre en un contenido de autoridad, y dependiente es siempre, en última instancia, el que debe obedecer la orden de otro, es decir, el que está sujeto para tales o cuales circunstancias o tareas, a la autoridad de alguien. En este sentido el funcionario o empleado está también sujeto a la autoridad inmediata de su superior jerárquico, y mediata en escala ascendente, del Estado, en cuanto sus superiores son órganos de éste.

No hay contradicción en esta doble dependencia para una misma tarea; sólo la habría en el caso de que los dos individuos de quienes depende para esa tarea fueran independientes entre sí. Desde el momento en que los dos individuos —el superior y el Estado— están relacionados entre sí de modo que no se presenten conflictos de autoridad, toda dificultad desaparece. Los empleados de una oficina o un servicio no son menos dependientes de su jefe porque éste sea a su vez "dependiente" del Estado, y por ello la responsabilidad indirecta del superior jerárquico por el hecho de su inferior jerárquico, no excluye ni presupone la responsabilidad "indirecta" del Estado por eso mismo hecho.

En conclusión todo servidor público que se halla en condiciones jurídicas de dar órdenes a un funcionario o empleado estatal lo tiene bajo su dependencia; luego, es responsable por los hechos que éste cometa en el ejercicio de las tareas comprendidas en la relación de dependencia dentro de la cual podía válidamente darle órdenes e instrucciones obligatorias⁸⁸.

10. — Advertida esta aplicación del artículo 1113, adquiere nueva importancia la existencia del artículo 1112. El art. 1112 crea una regla general para todos los agentes estatales, y por ello la responsabilidad indirecta del superior jerárquico no es sino un subcaso de responsabilidad de funcionarios y empleados públicos; el hecho ilícito del dependiente por el cual se responsabilizará a su superior, no es el previsto en el 1108, sino en el 1112.

Pero además, el artículo 1112 debe tenerse en cuenta para caracterizar la culpa en eligiendo al superior: dicha culpa debe buscarse dentro del marco del irregular cumplimiento de las obligaciones legales impuestas al funcionario. Por supuesto, la culpa en eligiendo sólo puede existir en el caso de entidades autárquicas o cuando la facultad de nombrar agentes del Estado haya sido delegada.

⁸⁸ La jurisprudencia francesa, en sentido similar, habla de "el derecho de darle órdenes o instrucciones sobre las funciones para las cuales está empleado" (Mazeaud, op. cit. p. 814), lo que es muy significativo, dada la mayor amplitud de nuestra ley.

La cuestión queda así limitada al caso de la culpa in vigilando, considerara con referencia al control jerárquico de los miembros de la A.P. Si bien la responsabilidad del art. 1112 es directa, constituye la regla general que abarca y restringe la indirecta; debe haber un irregular cumplimiento de la obligación de dirigir, y ese irregular cumplimiento debe ser una culpa in vigilando. Cuando se particulariza que la obligación legal relativa a la función es dirigir la marcha de una oficina u órgano estatal, se advierte que la culpa in vigilando consiste en una mala vigilancia en el sentido de dirección y organización de la oficina u órgano; no se trata de una vigilancia personal y actual de la actividad del dependiente, pues ello es generalmente imposible en una organización administrativa burocrática. La vigilancia que exige el artículo 1113, interpretada según la regla del 1112, consiste en una actividad de organización, de dirección, y eso es lo que debe apreciarse en la determinación de la culpa. Si el jefe ha organizado correctamente la marcha de las actividades a su cargo, y si ha tomado las precauciones aconsejables para impedir el proceder dañoso de sus dependientes, no tiene culpa in vigilando cuando éstos realicen un daño, aunque éste efectivamente hubiera podido ser evitado con la vigilancia del jefe en persona, y ese tipo de vigilancia hubiera sido posible; la culpa sólo existe dentro del marco del irregular cumplimiento de la obligación del cargo, y esa obligación es en este caso dirigir y organizar.

El hecho de que la responsabilidad del superior se configure según el art. 1112, no significa que sea directa, ya que en el régimen del C.C. es responsabilidad directa sólo la que deriva del daño causado por uno; cuando un empleado de un servicio u oficina desorganizada y mal vigilada comete un daño, la responsabilidad del superior sólo puede ser indirecta (es decir, no puede ser directa, porque el dependiente no es órgano suyo), en virtud de que él no cometió el hecho. Por ello, a pesar de que su responsabilidad en este caso se estructura alrededor de la hipótesis del 1112 (cumplimiento irregular de la obligación de vigilar y dirigir), no se trata de responsabilidad directa, sino indirecta.

Sólo en el caso de que se pruebe que la causa materia del hecho es la defectuosa organización —lo que puede subsumirse en el caso de órdenes que al ser ejecutadas derivan necesariamente en un daño— puede hablarse de responsabilidad directa del superior (lo que no excluye, por supuesto, la resp. directa por los demás hechos propios que realice).