

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COSTA RICA

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ
Encargado de Derecho Administrativo

Los textos básicos de la responsabilidad civil en Costa Rica, tanto pública como privada, son los artículos 104 del Código Penal, que remata en su inciso 6º con el reconocimiento de la responsabilidad subsidiaria del Estado por los hechos punibles cometidos por sus funcionarios y empleados; y los artículos 1045 y 1048 del Código Civil, que contemplan formas diversas de responsabilidad no susceptibles de reducirse a una idea matriz común. ⁽¹⁾ ✓

(1) Art. 137 inciso sexto Código Penal: Están asimismo obligados a la reparación civil... (del daño nacido de hecho penal) inciso 6º: Subsidiariamente el Estado, las Municipalidades y demás instituciones sometidas a la tutela de aquéllos, por los hechos u omisiones en que incurrieren sus funcionarios con motivo del ejercicio de sus cargos".

Art. 1045 Código Civil: Todo aquel que por dolo, falta, negligencia, imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

Art. 1048 párrafo tercero: El que encarga a una persona el cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia; y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado, causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.

Art. 1048 Código Civil párrafo cuarto: Sin embargo, no podrá excusar con esas excepciones su responsabilidad el que explota una mina, fábrica, establecimiento de electricidad u otro cualquiera industrial, o el empresario de una construcción; y si no le hubiere, el dueño de ella, cuando su mandatario, o representante o persona encargada de dirigir o vigilar la explotación o construcción, o cuando uno de sus obreros causa por su culpa en las funciones en las cuales está empleado, la muerte o lesión de un individuo, pues será entonces obligación suya pagar la reparación del perjuicio.

Art. 1048 Código Civil párrafo quinto: Y si una persona muere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada".

→ 106

I.—Alcance del artículo ~~7º~~ inciso 6º Código Penal.

Es importante advertir desde ahora que el artículo 137 inciso 6º Código Penal, específicamente se refiere al Estado para atribuir al mismo —aunque subsidiariamente, como se dijo— todas las consecuencias civiles de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios "con motivo del ejercicio de sus cargos".

Esta holgada fórmula presenta decisiva importancia a efectos de determinar las condiciones de imputación del acto dañoso al Estado, que, a su tenor, pueden ser mucho más numerosas y amplias que las permitidas por la fórmula genérica del artículo 1048 Código Civil. Significa que son referibles al Estado, y pueden erigirse en causa de responsabilidad para éste, no sólo las conductas punibles dadas "en la ejecución" sino también aquellas sobrevenidas "con ocasión" del ejercicio del cargo.

Y es también decisiva porque hace responsable al Estado sin calificar ni la clase de función desempeñada, ni la conducta del Estado mismo, a través de los jefes o agentes encargados de la elección y vigilancia del servidor que ha incurrido en delito o cuasidelito. En la medida en que, con los medios y oportunidades de acción ofrecidos por el cargo, el agente público cometa una falta penal, en esa misma medida el Estado responde, aparte e independientemente de toda culpa en la elección y la vigilancia.

Única limitación a esta carga estatal es su carácter subsidiario, definido por ley y ocasionalmente mantenido por nuestra jurisprudencia. ¿Significa ello que es preciso, no sólo hacer excusión civil previa en bienes del agente público penalmente responsable, sino, además, obtener condenatoria en la vía penal, contra éste y contra el Estado como corresponsable, para habilitar la acción civil contra el último?

Brevemente puede apuntarse que, según mantenida interpretación jurisprudencial del artículo 7 del C.F.C. y 24 del C.P.P. es posible establecer la acción civil derivada de

un hecho penal (delito o cuasidelito) para el cobro de la indemnización respectiva, independientemente de la acción represiva y que, consecuentemente, no es precisa la condenatoria previa en esta vía para plantear demanda de reparación contra el Estado.⁽²⁾ Único requisito al respecto parece ser el de la frustración previa de la acción civil contra el servidor público responsable por el hecho punible, requisito que erigido en causa de legitimación activa contra el Estado, resulta a la vez condición de la competencia en materia Civil de Hacienda y objeto de apreciación oficiosa por parte del Tribunal. La jurisprudencia, sin haber hecho un detenido análisis, ha sido contradictoria en el punto.⁽³⁾ El espíritu de la más reciente parece ser, sin embargo, el rechazar una acción directa contra el Estado, pero no el exigir una acción subordinada a lo penal contra el funcionario.

Excepción hecha de tal grave escollo —inevitable porque legal— queda vigente la responsabilidad del Estado, por hecho punible de sus servidores, en las condiciones irrestrictas arriba apuntadas. Es claro que la mayoría de las faltas de un servidor público con daño para terceros y en ejecución de actividades técnicas o materiales, que son hoy día las más frecuentes, configuran cuasidelitos penales (y

(2) Ver Casaciones: 3.40 hs. 7/8/25; 15 hs. 17/4/41; 14 hs. 23/1/46.

(3) Casación 2.20 hs. 26/7/27: Se trataba de vejámenes, torturas y confiscaciones inflingidas a un extranjero por el Gobierno de los Tinoco, de alcance típicamente penal. Considerando 9: "Así, pues, asume el recurrente que en el caso de que funcionarios del Estado, o empleados subalternos de aquéllos, cometan delitos, puede demandarse a éste último de plano, ante los tribunales civiles, exigiéndole una responsabilidad refleja por daños y perjuicios. Sin embargo, la tesis es inaceptable porque conforme a la ley, los daños y perjuicios provenientes del delito, como consecuencia que son de éste, sólo pueden ser mandados a pagar por los tribunales de justicia represiva, según resulta de las disposiciones de los artículos 1º del C. P. Penales y 25 del C. Penal (anterior al actual)". Ignorando la subordinación de la vía civil y aludiendo nada más al carácter subsidiario de ésta: Casación No. 52 de 16:15 hs. del 13 de mayo de 1959 Considerando 1: (Se trataba de saqueo de un negocio por tropas del Gobierno en el mismo acantonadas, para la reconquista de Villa Quesada durante la invasión de territorio nacional en 1955); "la negativa de los Tribunales de mérito a la procedencia de la acción a que se refiere este juicio, se apoya fundamentalmente en los argumentos que expuso el Juez de primer instancia, o sea que la demanda se fundó en hechos ilícitos penales, supuestos en los cuales únicamente responde el Estado en forma subsidiaria, según el artículo 137 inciso 6º del C. Penal. . . . Que, aunque la redacción del art. 137 inciso 6º no esté acorde con las reglas de la sintaxis como lo observa el recurso, eso no daría motivo para estimar que la garantía o responsabilidad del Estado deba ser solidaria y no subsidiaria como expresa dicho inciso".

civiles al tiempo) que caen de lleno dentro de los términos del artículo 137 inciso 6° C. Penal, y que, en tal caso, su reconocimiento como fuente de responsabilidad puede abrir una amplia vía por donde dirigir hacia el Estado muchos actos de sus servidores, remotamente conexos con los fines y los motivos legales del cargo respectivo.

[No importa si acción u omisión, si acto jurídico u operación material, si para el fin de la función o para otro diverso, si en observancia de todos los trámites legales o con prescindencia de los mismos, siempre que el cargo sea la ocasión aunque no sea el motivo único, siempre que el desempeño público brinde el contacto o los medios sin los cuales éste hubiese sido imposible, el delito o cuasidelito es imputable al Estado como causa de su responsabilidad (subsidiaria).]

No es éste el momento para hacer una pulcra distinción —que nunca podrá serlo mucho— entre falta de servicio y falta de personal, como causas de responsabilidad pública. Pero en todos los sistemas en que el problema ha adquirido madurez y solución eficaz, ha sido precisamente la distinción entre acto ejecutado en ejercicio del cargo, y acto ejecutado con ocasión de éste, la que ha servido de explicación a aquel otro binomio doctrinal, acto de servicio igual a acto ejecutado en el ejercicio del cargo; y acto personal igual a acto ejecutado apenas con ocasión del mismo. >

El problema ha sido, justamente, lograr la distinción y la terminología primero, para borrarlas después, y acumular a todo acto personal un acto del servicio, ampliando la responsabilidad del Estado hasta donde llega la oportunidad u ocasión que brindan su organización y sus medios. Así, queda excluida esa responsabilidad únicamente cuando la falta cometida está totalmente desvinculada del cargo, no sólo porque no va dirigida al cumplimiento de sus fines sino porque, además, ha sido cometida fuera de los contactos y oportunidades y sin los medios materiales que pro-

cura normalmente al funcionario. Tal acto no sería sólo separable sino, además, extraño a la función.

Fuera de las muchas razones que abonan esta tendencia expansiva de la responsabilidad estatal, una es decisiva, y es la sin razón de la tendencia contraria. Pues, fuera de que ésta excluye esa sujeción del Estado cuando el daño es normalmente más grave, por la mayor ilicitud de la falta personal, la opuesta que la incluye dentro de la actividad pública, no ve tanto esa mayor gravedad cuando el interés del ofendido, que es igualmente víctima del aparato estatal en uno como en otro caso. En ambos, en efecto, es un funcionario que actúa a nombre del Estado —aunque lo haga por cuenta propia— y, sobre todo, potenciado por los medios y las oportunidades exclusivos de su cargo, el que ha lesionado el interés del administrado, igualmente impotente para resistir la fuerza de esos medios o evitar el peligro del trato con aquél. Y por eso, en ambas hipótesis, se estima que el servicio mismo ha sido, sino causa única determinante, al menos condición indispensable en la producción del daño. Ha sido lo que los especialistas en materia de responsabilidad llaman causa equivalente. Así, toda falta personal es, a la vez, una falta de servicio y el Estado es siempre o casi siempre responsable.

En Costa Rica se ha malogrado este magnífico escape hacia una más liberal concepción de la responsabilidad estatal. La interpretación de los artículos 137 inciso 6° C. Penal, 1045 y 1048 párrafo tercero C. Civil, ha llevado a reducir la responsabilidad por hecho penal cometido con ocasión del ejercicio del cargo, a la fundada en hecho cometido en el ejercicio mismo. No hay sentencia alguna que haga la equiparación, pero es claro que muchos casos resueltos sin responsabilidad para el Estado han presentado un aspecto típicamente penal, que propiciaba una solución contraria aún si el hecho juzgado tenía apenas una remota conexión con los fines y competencias del servicio prestado. Se ha interpretado que en tales supuestos hay responsabilidad sólo si el funcionario actúa en uso de poderes propios

de su competencia y para los fines propios del cargo. Las otras hipótesis de faltas cometidas con abuso de los instrumentos, o las apariencias y oportunidades de trabajo, si hay y porque hay incompetencia o desviación de poder, se han considerado siempre excluyentes de la responsabilidad estatal, no obstante su obvio carácter penal. Y se trata, sin embargo, de hechos punibles cometidos con ocasión del ejercicio del cargo, tal y como lo preve el artículo 137 inciso 6° C. Penal.⁽⁴⁾

La Jurisprudencia ha ignorado este texto y casi no ha intentado justificar la utilización sustitutiva de los artículos 1045 o 1048 C. Civil. Múltiples supuestos delictuosos o cuasidelictuosos se han fallado, sin haber hecho cuestión el

(4) Casación 15:30 hs. 28/8/42 Considerando 11: Un empleado de la Asamblea Legislativa que, valido de sus relaciones con los diputados, acostumbraba vender giros de éstos, vende también aquéllos para cuya negociación no estaba autorizado, con utilización de constancias apócrifas de autorización iguales a los "machotes" del Gobierno, y empleo abusivo del sello del Congreso sobre las firmas falsificadas. El particular ofendido compra de buena fe. Dijo Casación: "Que un amanuense en los servicios de la Secretaría de la Cámara Legislativa, obra completamente fuera del ejercicio de sus funciones cuando hace negociaciones con el sueldo de diputados, en nombre de éstos; y realmente el actor reclamante en este juicio, gravemente lesionado en su patrimonio, conllo demasiado al admitir esa representación del amanuense sin hacer investigación alguna directa con los miembros de la Cámara cuya supuesta cesión de sueldo le ofreció aquel; también el haber llevado dicho empleado, al hacer la propuesta de venta de los sueldos, con constancias apócrifas iguales a las en que se hacen los traspaños ciertos, y el haber puesto en aquéllas el sello del Congreso, eran cosas extrañas a sus atribuciones, y fueron precisamente formas o medios de que se valió para engañar al señor X, con lo que incurrió en las características de la estafa y del uso indebido de sello".

Es aún más claro el caso de Casación 19:20 hs. de 19 de abril de 1937:

El Oficial Mayor del Ministerio legalmente facultado para expedir giros por delegación del Ministro y frecuentemente habilitado por éste para hacerlo, inicia la venta de giros de otros funcionarios, previa expedición sin causa de los mismos. El comprador, que adquiere de buena fe, amparado en la investidura del funcionario, en su conocida potestad para expedir giros, y en la apariencia de las fórmulas oficiales empleadas, descubre el fraude y reclama.

Considerando 2: Que los giros a que esta acción se refiere aún cuando llenaron la primera de esas exigencias legales ("que el funcionario que los expida proceda dentro de sus atribuciones legales") carecen de otras formalidades expresadas, por lo cual su pago no le es exigible al Estado (sello blanco del Jefe de Sección de la Secretaría de Hacienda y el "páguese de ésta")... Considerando 5: Que el expresado artículo 1048 al declarar la responsabilidad del Estado por las razones que expresa la sentencia, ha sido mal aplicado, pues para que esa responsabilidad resulte es necesario que el acto delictuoso o cuasidelictuoso que cause el daño haya sido cometido por el empleado dentro de las funciones para las cuales está designado. En el caso no era oficio propio del funcionario la negociación de giros suyos o de terceras personas, de manera que al hacer la operación con la demandante procedía como particular. Argumentación de la sentencia que cae por su base si se piensa que el resultado hubiese sido el mismo si el funcionario infractor hubiese expedido sin causa los giros —como lo hizo— y otro, y no él, los hubiese vendido o comerciado.

Con igual carácter penal inadvertido por los Tribunales: Casaciones 15:15 hs. 31/1/30; 16 hs. 20/8/53; 16 hs. 18/11/58; 15:20 hs. 30/4/52.

ff. resp. del Edo. Per
[Handwritten signature]

Tribunal sobre el carácter subsidiario o solidario de la acción intentada, ni de la distinción conceptual entre el hecho por ocasión y el hecho por ejercicio de la función pública.

Es posible arguir, a favor de esta preterición, que el artículo ~~107~~ ¹⁰⁶ C. Penal sólo es aplicable cuando se reclama subsidiariamente —y no solidaria ni directamente— la responsabilidad del Estado, lo que es cosa rara; y que, en situación así, conviene llevar la mayoría de los casos al ámbito de los artículos 1045 y 1048 del C. Civil, donde obtendrán una más pronta acogida, que mantenerlos dentro de la cobertura del artículo ~~107~~ ¹⁰⁶ C. Penal, donde la dilación en la justicia destruye las bondades de la ley de fondo.



Opinamos diversamente. La extensión de la responsabilidad estatal, como principio sustantivo, es mucho más importante que la rapidez en la justicia, porque es la justicia misma en materia de responsabilidad. Resulta mucho más ventajoso para el administrado la oportunidad de obtener una reparación a su agravio, con base en normas liberales y amplias de responsabilidad, aunque a largo plazo, que la probabilidad de una rápida indemnización, pero de difícil logro por las condiciones excepcionales en que procede. Es preferible, en otras palabras, la dilación en el trámite, que la imposibilidad frecuente del derecho reclamado.

Unido a la actual desaplicación del artículo ~~107~~ ¹⁰⁶ citado, ha contribuido más a relegar su vigencia, el error del litigante que reclama directamente contra el Estado por el hecho penal de su servidor, como si fuese solidaria —y no subsidiaria— la responsabilidad en juego.

Hay también Casación que mantiene la posibilidad de una demanda directa contra el Estado: Casación 10:30 hs. 26/8/48:
Considerando III: "nada impide que el perjudicado con el hecho delictuoso exija la indemnización, ya sea ejercitando la acción penal, a la que va unida la civil, o bien que ocurra directamente a los tribunales civiles ejerciendo el cumplimiento de ésta última, como principal. A tal procedimiento no se opone el artículo 725 del C. Civil, que se dice violado, pues cuando éste determina los efectos de la cosa juzgada en materia penal no alude a las indemnizaciones civiles, de modo que éstas pueden ser discutidas en la vía civil". (Entendido todo ello naturalmente en relación con el Estado).

Y de ambos fenómenos conjugados, ha venido la casi total ausencia del artículo 137 inciso 6° C. Penal de nuestros fallos. En su lugar y como malos suplentes, han actuado ya desde hace decenios los artículos 1045 y 1048 párrafo tercero del C. Civil.

II.—El Código Civil y la responsabilidad. *

En Costa Rica las normas básicas de la responsabilidad civil —pública o privada— han sido los artículos 1045 y 1048 párrafo tercero C. C. El primero que crea la responsabilidad por hecho propio exclusivamente, y el segundo la responsabilidad por hecho propio en relación con la conducta ajena, que es la llamada culpa in eligendo et in vigilando.

Progresivamente, el párrafo cuarto del artículo 1048 C. Civil establece una responsabilidad por hecho ajeno, a cargo del empresario industrial o constructor, que supone una culpa del encargado o comisionado, pero ninguna del empresario mismo como comitente o dueño del servicio. Este, quiere decirse, responde por la culpa ajena aunque no haya cometido falta alguna en la elección y vigilancia de su servidor o agente culpable.

Y, llevando su atención al terreno de los meros riesgos, el mismo artículo 1048 C. Civil párrafo quinto finalmente consagra una responsabilidad contra el empresario o persona explotadora de vehículos automotores o máquinas motrices, por el hecho puro y simple del daño causado, salvo prueba de fuerza mayor o culpa de la víctima. No sólo no es preciso, en esta materia de vehículos y automotores, que haya habido culpa in eligendo et in vigilando, sino que tampoco lo es que haya habido culpa siquiera del comisionado o encargado del aparato causante, cuando actuaba a nombre y por cuenta de otro. Si en ausencia de culpa tal, resulta desconocida la causa del daño y no probada la fuerza extraña que lo produjo, el mismo es imputable al empresario, no obstante la indeterminación causal referida. Es el caso fortuito, en realidad, el que está

Si puesto a cargo del empresario, que así no quedaría liberado aún si demostrase no haber incurrido en culpa alguna, ni él ni su dependiente, mientras no probara la fuerza mayor.

Las defensas de fuerza mayor, culpa de la víctima o de terceros, son oponibles frente a cualquier responsabilidad de las tipificadas por el C. Civil, aunque sólo estén expresamente mencionadas en el párrafo quinto del artículo 1048 íbidem. Fuera de que se trata de causas genéricas de exculpación, esa su importancia liberadora dimana en el caso de una muy específica razón, que es la necesidad de un vínculo causal entre el hecho y el daño, que sea particularmente concreto y definido, para fundar la responsabilidad estatal.

Requisito
de la imputación
estatal
resp.

La responsabilidad por el manejo de vehículos y automotores ha quedado nuevamente regulada por los artículos 26 y 27 de la Ley de Tránsito, donde, sin aludir a las defensas posibles del inculpaado y, en consecuencia, sin derogar la previsión del artículo 1048 párrafo quinto C. Civil, se agrega que todo vehículo responde por los daños que cause; responsabilidad real de la cosa misma, que existe sin culpa alguna de su dueño, y aún en los casos en que el autor del daño haya robado o sustraído el vehículo, pese a todas las precauciones y protecciones para su buena guarda.

culpa de un tercero

La inexistencia de un cuasidelito de daños en nuestra legislación —que sólo contempla el delito correspondiente— ha permitido que la Ley de Tránsito erija en simple falta de policía los más graves accidentes de circulación, salvo lesiones o muerte; y que, en definitiva, la mayoría de los casos se fallen primero por una Agencia de Policía del Tránsito, para ser cobrados después en la vía civil de ejecución de sentencia, sin grandes oportunidades de debate. Así, la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad real, nacidas para aliviar los intereses ofendidos, a veces con enormidad, en asuntos de tránsito, han muerto ahoga-

Resp x Resp
Resp Real

Muerto han pocos años los arts. 1045
y 1048 CC constituyen el único fun-
damento de la responsabilidad con-
to civil como públus junto con el 1347
del Cod Penal y algunas leyes que
aplican en materia de responsabili-
dad pero en ámbitos restringidos por
la Ley de riesgos profesionales o la de
Aviación Civil

das por un sin número de fallos banales, casi sin ninguna
miga doctrinal.

Y, en cuanto al párrafo cuarto del artículo 1048 C.
Civil, que abarca sólo las hipótesis de daños causados por
la industria y la construcción, es posible decir que su apli-
cación es restringida y no ha tenido expansión, dado el
carácter excepcional de la responsabilidad que define.

Es extraordinario, sin embargo, el avance que esta nor-
ma representa frente a la inoperante regla de la culpa in
vigilando et in eligendo, porque en la industria y la cons-
trucción —al revés que en los otros casos cubiertos por el
artículo 1048 párrafo tercero— el fundamento de la res-
ponsabilidad es el riesgo creado y el provecho a obtener,
y la naturaleza de la obligación la de una verdadera ga-
rantía o seguro por el empresario de todos los daños cul-
posamente causados por sus dependientes, aunque sin culpa
alguna de su parte en la elección o la vigilancia. Tal
adelanto, especialmente ventajoso para la víctima, ha mo-
tivado otras normas especiales pero no ha socavado nuestro
régimen general de responsabilidad.

Los artículos 1045 y el 1048 párrafo tercero, C. Civil,
han resistido todos los embates legislativos y perduran co-
mo las únicas normas de principio sobre la responsabilidad
civil en C. R. Han surgido, después, regímenes aún más
atrevidos, pero todos confinan a un limitado campo la in-
novación que aportan en materia de responsabilidad. Así,
la ley de riesgos profesionales incorporada al Código de
Trabajo, que sólo admite liberación del patrono por fuerza
mayor, dolo o embriaguez de la víctima; la Ley de Aviación
Civil, que establece la responsabilidad tarifada y sin culpa
alguna, absorbente incluso de la fuerza mayor, de la em-
presa aérea frente a terceros damnificados; y también la
indicada responsabilidad real del vehículo, creada por Ley
del Tránsito. Todos estos regímenes, o restringidos o desa-
plicados, han cedido el paso a aquellas otras dos normas
fundamentales, eje de casi toda la construcción jurispuden-

El sustrato constitucional de la responsabilidad del Estado lo podemos encontrar en los arts 9 y 41 ver p. 145

cial sobre el tema. Sistema de responsabilidad que es común para lo público y lo privado: en Costa Rica la responsabilidad del Estado se rige por iguales principios que la del particular.

III.—La Constitución y la responsabilidad del Estado.

Hoy es posible, sin embargo, levantar una más vigorosa construcción en C. R. y ampliar el frente de la responsabilidad sobre bases sólidamente constitucionales.⁽⁶⁾

La responsabilidad del Gobierno, como principio general (artículo 9 Constitución Política) puede significar la del Estado o la personal de sus agentes. Aparte de razones dogmáticas que se expondrán casi enseguida, hay una positiva que impide confundirlas y reducir el sistema a ésta última, que es su doble consagración constitucional.

Si el Gobierno es responsable porque lo son sus funcionarios, resulta innecesario consagrar en norma aparte (artículo 11 y 148 C. Política) la responsabilidad de éstos; y si el Estado es responsable, y no sólo personalmente sus servidores, resulta igualmente necesario atribuir esa responsabilidad al Gobierno mismo, como unidad de los tres Poderes. La responsabilidad del Gobierno, en otras palabras, es la de todos y cada uno de las oficinas del Estado, y en tanto que la oficina es distinguible doctrinariamente del titular, es una responsabilidad de aquélla y no de éste.

(6) Ha dicho la Constitución:

Art. 9: "El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable".

Art. 41: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

Art. 11: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública".

Art. 148: "El Presidente de la República será responsable del uso que hiciere de aquellas atribuciones que según esta Constitución le corresponden en forma exclusiva. Cada Ministro de Gobierno será conjuntamente responsable con el Presidente, respecto al ejercicio de las atribuciones que esta Constitución les otorga a ambos. La responsabilidad por los actos del Consejo de Gobierno alcanzará a todos los que hayan concurrido con su voto a dictar el acuerdo respectivo".

Aquí lo fundamental parece ser la separación conceptual entre oficina y funcionario y si bien es sostenible que éste es parte de aquélla, resulta imposible, en todo caso, su identificación. La oficina es siempre algo más que su titular, aunque sea la unidad jurídica del mismo como sujeto psico-físico con una competencia normativa. Así, la responsabilidad del Gobierno es algo distinto de la de sus funcionarios, exactamente como el Gobierno es algo distinto de la suma de estos últimos, porque es, además, la unidad ideal y permanente de todas sus oficinas, constitucionales y legales.

La disposición del artículo 9 C. Política queda complementada con la del art. 41 ibidem que garantiza al hombre que "ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

Se trata de una entre las garantías individuales que —como todas éstas— se da frente al Estado y, en este caso particular, casi únicamente frente a él, porque nadie sino el Estado podría procurar o denegar el beneficio de aplicación estricta e indiscriminada de la ley que aquella norma aparentemente procura.

Ubicada entre las garantías de la seguridad jurídica, que le permiten al individuo anticipar los casos y la forma de intervención de la autoridad sobre su libertad o sus bienes, pareciera que la misma se limita a prohibir la denegación de justicia y a ordenar la aplicación fiel y estricta de la ley por esta última. Sería un mandato dirigido exclusivamente al Poder Judicial, encargado de aplicar la ley al litigio. (Ignacio Burgoa, Las Garantías Individuales, página 396).

Es nuestro concepto que el alcance de esta norma es mucho más amplio y que contiene una garantía no sólo de exacta e igual aplicación de la ley a los casos que ocu-

rran, sino sobre todo una garantía de la integridad de los bienes privados frente al Estado en general, y no sólo frente al Poder Judicial, que obliga al mismo a reparar todo daño que cause su funcionamiento en la "persona, la propiedad o los intereses morales" (del particular).

De conformidad con esta interpretación lo que quiere decir el artículo 41 C. Política es que el Estado será responsable siempre que, con violación de la ley, agrave y lesione aquellos bienes, o siempre que la aplicación de la ley cause un daño en forma especial y anormal a un individuo o grupos determinados.

Se puede oponer a esta interpretación del art. 41 el sentido aparente y fácil de su texto, que pareciera decir más bien que únicamente habrá responsabilidad del Estado cuando la Constitución o la ley (entendida como norma en general) la establezcan, estrictamente en la medida y condiciones en que lo hagan, sin que pueda afirmarse que aquél produzca por sí mismo un régimen autónomo directamente aplicable de responsabilidad estatal.

De este artículo constitucional, podría decirse, lo único que se desprende es que el Poder Judicial deberá declarar responsable al Estado cuando proceda de conformidad con la ley y en los casos, forma y medida en que ésta lo permita, sin que del mismo pueda derivarse un régimen constitucional de todos esos aspectos que sea distinto o contrapuesto al del C. Civil o Penal. El art. 41, en otras palabras, es una norma programática, que se remite a otras leyes y depende enteramente de éstas para su aplicación. Los agravios que serán indemnizables con base en dicho artículo constitucional serán únicamente los que designe la ley común, y sobre este punto ninguna prescripción sustantiva y autónoma contiene el texto de aquél.

Nuevamente es necesario hacer un examen del punto principal para la inteligencia de la norma, que es el principio de reparación del agravio que contiene y asegura.

¿Qué significa este principio y qué obligatoriedad tiene?

La norma es divisible en dos párrafos, el primero de los cuales formula una garantía que podemos llamar sustantiva, porque se refiere directamente al derecho de obtener justicia cuando se ha sufrido injuria o daño por acto del Estado, sin mención alguna de condiciones o requisitos procesales para ese efecto. El segundo párrafo, en cambio, establece las reglas de la justicia en la materia, que debe ser pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes, y configura una garantía adjetiva o procesal. Si se admite que la Constitución es también una ley, porque es una norma, el punto a determinar es si la misma —a través de la garantía sustantiva formulada en el art. 41— dispone algo en forma directa y autónoma en materia de responsabilidad, de modo que pueda ser inmediatamente aplicable sin o contra la ley existente; o si, más bien, contiene una regla vaga dirigida al legislador, para que le sirva de guía pero sin imponerle ninguna limitación precisa en la creación del régimen de la responsabilidad estatal. En el primer supuesto este régimen podría emanar de la Constitución que derogaría toda norma opuesta sobre la materia; en el segundo, este régimen sólo podría emanar de la ley, que no encontraría ningún obstáculo ni límite en el art. 41 para restringir o ampliar a su antojo la responsabilidad del Estado.

La existencia de un límite material e infranqueable de la legislación sobre la materia, se revela si se piensa sobre la constitucionalidad de una posible ley que excluyese la responsabilidad del Estado incluso en las hipótesis previstas por el art. 1048 párrafo tercero C. Civil, de culpa en la elección y la vigilancia, y declarase, prácticamente, su irresponsabilidad por cualquier acto de gobierno o de imperio. Una norma tal, de darse, chocaría de lleno con la naturaleza del Estado de Derecho, pero específicamente con el artículo 41 C. Política, que expresamente dice todo lo contrario. Si el Estado no es responsable, de acuerdo con

-El art. 41 C. Pol. declara la no irresponsabilidad del Edo. frente a los administrados.

la ley y en estricta conformidad con ésta (en el supuesto en que nos hemos colocado), en qué quedaría la posibilidad de obtener reparación de los daños e injurias sufridos, que aquella norma promete?

Es, pues, evidente que hay un límite constitucional claro y preciso, que es la prohibición de declarar la irresponsabilidad o inmunidad del Estado en su calidad de Poder Público, sin salvedades ni limitaciones.

Y es también evidente que si la Constitución contiene formulaciones igualmente claras y precisas al respecto, que no se refieran sólo a ese límite extremo, habrá que considerarlas directamente aplicables, exactamente por la misma razón. El hecho de que la Constitución mencione la ley en su texto, no siempre indica que haga depender de ella su vigencia, porque puede significar simplemente que la Constitución la considera conveniente pero no necesaria para su aplicación.

En materia de garantías individuales es posible que la Constitución asuma dos posiciones: o bien que se remita de lleno a la ley, porque no defina precisamente los beneficios que asegura, o porque si lo hace éstos requieran de una regla posterior que organice los medios para procurarlos; o bien que los otorgue en forma clara y contundente, de modo que si no se da la ley que menciona habrá de entenderse concedido el beneficio sin limitaciones de ninguna especie, en favor del particular. [Esta última interpretación resulta necesaria no sólo porque si así no fuera quedaría en el aire una garantía constitucional claramente consagrada, por simple omisión del legislador, sino también porque es la debida en un Estado de Derecho, en el que las normas que crean esas garantías se dirigen principalmente a proteger al particular y deben interpretarse siempre en favor de éste.] => no se remite absoluta a la ley.

De acuerdo con lo dicho, lo importante en el caso del art. 41 C. Política es saber si de su párrafo primero se desprende alguna norma clara y precisa, que asegure al par-

particular contra las injurias o daños que reciba del Estado, aún aparte e independientemente de toda ley. Si la contiene y la ley no existe, o existe en contradicción con ese claro principio, el mismo se aplicaría igualmente y produciría un régimen constitucional autónomo de responsabilidad estatal. 51

Creemos que esto es evidente si se lee el dicho párrafo primero del art. 41 C. Política. Lo que menos éste significa es un mandato para que el legislador legisle de modo que todo agravio e injuria cometidos por el Estado encuentre debida reparación, ocurriendo a las leyes. Pero si esto es claro, resulta evidente que la voluntad de la Constitución sobre la materia es precisamente que el Estado repare siempre todas las injurias y todos los daños que cause, en beneficio del particular ofendido. No se trata de una norma destinada al legislador, sino de una garantía individual. En ausencia de ley que la consagre, o en presencia de ley que la contradiga, esa garantía de todos modos existe, porque su formulación constitucional es bien clara e imperativa por sí misma.

¿En qué términos está consagrada?

El art. 41 se limita a exigir una relación de causalidad entre el acto y el daño, y, naturalmente, que el acto sea del Estado, si se va a imputar a éste. Es decir, exige también una relación de pertenencia del acto a la función del agente público, autor de la lesión. 51

No se exige ahí, en cambio, que haya habido culpa en la elección y la vigilancia, que el acto dañoso haya sido cometido por quien está encargado de tales funciones, como jerarca o como contralor. Único requisito constitucional, en cuanto al acto mismo, es que éste sea una injuria, un acto ilegal. Si hay antijuridicidad hay responsabilidad aunque la culpa haya sido cometida por el más ínfimo de los funcionarios, encargados nada más de obedecer y ejecu-

tar órdenes, y ninguna sea reprochable a aquellos altos servidores públicos que nombran y vigilan a los demás.

Bastará que el acto causante del daño sea del Estado, para que nazca el deber de reparación a cargo de éste, aun si no ha habido antijuridicidad, aún si la actuación estatal ha sido legítima y **necesaria**?

Es en extremo significativo que el art. 41 dé amparo no sólo a la responsabilidad por las injurias sino también por los daños puros y simples, sin calificación alguna de la causa respectiva. Pues mientras el vocablo "injuria" equivale a lesión contra derecho, la palabra "daño" admite toda clase de relación, incluso la de conformidad, entre la ley y su causa; un daño es siempre el mismo, en tanto que tal, sea jurídica o antijurídica la conducta que lo produjo. Esta fina distinción constitucional abre las puertas en C. R. a la llamada indemnización de derecho público, motivada en el funcionamiento normal y legítimo del Estado.⁽⁷⁾ Su base en Costa Rica debe buscarse, fuera del art. 41, en la analogía con el art. 45 C. Política, que consagra la expropiación por causa de utilidad pública, y en una hermosa jurisprudencia, de corte netamente liberal, que sostiene la obligación de indemnizar siempre que haya habido lesión necesaria a cualquier forma de propiedad.

Pero un extremo es claro al menos: que ese artículo no hace distinciones en cuanto al funcionario autor del daño, ni en cuanto a la clase de daño, ni en cuanto a la naturaleza de la falta. La Constitución abraza la totalidad de las funciones y jerarquías del Estado, a efecto de responsabilizarlo por los agravios que causen cualesquiera de sus agentes, en perjuicio de cualesquiera bienes jurídicos (materiales o morales) lesionados. La Constitución se coloca en el punto de vis-

(7) Dice el art. 121 de la nueva Ley de Expropiación Forzosa de España, 16/12/1954: "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en la vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo".

ta del ofendido para otorgar esta garantía, y se desentendiendo del Estado, autor del daño, cuya posición en el vínculo correspondiente carece de relevancia. Para ello, transforma en causa de responsabilidad todos los actos posibles de cualquier órgano y concibe al Estado como la suma total de éstos, el Gobierno, sin discriminación alguna para efectos de responsabilidad.

Con esto nuestra Constitución ha asumido una posición razonable ante el Instituto de la responsabilidad. El problema fundamental de éste es ciertamente el punto de vista elegido para establecer su régimen; si el del sujeto deudor, o el del sujeto acreedor de la reparación. El primero conduce a fijar la atención en la conducta causante del daño, para hacer depender el nacimiento y la medida de la responsabilidad del poderío económico del responsable y de sus vínculos más o menos estrechos con aquella conducta.

Así, una doctrina de la responsabilidad enfocada desde el punto de vista del Estado responsable, y no desde el de la víctima, puede llevar a clasificar a los funcionarios públicos en dos amplias categorías, la de gobernantes y representantes, y la de ejecutores o auxiliares. En cuanto sólo los primeros planean y dirigen la actividad estatal, y pueden, además, resolver indirectamente todos los problemas de la función pública, por su calidad de jefes, es posible identificarlos con el Estado y asegurar que será imputable a éste, porque íntimamente conexas con lo que en cada momento el Estado hace y decide, exclusivamente aquella actividad que emane de tales agentes privilegiados; y que no lo será, la que provenga de los meros ejecutores subordinados.

Pero, al revés, puede bien pensarse que los Gobernantes, lejos de fundar la responsabilidad del Estado, son más bien la expresión de éste en lo que tiene de discrecional o incontrolado, como poder propiamente político; y que, aún en la esfera administrativa, lo que los jefes hacen

*Dejamos
del cual
resp:
jerarcos
ejecut*

es precisamente derivación de esa función directora, que son los llamados actos de imperio. Y puede concluirse, entonces, que son nada más los actos de los ejecutores y auxiliares, no los de los gobernantes, los que por su carácter reglado o puramente ejecutivo, pueden producir la responsabilidad estatal.

En ambos casos ha desaparecido totalmente del cuadro el único interés pendiente de satisfacción después de producido el daño, que es el del ofendido. / Pues satisfecho el interés público mediante ese daño, o producido éste innecesaria e ilegítimamente, siempre es cierto que todo conflicto con el fin público perseguido se desvanece, y que sólo queda en pie la ofensa causada y la espera de la reparación. Es este el único punto de vista que debe realmente interesar en el problema. La distinción entre gobernantes y ejecutores, aunque distinta doctrinariamente, está inspirada en igual punto de vista unilateralmente estatal que la hecha entre funcionarios que actúan y funcionarios que eligen y vigilan; y también entre los que realizan actos de imperio y los que realizan actos de gestión.

No significa que sean lo mismo, ya que es posible que quien vigile sólo eso haga y no gobierne (Contraloría General de la República y Oficina de Presupuesto); o que quien realice actos de gestión (bilaterales) también adopte otros de imperio. (Juntas Directivas de cualquier institución autónoma). Pero, por regla general, el que gobierna es, a la vez, el que nombra y vigila, y también el que concentra —en regímenes de fuerte centralización administrativa como el nuestro— el poder de mando y de coacción. Se trata del Presidente y Ministro, o de los Jerarcas de los respectivos Poderes, Corte Suprema, Asamblea Plenaria, etc.

En el fondo, la doctrina del art. 1048 párrafo tercero C. Civil, conduce no sólo a una distinción entre las culpas que pueden crear responsabilidad (las que son en la elección y la vigilancia, nada más), sino, de rechazo, a una

distinción entre los funcionarios que pueden cometerlas: no lo son ni pueden serlo los simples ejecutores que realizan actos de gestión, al impulso y bajo las órdenes de los jefes. Pero esta doctrina lleva, paradójicamente, a una absurda conclusión; y es que, a su vez, los jefes propiamente tales, elegidos y no vigilados, tampoco pueden determinar con su conducta esa responsabilidad.

Más claro: El Estado puede incurrir en culpa en la vigilancia o en la elección por violación de las leyes que organizan sus oficinas de control interno y de selección del personal. La existencia de tales normas no garantiza su inexorable observancia, precisamente por ser tales y no leyes de la naturaleza. Sin embargo, hay un punto donde tal responsabilidad es imposible y al que convergen dos líneas de actividad: la culpa de funcionario pese a la debida prudencia en elegir o vigilar, y la del jefe, a quien nadie puede ni debe vigilar. En este último caso se trata, además, de un funcionario cuya elección es siempre debida y prudente, porque se da a través de la elección, o del nombramiento constitucionalmente regulado. Si la Constitución se cumple y la investidura se da regularmente, imposible resulta la culpa en la elección.

El razonamiento puede ir más allá y abarcar las hipótesis de órganos de elección, de control o de cualquier otro tipo, autónomos en su funcionamiento respecto del Jefe mismo del Poder correspondiente; así con nuestra Contraloría, cuya sumisión a la vigilancia de la Asamblea Legislativa es dudosa por su completa y expresa autonomía funcional, que la Constitución llega a calificar de absoluta (art. 183 C. Política); con nuestra Tesorería Nacional, igualmente independiente (art. 196 C. Política) o con la misma Dirección General del Servicio Civil, de muy débil vinculación con la Presidencia de la República. Si, entonces, el jefe de tales servicios comete falta en perjuicio de tercero, ¿dónde está la culpa anterior en la vigilancia que permita imputar responsabilidad al Estado?

La respuesta es aparentemente sencilla: el Estado no responde porque ha habido imposibilidad de vigilar, como lo prevee el mismo art. 1048 párrafo tercero C. Civil. Bajo la apariencia de un freno al ejercicio de las altas funciones políticas y administrativas, se trata más bien de una protección a la irresponsabilidad del Estado. Latente está la teoría del poder soberano, como poder irresponsable. (the King, can do no wrong.)

Nuestra Constitución se ha desentendido de toda esta bizantina y estéril distinción entre culpas y funcionarios, protectora del interés del Estado, para mirar únicamente al del ofendido y asegurarle una reparación en las condiciones más latas e indiferenciadas posibles.

Este punto de vista lleva a calificar el daño y no la conducta dañosa. En lo posible, todo daño deberá ser indemnizado, no importa cuál sea su naturaleza, su gravedad, la clase de falta o la jerarquía del autor de la misma.

Ya se vió como tal indeterminación de la causa permite cuando menos un doble tipo de responsabilidad estatal, la que es por injuria y la que es por simple daño, aunque legítimamente causado. Pero radicalmente excluye toda distinción entre conductas antijurídicas para efectos de hacer responsable al Estado por unas y liberarlo por otras, porque en ambos casos por igual habrá un daño injustificado e inmerecido, y contrario al orden jurídico. Ese daño es injustificado porque es ilegal y porque mientras no exista una relación jurídica concreta que confiera al Estado potestad para producirlo, se mantiene a su cargo el deber genérico de no dañar los derechos ni los intereses ajenos. Aunque sea el más ínfimo de los agentes públicos, o la más leve de las culpas, sea cual sea la clase de actividad realizada —física o jurídica— siempre que haya lesión contra derecho, la Constitución garantiza que ocurriendo al amparo de la ley el particular ofendido deberá encontrar reparación para su persona, su propiedad o sus intereses morales, incluso y sobre todo frente al Estado.

Así, al amparo de la Constitución el Estado es solidariamente responsable por todos los actos que realicen sus funcionarios y no podrá salvar su responsabilidad ni aun alegando que la lesión no "se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar" (art. 1048 párrafo tercero).

El Estado ha quedado equiparado, por obra de la Constitución, al industrial o al constructor, que responden en función de simples aseguradores o garantes de la conducta de sus dependientes, aun sin culpa directa alguna de su parte. (Art. 1048 párrafo cuarto C. Civil).

IV.—El art. 1048 párrafo 4º C. Civil y la doctrina del riesgo.

¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno, sin culpa del industrial ni del constructor en la elección o la vigilancia de sus dependientes?

Es la llamada teoría del riesgo, que elimina la culpa como factor condicionante de la responsabilidad. Ubi emolumentum, ibi onus, donde está el provecho, está la carga. Significa ello que aquél que crea un riesgo en su propio interés, debe asegurar a los terceros damnificados, para cuando se realice, la reparación de los daños consiguientes. En la hipótesis del art. 1048 párrafo cuarto, tal fundamento de la responsabilidad es evidente porque en su redacción deliberadamente se suprime toda mención a la culpa del comitente o patrono, y se limita el texto a consagrar como necesaria únicamente la del autor material y directo del acto. Y ello inmediatamente después de haber hecho lo contrario y definido la culpa in vigilando et in eligendo en el párrafo anterior, lo que revela a las claras la intención de no salvar aquella responsabilidad aun si se produce suficiente prueba de que —pese a la diligencia debida en el comitente y sin culpa alguna de su parte— ha sido inevitable el daño.

Fuera de la culpa, y sitiando su territorio, se extiende el riesgo, cada día más numeroso y grave, de la actividad con medios peligrosos, o de la organización eficaz y expedita, que no se abstiene de actuar aún a sabiendas de las lesiones o colisiones de intereses que puede desatar.

El aumento de población, la peligrosidad del poder material y mecánico multiplicado por la técnica, la fortaleza económica creciente de las empresas que logran triunfar con la utilización de esos instrumentos peligrosos, y, sobre todo, la enormidad de los perjuicios causables, comparada con la pequeñez patrimonial del simple empleado o dependiente, han determinado la adopción de este nuevo tipo de responsabilidad. Concebida simplistamente como contrapartida del beneficio o provecho económico, podría considerarse excluída cuando el comisionado actuara para sus propios fines, y no para los del principal, desviando en su provecho la organización o el equipo de la empresa; y, por ahí, quedarían excluídos de su ámbito y su peso los actos más graves e irregulares, porque realizados con más incentivo de lucro a costa ajena, que pueden darse con ocasión de un cargo o función privados. Pero, a la inversa, entendida tal responsabilidad como un resultado necesario y un costo de la actividad de conjunto de la empresa, en razón del riesgo o peligro creado a sabiendas para obtener sus fines, resulta procedente siempre, aún si a consecuencia de una actividad egoístamente desviada por parte del empleado o dependiente privado. Pues, aún en tal hipótesis, el riesgo creado por la empresa es el mismo que cuando el servidor se mueve para fines de su comitente o patrono, porque ese riesgo está en el hecho mismo de la organización y el equipo de la empresa, y no en la voluntad o la mala fe del agente. Puede decirse, por eso, no tanto que ahí donde está el provecho está la carga, cuanto

que ahí donde está la empresa están el riesgo y la responsabilidad.⁽⁷⁾

Desde este punto de vista, lo fundamental y decisivo es que —además de ser causa la conducta del dependiente— sea la empresa la imputable a través de ésta, por la relación entre esa conducta y la función o labor propia de ese dependiente dentro de su organización.

¿En qué condiciones puede darse ese vínculo entre la función del dependiente y el acto causante del daño? Y, primero, ¿qué es un dependiente para los efectos del art. 1048 párrafos tercero y cuarto del C. Civil?

Seguiremos en esta rápida exposición de derecho privado la obra de los hermanos Henry y León Mazeaud, *Traité Theorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, tomo I, págs. 882 y sgtes., donde se puntualizan netamente las condiciones de aplicación del art. 1384 del C. C. francés (de Napoleón) cuyos diversos párrafos, de casi idéntica factura a la de aquella otra norma nuestra, han originado problemas también similares, aguda y ya clásicamente resueltos por la Casación o el Consejo de Estado.

(7) Marcel Planiol, *Etudes sur la responsabilité civile*. Troisième étude: Responsabilité du fait d'autrui, citado por René Chapus, en su magistral obra *Responsabilité Publique et Responsabilité Prive*, pág. 262:

"Una sola idea parece capaz de procurar a la moderna jurisprudencia una base suficiente, la idea de empresa. Veamos la hipótesis. Con vista al lucro, una persona se recarga de trabajo más allá de sus capacidades personales. Si trabajase sola, naturalmente sería responsable por los accidentes que con su impericia personalmente causase. Para salir adelante, emplea un número más o menos grande de obreros y de auxiliares. Como toda la ganancia es para ella, parece igualmente justo que el riesgo total sea también para ella. . . La responsabilidad, así comprendida, ya no reposa más sobre una presunción de culpa del empresario patrono y, consecuentemente, se explica bien que tampoco desaparezca ante la prueba de una ausencia de culpa; ninguna excusa es posible para aquél que mantiene un riesgo porque, si resulta responsable, es por el riesgo mismo y no por haber cometido una culpa. . . Existe, entonces un firme principio de decisión: cualquiera que emprenda un trabajo para extraer un provecho pecuniario, acepta necesariamente, como contrapartida inevitable, el riesgo de los daños injustos que este trabajo puede causar a otro. Este principio es de una abrumadora evidencia si la persona trabaja sola; este principio recibe una extensión, cuya equidad se demuestra por sí misma, para cuando la persona que especula con la ejecución de un trabajo hace uso de otras personas para ejecutarlo. . . Este principio, que podría llamarse la ley de la conexidad entre el provecho y el riesgo, tiene un valor a la vez económico y moral. Es éste, en realidad, el que es la ley primordial; es éste el que está a la base única de la responsabilidad por hecho ajeno; creo yo, mientras no se nos demuestre lo contrario, que nunca podrá darse otra razón más satisfactoria para hacer cargar a una persona con la responsabilidad nacida de los actos de otra'.

¿Qué es un dependiente (commettant) para efectos del art. 1048 párrafos segundo y tercero? Después de la lectura de Mazeaud podemos abreviar diciendo: dependiente es el que trabaja bajo subordinación laboral, aunque no devengue salario. Lo típico del dependiente, en efecto, es la obediencia a un principal que puede —jurídicamente o de hecho— darle órdenes, vigilarlo y controlarlo en forma continua, en la ejecución de una labor que le ha encomendado, en su propio interés. No es preciso que haya contrato, o que si lo hay éste sea válido; ni tampoco que el poder de dirigir y ordenar sea efectivo, porque es posible que nunca se ejerza o que, dada la índole técnica de la labor, el principal carezca incluso de los conocimientos necesarios. Basta, según ello, con que una persona sirva para los fines y en beneficio directo de otra, con aceptación del hecho de que el beneficiario puede darle órdenes, o con la obediencia de hecho a las que le da. Definición ésta de la subordinación del dependiente para los efectos de la responsabilidad civil de la empresa, que podría repetirse en cualquier texto de derecho laboral, para definir el concepto del trabajador.

No hay, sin embargo, perfecta equiparación: dependiente o comisionado puede ser también una persona jurídica, porque a ésta es posible encomendarle una prestación para un fin nuestro y en nuestro directo beneficio; mientras que trabajador, sólo la persona física puede serlo. Y, además y sobre todo, trabajador es quien devenga salario o da su trabajo subordinado a cambio de éste, nunca el que hace lo propio sin recibir ni pretender nada en cambio, como puede ocurrir con el comisionado o dependiente civil. Pero, fuera de tales distingos, queda en pie la fácil comprensión de lo que es el dependiente civil por recurso al concepto de lo que es la subordinación laboral: comisionado.

nado o dependiente es, para todos los efectos, un servidor de otro bajo una subordinación como la laboral, aunque no devengue salario.⁽⁸⁾

La razón de que los actos del dependiente —así definido— hagan nacer responsabilidades para el principal, va implícita en todo lo dicho: es la subordinación de la actividad de una persona, no tanto o no sólo a las órdenes de otra, cuanto a sus fines e intereses económicos. Estos intereses han de ser propiedad del principal, de modo que quede excluída de la relación de responsabilidad toda actividad que, aunque beneficiosa para otro, no esté destinada a enriquecer su patrimonio directa y exclusivamente. Por eso, no es principal responsable, sino dependiente, el que tiene aquella dicha potestad de mando y vigilancia pero a nombre y por cuenta de otro (representante del patrono o intermediario).

De donde nace el segundo, y fundamental requisito, de la responsabilidad por riesgo que examinamos: la del vínculo entre la función encomendada y el acto causante de la responsabilidad.

(8) Fórmula clásica de la Casación francesa: "Considerando, que la responsabilidad por hecho del dependiente, creada por el art. 1384, párrafo 3 C. Civil, a cargo del empresario o comiteate, supone que éste último ha tenido el derecho de dar al dependiente órdenes o instrucciones sobre la manera de cumplir las funciones a las cuales está asignado; que es este derecho el que funda la autoridad y la subordinación sin las cuales no existe un verdadero dependiente". (Citada por Mazeaud, pág. 896, op. cit).

Aclara Mazeaud: Cuando alude a aquél que tiene el derecho de dar órdenes, la Corte de Casación entiende afirmar que la responsabilidad existe aún si, de hecho, ninguna orden ha sido impartida jamás, aún si el comiteate nunca se ha servido de su autoridad... el hecho de que el ocupante de un automóvil no sepa conducir no le impide ser el comiteate del chófer, cada vez que éste se encuentra bajo sus órdenes... aún si la subordinación proviene de un contrato nulo, o de una situación de hecho, ilícita, habrá responsabilidad. Así, sería sin duda preferible, para evitar todo equívoco, hablar de poder de dirección, mejor que de derecho... "los tribunales judiciales especifican que la responsabilidad de los comitentes tiene por base esencial el derecho de dar órdenes e instrucciones al dependiente" con vista del ejercicio de sus funciones"... Ahí donde no hay funciones conferidas, por una persona a otra, no hay relación de dependencia. Así, la mera autoridad general que detentan el padre sobre su hijo o un marido sobre su esposa, no les otorga la calidad de comiteate; para que lleguen a ser tales, deben encomendar al hijo o a la esposa una función determinada: sólo la autoridad que así adquieren en cuanto al cumplimiento de esta función, hace nacer el vínculo de dependencia" (págs. 896, 899 y 900, op. cit).

esto en materia civil, pero en materia administrativa parece que no es así.

¿Cuándo un acto del dependiente es un acto de la empresa?

Es aquí donde la doctrina privada ha precisado abundantemente, aunque con residuos de oscuridad, la distinción entre actos realizados en el cumplimiento de la función, y actos realizados con ocasión de ésta. Y, en síntesis, la diferencia se ha fincado en el fundamento mismo de esta responsabilidad: cuando el acto es de buena fe y para el fin de la empresa, la culpa incluida en el mismo se refiere a esta última, que queda única responsable. Cuando el acto es de mala fe y para fines extraños a la empresa, la responsabilidad empresarial queda descartada, aunque la conducta dañosa haya contado con los medios y las oportunidades que la función ofrece. Sólo el dependiente, en su calidad personal, queda responsable. Esta es la interpretación ortodoxa del art. 1048 C. Civil, mantenida por nuestra Casación en todos los órdenes (público y privado).

Ya se vió, sin embargo, que la más reciente doctrina —y gran parte de la jurisprudencia francesa— está por el reconocimiento de la responsabilidad en la hipótesis de la desviación de los medios, cuando el acto ha sido ejecutado con ocasión y no para el cumplimiento del cargo. La razón ya fue expuesta: sólo una errónea concepción del riesgo de la empresa, exige convertirlo en una contrapartida o compensación exacta del beneficio, caso por caso. El peligro de la empresa no es el que resulta necesario para lograr un beneficio determinado en un caso concreto. Lo que es riesgo y beneficio a la vez, en sí mismo considerado y aparte de las circunstancias y coyunturas en que se desarrolla, es la empresa o la actividad encomendada. Si en una circunstancia hay perjuicio para terceros, por un riesgo latente y permanente en el mero hecho de su existencia y funcionamiento, debe haber reparación de ese daño, porque para que haya beneficio después, o en un momento pos-

terior cualquiera, esa posibilidad ha sido voluntariamente
acondicionada y aceptada por el dueño.⁽¹⁸⁾

Más claro: si la desviación y el abuso de funciones son
producto inevitable, por regla general, del funcionamiento
de la empresa, puede afirmarse que el costo de su elimi-
nación sería la existencia de la empresa misma. Luego,
a cambio de existir y lucrar, la empresa produce o acondi-
ciona abusos y desviaciones de función, que representan el
precio de su funcionamiento. En tal sentido, esos abusos tam-
bién le son benéficos y deben fundar su responsabilidad.
Por este camino, la jurisprudencia y la doctrina más nuevas,
aceptan la responsabilidad del comitente por actos poco
conexos con la función encomendada, pero de imposible
realización sin los medios y las oportunidades que ésta
ofrece.

¿Es lógico este desarrollo? Es lógico, con la lógica
de lo razonable, que mira al fin de la norma, y no a sus
fundamentos de razón. Es cierto que si el fundamento de
la responsabilidad por riesgo es el lucro, ahí donde no se
persigue éste para el responsable, y, todavía más, ahí don-
de éste efectivamente no se obtiene, debería negarse la
responsabilidad. Pero, con violación de tan lógico y recto
silogismo, cabe observar también que la norma que sienta
esta carga no lo hace para frenar ni para compensar el
lucro, sino para reparar un daño injusto, tomando pie de
una observación que le permite hacerlo, a saber: que el
que causa un daño por medio de otro, está tan lleno de traba-

(18) En Italia la Casación sentó categóricamente este principio de la ocasionalidad
en una notable sentencia, citada por Bonassi en su obra La Responsabilità Civile,
pág. 232 y 233, donde dijo:

"La responsabilidad de los dueños y comitentes por los daños ocasionados
por sus dependientes en el ejercicio de las funciones de su incumbencia subsiste
aunque los últimos hayan obrado rebazando los límites de sus atribuciones o
hayan incluso transgredido las órdenes recibidas, no precisando que el ilícito
comportamiento de los dependientes entre de lleno en la esfera de sus atribucio-
nes que tengan encomendadas y bastando que entre tales funciones y el sub-
siguiente hecho dañoso, exista una relación de ocasionalidad necesaria, en el
sentido de que, aun faltando entre las indicadas funciones y el hecho lesivo
una relación rigurosa de causa a efecto, exista entre los dos términos un nexo
lógico de tal forma que el cometido desempeñado por el dependiente haya sido
la ocasión necesaria del hecho ilícito y las primeras hayan hecho posible o
favorecido notablemente la realización del segundo".

jo en su propio interés, que hubo de delegar la conducta causante, para poder lucrar mejor. Sí, entonces, se responsabiliza al principal por los actos de su dependiente, no es tanto porque se considere que el lucro es malo o merecedor de castigo, cuanto porque se estima que entre dos que no han tenido culpa personal alguna en la comisión de un daño, el principal y el ofendido, es más justo y equitativo que pague aquél que lo hizo posible y tiene poder económico, que éste, respecto del cual no ha podido hacerse —en tal simple calidad de ofendido— igual comprobación sociológica de aprovechamiento o de poderío patrimonial. Desde este punto de vista, la medida del poder económico es el riesgo, porque si los riesgos son el precio de la vida y desarrollo de la empresa, cuanto más y más graves, mayor poder en ésta. Todos los riesgos, siempre que en alguna forma estén vinculados con los medios y las oportunidades que el trabajo y la función procuren, deben ser indemnizados, porque, por definición jurídica, la empresa es capaz o se supone capaz de soportarlos, justo porque ha podido crearlos y desencadenarlos. Ahí donde hay un riesgo, hay una base de poder económico. Extender la responsabilidad a los actos cometidos en abuso y con desviación de función, no es otra cosa que hacer justicia distributiva e impedir que una víctima inocente salga peor parada que un empresario aprovechado, de un entuerto del que ninguno de los dos es culpable. ⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾

(9) Mazeaud. op. cit. págs. 916 y sgtes., totalmente en contra del principio extensivo. A favor: René Chapus, op. cit. págs. 245 y sgtes.: "la conciencia jurídica actual, dice (la jurisprudencia) en resumen, no admite que la víctima, reducida al único recurso contra un agente generalmente insolvente, soporte las cargas del perjuicio que le ha sido causado". Jean Guyenot, La Responsabilité Des Personnes Morales Publiques et Privees, págs. 137, 141.

(10) Ejemplos franceses de acto o abuso con ocasión de la función: Mazeaud, tomo 1, pág. 915: Un chofer se sirve del vehículo de su patrón fuera de horas de servicio o para otras personas; un piloto, encargado de conducir a destino un avión vendido, se entretiene en dar a otro un bautizo del aire; los conductores de un vehículo encargados de un recorrido preciso, se detienen en el camino y cometen un delito de caza; un chofer, golpeado por un ciclista, se enzarza en una riña con éste; en la carga de un camión, un chofer introduce subrepticamente un objeto personal peligroso, que causa daños a los obreros de la descarga; un chofer comete un crimen sobre un niño que transporta, otro comete un ultraje al pudor en una joven; con la misión de transportar correspondencia, el cartero abre las cartas y se entera; un obrero agrícola, fumando, produce un incendio; un obrero, encargado de dirigir una obra, se hace enseñar por otro el manejo del automóvil. Ejemplos de actos en cum-

-El riesgo es el mismo con o sin lucro, lo imp. es q' debe ser creado por una empresa estatal, y se fundamenta en el poder de la empresa y su fortaleza económica.

La responsabilidad por acto del mandatario, en otras palabras, es compatible únicamente con la aplicación restringida del principio del riesgo.

V.—El art. 1048 párrafo 4º C. Civil y la responsabilidad del Estado.

¶ Tal, en síntesis, el régimen de la responsabilidad por riesgo fundado en los arts. 1384 C. Civil Francés y 1048 párrafo 4º C. Civil de Costa Rica. Fundamento: el riesgo empresarial y el poder económico implicado; naturaleza: la de una garantía o aseguro, por el principal, de los daños culposamente causados por el dependiente; causas de imputación: la culpa del encargado, cometida en ejercicio o con ocasión del servicio encomendado. En Costa Rica sólo en ejercicio de la función.

¿Hay algo en este régimen incompatible con la responsabilidad del Estado por hecho de sus servidores?

Hay, obviamente, dos importantes diferencias.

a) el carácter no lucrativo de las actividades estatales, que descartaría su responsabilidad aplicando los criterios privatistas que nutren el párrafo cuarto del art. 1048 C. Civil;

b) la imposibilidad de convertir en culpa directa del Estado, la de sus gobernantes jefes, que no pueden ser comisionados o dependientes, según la nota de subordinación laboral que integra el concepto de éstos ya dado.

En cuanto a lo primero, baste observar ante todo que el daño es el mismo e igualmente injustificado si hay empresa de lucro que si hay sólo empresa de bien público, siempre que aquel provenga de un riesgo creado por ésta; y, en segundo término, que la idea de lucro o ganancia económica ha sido asumida en derecho privado, según se explicó, como un índice de poder económico, que permite hacer obra de justicia distributiva y poner a cargo del empresario inocente, económicamente más capaz, el daño

causado a la víctima, respeto del cual esa comprobación de capacidad no existe. En consecuencia, lo que importa no es tanto la idea misma de lucro, cuanto la de poder y fortaleza económica que esconde. Así, si el Estado es un empresario de bien público, y el más fuerte de todos los empresarios, el Estado debe ser también responsable.

Pero hay, en el fondo, argumentos más directos. Se dijo que el dependiente debe trabajar para el empresario y dar a éste, en forma directa, el resultado lucrativo de su gestión. Lo que se exige es, pues, la propiedad del fin perseguido y del interés a satisfacer, que se traducen en la calidad de dueño o maestro del negocio.

*
*
Dueño de la obra o la empresa es, para este efecto, no sólo el propietario de los medios con que se cumple, sino también el de los fines y resultados que se persiguen. Lo decisivo es que este dueño, para lograrlos, pone en juego una serie de peligros y riesgos, con un poder económico que le permite afrontarlos como precio ó costo de operación. Es indudable, desde este punto de vista, que si los fines del Estado no son lucrativos son por lo menos sus fines, y que el Estado es el verdadero dueño del servicio que presta porque en éste le son propios tantos los intereses buscados cuando la total organización de bienes y personas que resulta necesaria.⁽¹³⁾

La administración, por otra parte, ha dejado de ser un centro de actividades de autoridad y soberanía, para convertirse en una inmensa empresa de servicios públicos y de subsidios a la actividad privada, cuyo régimen es frecuentemente el mismo del Código Civil o Mercantil. Como ha dicho Forsthoff (Tratado de Derecho administrativo, pág. 557) la Administración es hoy, fundamentalmente, un hecho

(13) Ernest Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, pág. 419: "El traspaso de la responsabilidad al Estado tiene también un nuevo motivo de justificación en la circunstancia de que es él el que forma a los funcionarios, los examina, los coloca en el puesto conveniente, los tiene disciplinariamente en su mano, y es, integralmente, el señor del servicio dentro del cual acaece la acción que obliga a la compensación por daños".

trabajo. Aunque los fines sean diversos, los medios con los que se persiguen son igualmente peligrosos y de igual naturaleza, por regla general, que los de la actividad particular. El Estado industrial, comerciante o agricultor, el Estado que vende seguros, que educa, que suministra electricidad, que construye ferrocarriles, teléfonos y luz eléctrica, debe ser responsable igual que la empresa común que hace lo mismo, por lo que ambas desatan riesgos y actividades similares, en su propio interés. Que el del Estado sea un fin público no significa otra cosa que los fines del Estado no pueden ser privados, pero no que sean ajenos o incapaces de fundar una empresa, igual a la mercantil común.⁽¹⁴⁾

Es cierto, por otra parte, que cuando el alto empleado de la empresa privada descuida la elección y vigilancia de sus dependientes y éstos cometen falta, siempre es posible trasladar esa culpa al empresario mismo, porque es él, entonces, quien no vigiló ni eligió debidamente a su inmediato colaborador. El art. 1048 párrafo tercero C. Civil, siempre es aplicable al empresario individual, aún si la culpa es la del dependiente encargado de vigilar o elegir.

No ocurre lo mismo con el Estado, ni, en general, con las entidades jurídicas, incluso las mercantiles.

El Estado es siempre algo distinto y separado de sus servidores (funcionarios, empleados, gobernantes o ejecutores), y, en tanto que nunca se identifica con ninguno de

(14) Forsthoff, op. cit. pág. 557: "Ciertamente, la Administración lleva a cabo algunos de estos actos que poseen una especial relevancia jurídica. Pero, aparte de eso, construye ferrocarriles y carreteras, sostiene empresas de tráfico de gran estilo, presta por medio de los seguros sociales una amplia asistencia en todos los casos importantes de necesidad, produce y distribuye una serie de bienes virtualmente importantes (gas, electricidad, agua) sostiene escuelas y centros de instrucción y educación de toda índole, reparte víveres en situaciones de escasez, pone impuestos sobre la producción y el consumo, dirige la circulación fiduciaria, y, por su medio, todo el mundo del crédito; en una palabra, la Administración, vista desde la realidad y no desde la perspectiva de una dogmática desvitalizada, es un poderoso hecho de trabajo, y la organización en que se manifiesta una institución o empresa de trabajo de gran estilo. En amplias zonas de esta empresa se llega a la producción de actos de voluntad, en medida no mayor ni menor que en cualquier otra parte donde exista división de trabajo y se trabaje en forma organizada... La calificación de la Administración como hecho de trabajo y de la organización administrativa como empresa de trabajo, debe servir de base para su valoración jurídica".

ellos, es siempre un garante o asegurador de las culpas en que éstos pueden incurrir.

Más claro: si el Estado es la unidad ideal de sus órganos, el Estado no se confunde ni con sus funcionarios que eligen y vigilan (gobernantes), ni con los que obedecen y ejecutan, sin fiscalizar ni dominar a ningún otro. El Estado se compone de órganos y no de personas físicas, sea cual sea su jerarquía.

La culpa del Estado es la misma, en su esencia y estructura, cuando se refiere a la conducta de los gobernantes, que cuando se refiere a la de sus auxiliares subordinados, porque en ambos casos se trata de culpa por hechos ajenos a su respecto, frente a los cuales debe responder igual porque su causa común ha sido el riesgo creado, de mal funcionamiento o funcionamiento ilícito, ínsito en su organización. La culpa en la elección y la vigilancia no es más propia del Estado, ni más grave, que la culpa en la gestión y en la ejecución de los cometidos administrativos, pues ambas son faltas motivadas en el funcionamiento del Estado y enteramente extrañas a éste, en cuanto emanadas de terceros que actúan a su servicio, pero que no se confunden con él.

Incluso cuando el Estado responde por falta en la elección o la vigilancia, responde en función de garantía y seguro de los riesgos creados por su existencia y funcionamiento, y no como sujeto pasivo de una sanción por conducta ilícita de su parte. La norma del art. 1048 párrafo tercero C. Civil es contradictoria e incompleta siempre que se aplica a entidades colectivas, porque excluye la responsabilidad cuando no ha habido falta en una actividad específica y única de la empresa —la de elegir y vigilar— aunque haya habido culpa en cualquiera de las otras zonas de su funcionamiento; como si la relación entre éstas y el ente jurídico

fueran de alteridad, y de identidad con aquellas otras dos particulares funciones, pese a que, como se expresó, es de alteridad en ambos casos y por iguales razones.

Desde este ángulo, resulta claro que el art. 1048 párrafo cuarto es aplicable al Estado exactamente como al industrial o constructor social (S. Anónima o de R. Ltda.) en razón de una evidente analogía y también porque así lo exige su naturaleza colectiva. El Estado debe responder siempre por garantía y es conveniente y debido que responda siempre, sea cual sea el funcionario que actúe o la índole de la función desempeñada. En términos tales que, ciertas como son las objeciones levantadas a la aplicación del art. 1048 párrafo cuarto C. C. al Estado, en razón de las diferencias de fin y de organización entre éste y el empresario particular, las mismas, sin embargo, dejan intacta la afirmación de que esa aplicación común, fundada en los arts. 9 y 41 de nuestra Constitución, es enteramente procedente y sustentada en toda razón.

Pero hay más: resulta imposible desconocer que la culpa en la elección y la vigilancia es totalmente inadecuada a la estructura empresarial y compleja del Estado moderno, y que para llevar al Estado la responsabilidad por riesgo sobran motivos, que faltan aún en el campo del derecho privado.

Fuera de las similitudes y analogías apuntadas, hay diferencias que corroboran la necesidad de esa aplicación analógica del art. 1048 párrafo cuarto C. Civil. En primer lugar la mayor complejidad de la organización estatal, que hace imposible un total control sobre su funcionamiento. Mientras el tamaño de la empresa privada y el incentivo del lucro personal, aumentan la eficiencia de los controles y de la vigilancia en esta última, el crecimiento desmesurado y expansivo del Estado, y el desinterés personal del funcionario público, tienden a rebajarla y a permitir un margen grande de faltas e imperfecciones. Resulta preferible, en todo caso, eliminar el requisito de la culpa del jerarca, que

elige y vigila, y mantener siempre la responsabilidad del Estado, haya habido o no culpa doble, del infractor y del contralor. En segundo lugar el estímulo mucho mayor para la prestación del servicio, cuando el funcionario sabe que los daños derivados de su conducta, mientras ésta se dé con ocasión o en ejercicio de la función, serán exigibles al Estado y no a él, que cuando sabe que la situación será a la inversa.

Y en tercer lugar, y conexo con todo lo anterior, el carácter mucho más equitativo en el reparto de las cargas, cuando queda asegurado el pago del daño y el necesario amparo a la víctima, por ser responsable el Estado, que cuando se abandona la suerte de aquella a la debilidad patrimonial del funcionario culpable, y en la mayoría de los casos a su insolvencia. Dada la enormidad de los daños que pueden causarse con el aparato estatal de hoy día, resulta casi imposible, de otro lado, que haya capital privado capaz de garantizar la totalidad de los agravios que pueden ocasionarse en el ejercicio continuo de la función pública.

Las analogías y diferencias expuestas, entre el Estado y el empresario, entre el funcionario y el trabajador dependiente, no han servido sino para corroborar que la única interpretación razonable de aquellas dos normas constitucionales, es la que conduce a tratar al Estado, para efectos de responsabilidad, como un empresario más, y a sus funcionarios como otros tantos dependientes o trabajadores, iguales a los aludidos en el art. 1048 párrafo cuarto C. Civil.

He aquí, sin embargo, que este último sólo habla de industriales y de constructores, y que el Estado no es, directamente enfocado, ninguna de las dos cosas. En consecuencia, hay dos posibilidades que llevan a afirmar igual tipo de responsabilidad estatal por riesgo, a saber: o bien la aplicación directa de los arts. 9 y 41 de nuestra Constitución Política, inobjetable por el fin y elementos de que esa responsabilidad se compone, como ya se vió; o bien

la aplicación analógica del art. 1048 párrafo cuarto, tan inobjetable como la anterior.

Así, puede afirmarse que los arts. 9 y 41 de nuestra Carta Política sustentan una responsabilidad del Estado, objetiva a su respecto, puesto que no supone culpa de su parte sino sólo la de sus funcionarios y empleados; general, puesto que abarca la conducta de toda clase de funcionarios, aún cuando no sean los encargados de la elección y la vigilancia; e ilimitada, puesto que no está tarifada y abarca toda clase de bienes lesionables, sean patrimoniales o morales (la propiedad, la persona, los intereses morales).

VI.—La responsabilidad del Estado, responsabilidad por hecho ajeno.

Esta concepción constitucional de la responsabilidad del Estado, en Costa Rica, se levanta sobre un supuesto notorio, que es la imposibilidad de la responsabilidad estatal por acto propio y en aplicación del art. 1045 C. C.)

Una culpa directa del Estado se funda sobre dos supuestos:

a) El Estado tiene capacidad de actuar a través de sus órganos, entendidos como las personas físicas investidas de las competencias públicas, que forman una y la misma cosa con el Estado;

b) La personalidad del órgano desaparece y queda absorbida por la del Estado, en tanto que aquél actúa en el ejercicio de las funciones propias.

Esta idea tiene, a su vez, dos importantes consecuencias: a) El Estado sólo responde por los actos que el funcionario realiza en el ejercicio de la función; b) El Estado nunca puede ser corresponsable con el funcionario, ni solidaria ni subsidiariamente, porque en la medida en que lo es, su responsabilidad absorbe la de éste.

La simple enunciación de la tesis llamada organicista, hace ver claro su insubsanable defecto; la exclusión de los actos cometidos meramente con ocasión —y no en ejerci-

cio— de la función pública, para efectos de responsabilidad estatal; único responsable aparece entonces el funcionario en su calidad personal.

La teoría del órgano¹⁵ se funda en la idea de una identidad sustancial entre el Estado y el hombre que ejerce las competencias públicas, en términos que no únicamente el efecto jurídico de la conducta de éste resulta imputable a aquél, ni tan sólo la conducta misma, sino la propia capacidad jurídica de acción respecto de esas competencias, como si el Estado, por intermedio del órgano, fuera física —y no sólo normativamente— apto para el desenvolvimiento real de sus posibilidades jurídicas.⁽¹⁵⁾

El Estado no es, así, algo distinto del hombre órgano, sino uno mismo con él; pero, por otro lado, no con este hombre en tanto que unidad o personalidad jurídica, con identidad propia en el ordenamiento, sino con ese hombre en cuanto actúa en la forma debida y para el interés del Estado, según el derecho que regula la particular competencia de que se trata. En rigor, titular o componente del órgano no es el hombre, sino su conducta en serie para la realización de un fin estatal, ajustada a un patrón legal preexistente. Tal desintegración del hombre en una simple sucesión continua de actos, unificada desde el punto de vista del fin que persiguen y del origen común en un mismo centro titular de la competencia, es el recurso de esta doctrina para explicar la identificación entre el hombre y el Estado. Esta es posible porque, en realidad, no se une el Estado al hombre, sino el hombre pulverizado en conducta, transfigurado en función.

(15) Giorgio Balladore Pallieri, Diritto Costituzionale, pág. 22 y 23: "No hay una sola norma del Estado con la cual éste declare órgano suyo a éste o aquél individuo, y no hay en general normas de este tipo para ninguna persona jurídica. La relación orgánica se refiere no a sujetos individuales, sino a actividades determinadas y el que éstas emanen de hecho de un individuo y no de otro es sólo una de las múltiples condiciones necesarias para que dichas actividades tengan los requisitos debidos para ser consideradas como actividades del Estado. Algunas actividades individuales, en suma, son, por decirlo así, separadas del sujeto del que emanan de hecho, y referidas en su lugar al ente jurídico... En la relación de organicidad, las acciones son agrupadas según otros criterios, esto es como siendo todas imputables a una determinada oficina. En términos tales que vienen consideradas juntas, como una sola unidad, todas las emanadas de una oficina determinada, prescindiendo del hecho de que sean realizadas por una o por otra persona física perteneciente a la oficina misma..."

Cabe preguntar: ¿quién es el centro de referencia de la conducta del órgano, el hombre así concebido en función de su competencia, o el Estado, como un centro total y puramente normativo de fines y poderes públicos? A esta pregunta insoslayable, la doctrina contesta que el centro de imputación —no obstante la aludida identidad en el ámbito de la competencia— no es el hombre órgano, sino el Estado, concebido para el caso como una unión de aquél y de otra entidad ideal llamada oficina. Así, el centro de referencia de lo que hace el funcionario es el Estado, que se apropia la conducta del individuo a través de una institución, híbrida de cosa real y de regulación normativa, llamada oficina. La conducta real se imputa directamente a la oficina ideal, pero ésta es lo mismo que el Estado, que abarca ambos elementos dentro de la competencia afectada.

El círculo vicioso es evidente. El Estado es capaz de actuar porque es lo mismo que la función o conducta efectiva del agente público en el ejercicio de su competencia; pero, a su vez, esa conducta efectiva se imputa a la oficina, que es un centro ideal y que vuelve a ser el Estado. Más claro: para explicar la pretendida identidad entre el Estado —ente ideal— y el funcionario —hombre— se afirma que éste es, ante aquél, no un individuo, sino una serie de conductas reales (psico-físicas); pero para explicar cómo el Estado puede apropiarse esas conductas, que siguen siendo tan reales y psico-físicas como el individuo mismo, se afirma que lo hace a través de otro ente ideal, llamado oficina. El problema se ha desplazado de la pareja Estado-funcionario, a la pareja oficina-conducta funcional. Como al principio, cabe preguntar: ¿en virtud de qué fuerza y cómo puede un ente ideal apropiarse una conducta real, en términos tales de identidad que resulte conduciendo vehículos, inyectando vacunas, y causando toda clase de desgracias personales o patrimoniales?

Estad =
hombre + ofi

La respuesta, que por su atinencia citaremos por extenso en el contexto, nos la suministra la abrumadora autoridad de Santi Romano, el más ilustre de los publicistas italianos en lo que va del siglo:

"El derecho, por tanto, crea realidades verdaderas y peculiares que sin él no existirían, realidades, en consecuencia, que el derecho no toma de otro mundo diverso para apropiárselas con o sin modificaciones, sino que son exclusiva y originalmente suyas. Y así (el derecho) alcanza resultados que, para aquellos que no tienen adecuada idea de su poder y su naturaleza, puede parecer y han parecido en efecto, aún a juristas, en tal grado milagrosos, que hacen difícil creer que sean el fruto de simples e infundadas imaginaciones... No hay, por ejemplo, razón alguna para concebir la adopción como filiación ficticia, aunque tenga en común con ésta no pocas consecuencias... Ninguna traza de ficción tampoco en la legitimación de los hijos, en la representación hereditaria, en la universalidad de derecho, en la consignación de documentos que libera de la consignación de la cosa, y que no es tradición ficticia, en la así llamada extraterritorialidad del derecho internacional, y en tantos otros casos que pueden enumerarse... Piénsese, por ejemplo, en los órganos de las personas jurídicas o de otras colectividades que, sin poseer una personalidad, tienen organización. Con sus órganos tales personas o tales comunidades adquieren una propia capacidad de actuar y de querer, no obstante que, según la realidad no jurídica, solamente los individuos, las llamadas personas físicas, tienen esta capacidad". (Frammenti di un Dizionario Guiridico, págs. 207, 209).

Abrumadora como es, resulta poco convincente ahora la palabra del ilustre desaparecido. En síntesis: el derecho puede crear realidades originales, sin par en el mundo natural o de otras zonas culturales, y puede operarlas dentro de sus fronteras sin ninguna relación, ni de conformidad ni de contradicción, con esos otros mundos. Una de esas-

realidades específicamente jurídicas, creadas ex-novo, es precisamente la persona jurídica y sus órganos.

Romano llega a afirmar, más adelante, que el derecho puede incluso tomar realidades del mundo natural o cultural (no jurídico) y alterar su naturaleza para efectos propios, tratándolas como si fuesen en su mundo peculiar algo diverso de lo que realmente son. (Op. cit. págs. 213, 214, 215, 216 y 217); y dá los ejemplos de la apariencia mantenida en beneficio de terceros de buena fe, de las presunciones absolutas que dan por cierto en forma definitiva lo que es incierto o inexistente, y de los ordenamientos jurídicos parciales (sociedades, clubes, familia, etc.) reconocidos por el Estado sólo en la medida de su conveniencia.

En el caso de la persona jurídica la tesis conduce a afirmar que, aunque en la realidad psico-física el Estado no puede actuar ni querer, en la realidad jurídica puede hacerlo, si el derecho regula las cosas de tal modo que la conducta de los hombres le sea atribuída directamente y sin tomar en cuenta la personalidad de éstos, cuando se trata de los funcionarios. La personalidad es un supuesto para una serie de consecuencias jurídicas ulteriores (la validez de los actos que se realicen, la titularidad de derechos y obligaciones) y con vista de tales efectos es que el derecho realiza su obra transformadora característica, disponiendo que respecto de los mismos, la persona jurídica deberá reputarse como la natural, con capacidad para actuar física y psicológicamente. En síntesis: transformar la realidad significa, según Romano, asumir las cosas naturales o reales como no son, para hacer posible la producción de un efecto jurídico.

Tal concepción implica que el derecho hace afirmaciones de ser, y no de deber ser, normativas, para definir el supuesto o hipótesis en que su efecto se produce, que pueden no coincidir con la realidad a que se refieren. Esto parece imposible lógicamente, aunque resulte posible atribuir a un hecho consecuencias normativas como si fuera

otro diverso en la realidad natural. En efecto: la atribución de consecuencias jurídicas es obra típicamente normativa y al alcance del poder legal, precisamente porque no se trata de modificar la realidad natural ni de describirla, sino de estatuir sobre lo que debe ser en un caso concreto.

Pero desborda el campo lógico del derecho el describir un supuesto, en forma enunciativa, contra lo que éste es en la realidad histórico-natural en que se halla encuadrado, aun para efectos puramente jurídicos. La norma jurídica, en tal sentido, consta siempre de dos juicios, uno de ser o enunciativo que describe el supuesto de hecho, y otro de deber ser, que es la disposición como tal y que dice lo que puede ser conforme a derecho. Esta última sólo tiene que darse conforme a la voluntad del legislador (autor competente) y con los valores jurídicos, pero la primera tiene que ser, ante todo, verdadera respecto de la realidad que describe, porque se trata de un juicio enunciativo igual a los otros de las ciencias exactas.

Una presunción puede llegar a decir que el ausente por más de diez años deberá reputarse muerto, pero no decir que efectivamente lo está, porque con ello invade el campo de la naturaleza, que está fuera de su alcance. La presunción se limita, en tal caso, a describir fielmente un fenómeno de la naturaleza —ausencia por más de diez años— sin agregar ni quitar nada al mismo en cuanto tal hecho, y a disponer, cosa que está a su alcance, que deberá reputarse a tal hombre como si estuviera muerto, para efectos de sucesión. Es cierto que, en virtud de ello, los herederos podrán recibir como si hubiese una muerte efectiva (lo casi igualmente) pero en ningún momento puede afirmarse, ni aún para efectos jurídicos, que el ausente haya muerto efectivamente en razón de su prolongada ausencia.

La tesis de Romano conduce a pareja sin razón, pues lleva a afirmar que la persona jurídica actúa efectivamente, aunque sólo para efectos jurídicos, y tiene capacidad propia para realizar conductas psico-físicas, como el hombre.

Puede afirmarse —pareciera decir esta doctrina— que el derecho no dice que la persona actúa físicamente, sino que debe tratarse con ella como si lo hiciera e imputarle directamente la conducta, sin tomar en cuenta la personalidad ni la intermediación del funcionario; así la personalidad quedaría reducida a una serie de efectos o consecuencias jurídicas y desaparecería como cualidad de un centro de imputación, y como supuesto jurídico de esas consecuencias, que es lo que verdaderamente es.

En realidad, la personalidad es una cualidad jurídica, atribuida en forma enunciativa por el derecho, que no puede equipararse a una consecuencia normativa porque es más bien una forma jurídica de ser que un derecho o una obligación. No se debe ser persona, ni se debe tratar a la personas como tal, sino que se es o no persona, como una cualidad jurídica que corresponde a un centro de imputación normativa. De esa cualidad, como supuesto de hecho asumido por la norma, derivan después una serie de consecuencias que sí son derechos u obligaciones y que representan típicas normas concretas e individualizadas. Pues, aun suponiendo —como es lo cierto— que la personalidad pueda enfocarse también como una consecuencia más derivada de otros supuestos de hecho, su tipo y función serían claramente diferentes del de las otras, comúnmente llamadas tales, porque no diría absolutamente nada sobre el deber ser de la conducta ni facilitaría directamente el acceso a ningún bien de la vida, que es lo típico de la obligación y del derecho subjetivo.

Es cierto que la atribución de la personalidad en forma enunciativa, como supuesto jurídico de ulteriores consecuencias, corresponde a la descripción de una realidad específicamente jurídica y no natural, porque las personas jurídicas ni se tocan ni se ven. Esto significa que, entre los elementos de un supuesto puede haber cualidades exclusivamente jurídicas, sin relación con la realidad natural, co-

mo afirma Romano, como la misma personalidad, la ciudadanía, la filiación, la propiedad, etc. Pero no en modo alguno que esas realidades netamente normativas, así descritas como supuesto jurídico, puedan consistir en una deformación o transformación del derecho o la naturaleza, y afirmar de éstos lo que no son ni pueden ser. Puede haber, esto es, independencia absoluta entre el orden natural y el jurídico, en la formación y descripción de los supuestos de hecho previstos por la norma, pero nunca discrepancia ni contradicción. Mucho menos transformación de una realidad en otra.

Así, hay una contradicción lógicamente insalvable cuando un supuesto normativo, como la persona o la personalidad, de índole enteramente jurídica es descrito como de índole psico-física y transfigurado —por ese hecho— en un centro de conductas de esta misma naturaleza.

Pues, entonces, se comete doble desliz lógico: afirmar de la realidad natural una identificación con algo ideal, que en ella no existe; y hacer lo propio con lo jurídico, dándole una realidad material distinta de la que ontológicamente le corresponde.

mt. < Cuando el derecho se refiere a una realidad no jurídica, queda condenado a reflejarla con su propia naturaleza dentro de sí, sin variarla ni transformarla; y cuando crea ex-novo, puede bien hacerlo sin ninguna relación con el mundo extraño, pero nunca atribuir a sus propias creaciones cualidades de ser que corresponden a este otro mundo, porque entonces entra a asumir una realidad también extraña y tiene, por lo arriba dicho, que respetar su íntima naturaleza. >

Entre el ente o la oficina ideales, y el funcionario o la conducta funcional, de índole psico-física, no hay puente posible de contacto, ni físico, ni jurídico, que pueda ser directo y lograr su identificación. Se trata de dos realidades

que no pueden llegar a ser una, y para cuya vinculación el derecho tiene que recurrir a técnicas de imputación indirecta y fraccionada.

La persona jurídica colectiva, y el Estado, carecen de capacidad para actuar y cuando lo hacen a través de sus llamados órganos están aprovechando la capacidad ajena para hacerlo, casi exactamente como el loco o el menor. Los órganos, para concluir, no existen como parte de la persona colectiva, sino como entes distintos que se hallan con ésta en una especial relación por virtud de la cual se son imputables a aquélla todas las consecuencias jurídicas de su conducta, y no la conducta misma, que permanece de su propiedad.

La consecuencia de esta distinción fundamental, está en que el problema de la responsabilidad del Estado —y de la persona jurídica en general— deja de presentar el camino único de solución que ofrece dentro de la doctrina organicista. En efecto: aún aceptando que la idea del órgano sea posible, como parte integrante del Estado idéntica con éste, habría que admitir que se trata de un fenómeno totalmente jurídico, cuya característica principal sería por lo ya dicho, el que transforma y contradice un dato de la realidad a que se refiere, sea la exclusiva capacidad para actuar de la persona física, el hombre. En tal sentido, carecería de todo vínculo o adecuación con la capacidad real de actuar del hombre mismo, que aparecería como parte del órgano únicamente en cuanto ajustara capilarmente su conducta a la ley que regula el ejercicio de la competencia. Si el órgano es la unión del hombre y de la oficina ideal, y ésta adquiere capacidad de actuar, a través de aquél, hasta el punto de absorber para sí su personalidad y su conducta en el ejercicio de la competencia, entonces la única conducta que puede imputarse al Estado es nada

más la regulada por el derecho que crea la oficina y ordena el cumplimiento de sus cometidos. Únicamente el acto legal, lícito, regular, sería imputable a la oficina.⁽¹⁶⁾

El acto ilícito, culposo, desviado, aquel que no está previsto ni autorizado por el grupo de reglas que crean y rigen la existencia de la oficina, quedaría fuera del ámbito de ésta, porque la oficina no es otra cosa que ese conjunto de normas y de conductas enfocadas exclusivamente como ficción jurídica. Esta recta conclusión, ha debido ser atenuada por razones de equidad, valiosas pero contradictorias con su misma esencia.

Qujenes sostiene la teoría organicista, mantienen la posibilidad de una responsabilidad del Estado basada en hecho ilícito, afirmando que hay algunos de éstos que le son imputables cuando tienen cierta relación con la función y la competencia ejercidas. Naturalmente, esta concesión graciosa a la equidad, que no deja de serlo frente a la lógica del sistema, no puede ir tan lejos como para acep-

(16) Hans Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. García Maynes, pág. 106: "El acto antijurídico consiste siempre en una acción u omisión de un ser humano. Sin embargo, lo que un individuo hace o deja de hacer únicamente puede ser imputado a una persona jurídica, cuando la conducta del individuo se encuentra determinada por el orden jurídico parcial constitutivo de la persona colectiva. Este es el único criterio de imputabilidad en lo que concierne a las personas jurídicas. En cuando la validez del orden jurídico parcial constitutivo de la persona jurídica, especialmente la de los estatutos de una sociedad, depende en última instancia del derecho del Estado, los estatutos de acuerdo con los cuales los órganos de la sociedad debe realizar actos antijurídicos, no pueden —en general— considerarse válidos, y menos aún cuando son establecidos bajo el control de autoridades estatales. Cuando un órgano de una persona jurídica comete actos violatorios, usualmente no obra en su calidad de órgano. El acto antijurídico no se imputa a la persona colectiva. Sin embargo, una sociedad puede ser responsable de un acto antijurídico cometido por uno de sus miembros si tal acto se encuentra en cierta conexión con las funciones que ese miembro debe realizar como órgano de la persona colectiva". Kelsen no da explicación, por ningún lado de su obra, de cuáles sean esas condiciones y de cómo y por qué puedan romper su anterior afirmación, sobre la necesaria legalidad del acto imputable a un ente colectivo. Sin embargo, admite la consecuencia lógica de la teoría del órgano, aceptada por él en los siguientes términos: "la violación del deber de un órgano del Estado, el acto antijurídico constituido por el hecho de que el órgano estatal no cumpla su función en los términos prescritos por el orden jurídico, no puede ser imputada al Estado, porque un individuo es órgano (y especialmente, funcionario) del Estado, sólo en cuanto su conducta está de acuerdo con las normas jurídicas que determinan su función. Cuando un individuo viola una norma jurídica, no es órgano del Estado, la imputación al Estado no comprende acciones u omisiones que tengan el carácter de actos antijurídicos. Un acto antijurídico que representa la violación del orden jurídico nacional, no puede ser interpretado como acto antijurídico estatal, no puede ser imputado al Estado... (op. cit. pág. 210).

tar que los actos del funcionario, en uso de poderes no conferidos, o para un fin ilegal, conserven esa forzada vinculación, base de la responsabilidad. [El Estado sólo es responsable, con fundamento en esta doctrina, por los actos ilícitos ejecutados en ejercicio, no por los realizados con ocasión de la función. Es a lo más a que puede llegar la doctrina organicista, sin confesar paladinamente su debilidad.]

Torgánica
SI
100

Visto a la luz de la teoría que de inmediato se expone, el problema aparece totalmente otro. Es un problema de estimativa y no de lógica, que se resuelve por razones de equidad bien acomodadas a los conceptos básicos adoptados para explicar la responsabilidad de la entidad colectiva en general, y del Estado, en particular.

* Esa doctrina trasunta de todo lo ya dicho. El Estado es incapaz para actuar y sólo puede hacerlo mediante la colaboración de otros sujetos de derecho, que son sus servidores. Estos permanecen —como tales— autónomos frente al Estado, y le quedan vinculados sólo mediante un expediente de imputación indirecta creado por el derecho. La conducta y la voluntad del agente siguen siendo suyas, pero los efectos de esa conducta quedan referidos directamente al Estado mismo, como centro ideal de imputación de derechos y obligaciones. La capacidad de actuar y ejercer efectivamente las competencias públicas pertenece al agente y no al Estado, quien es apenas receptor de las consecuencias de una conducta ajena.

¿Se trata de una relación común de mandato? No, en primer lugar, porque éste se refiere exclusivamente a la mediación en actos jurídicos, de voluntad, y no abarca actividades técnicas o materiales, como los más de los servicios estatales. No, en segundo término, porque el mandato exige una relación de subordinación que concurre en los llamados funcionarios dependientes del Estado, pero no en los jefes, cuya posición misma de supremacía en la organización oficial excluye la posibilidad de un órgano

superior, que imparta órdenes y ejerza vigilancia sobre dicho jerarca.

Es posible explicar la situación —extremando sus caracteres distintivos— por la idea de una personalidad material, que gozaría de los derechos o soportaría las obligaciones y que sería propia nada más del ente; y de otra personalidad instrumental, cuyo fin sería el de éste último pero que aparecería titular de poderes independientes, para cumplir ese fin ajeno, y cuyos efectos se imputarían al ente y no a su titular. Con esta doctrina el derecho o la obligación son la posibilidad y la necesidad jurídicas, respectivamente, de gozar materialmente de un bien o de procurarlo a otro sujeto, y representan el punto de contacto entre el derecho y la vida de las cosas útiles económica o culturalmente. En virtud del derecho subjetivo y de la obligación, el ente —cualquier ente— es capaz de gozar de esos bienes o se ve compelido a procurarlos a otros. El poder, en cambio, es la fuerza jurídica para modificar el mundo de derecho, produciendo derechos y obligaciones nuevos. Se trata, en resumen, de la capacidad para realizar actos jurídicos y, en relación con el funcionario público, de su aptitud para poner en práctica actos de autoridad o de gestión. Según el autor de esta ingeniosa doctrina, los órganos son los titulares de los poderes (funciones públicas) y el Estado es el titular nada más de los derechos y obligaciones nacidos de su ejercicio. Todas las funciones públicas—legislar, administrar, juzgar—serían propias del funcionario y no del Estado, al que, sin embargo, se imputarían directamente los efectos de la conducta del órgano.⁽¹⁷⁾

El profesor Miele, de la Universidad de Florencia, ha creado esta doctrina para explicar la existencia del órgano, no para refutarla. Pero, recientemente, otro alto estudioso del derecho administrativo italiano, el profesor Alessi de la

(17) Giovanni Miele, *Principii di Diritto Amministrativo*, págs. 75-77.

Universidad de Bologna, ha renovado la teoría por su
fuerza y negado expresamente la posibilidad de una im-
putación directa de la conducta del órgano —y no sólo
de sus efectos— al Estado, para afirmar —haciendo pare-
cida distinción entre personalidad instrumental y material—
que el órgano dueño de los poderes llamados estatales
se limita a ejercerlos y a imputar sus efectos, derechos y
obligaciones, al Estado mismo.⁽¹⁸⁾

No creemos sea necesario recurrir a tan sutil conclu-
sión para sustituir la doctrina del órgano. Basta afirmar
que se trata de un caso especial de representación, carac-
terizado porque el representante —que como siempre ejer-
ce derechos y poderes ajenos— tiene el poder jurídico de
imputar al Estado los efectos de su conducta, que sigue
siendo suya, sin necesaria subordinación frente al Estado
mismo.

Con esto se ha ganado algo fundamental: si la capaci-
dad de actuar y la conducta misma, son del funcionario y
no del Estado, es preciso tomar en cuenta no sólo la ley
del órgano para imputar sus consecuencias a éste, sino
también y sobre todo, la personalidad propia del funcio-
nario, con todos los riesgos que la misma implica. Si no
se trata ya de una ficción que absorbe al funcionario, sino
de una técnica legal montada sobre la realidad y sin ne-
garla ni transformarla, es claro que habrá que tomar en
cuenta las formas posibles de presentarse de esa realidad
peculiar, que es el hombre funcionario, con todas sus virtu-
des y defectos, para discernir entre lo que se considera con-
ducta de éste en su calidad personal y en su calidad de
tal órgano. No hay un inflexible condicionamiento legal
de la imputación o referencia al Estado de lo que hace el
funcionario, de índole lógica, a partir de la naturaleza
simple y puramente legal del órgano. Hay, por el contrario,
dos aspectos dignos de considerarse en el problema de la

(18) Renato Alessi, Nuovi Orientamenti in Tema di Responsabilità Degli Enti Pubblici,
Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, págs. 744, 745, 746 y 747.

imputación, que son el centro ideal presentado por la oficina, y el centro real presentado por el funcionario de carne y hueso.

Es posible elegir, por razones de oportunidad y de equidad, que concilien todos los intereses en juego, cuáles de esos ingredientes diversos pueden utilizarse para determinar en qué condiciones es imputable y responsable el Estado. Es posible, entonces, aunque no necesario, que éste resulte responsable ya no sólo por los actos ilícitos en general, sino incluso por aquellos que no han sido realizados en su interés, pero que han sido acondicionados y facilitados por todo el equipo puesto en movimiento a su nombre. Los actos realizados con ocasión y no sólo en ejercicio del cargo entran así al campo de la responsabilidad, empujados por la presión de todas las razones de oportunidad y de justicia antes aludidas.

VII.—La responsabilidad del funcionario.

¿Cuál es la posición que puede extraerse de la ley y la jurisprudencia nacionales sobre este tema fundamental?

Ya se dijo que los arts. 9 y 41 de la C. Política contienen un régimen de la responsabilidad por riesgo, incompatible con la aplicación de la responsabilidad por hecho propio que prevé el art. 1045 C. Civil. Ello, por sí solo, bastaría para dar por sentado que nuestro sistema está fundado en la doctrina de la responsabilidad indirecta, por hecho ajeno, y en la negación de la doctrina del órgano u organizista.

Hay en la ley, sin embargo, huellas claras que revelan igual dirección contraria al organicismo en materia de responsabilidad estatal. Como ha dicho Chapus, si admisible resulta a duras penas el recurso a las ficciones jurídicas, útiles pueden ser únicamente cuando aclaran y simplifican la ley sobre el tema. En Costa Rica, en verdad, ello no sucede así.

Ya se dijo (y en esto utilizamos el espléndido desarrollo de Chapus para el sistema francés: op. cit. 211, 212 y 217) que una responsabilidad directa del Estado resulta absolutamente incompatible con su corresponsabilidad con el funcionario público. Pues, por definición, una responsabilidad es directa cuando entre la personalidad del autor y la del responsable, únicamente se toma en cuenta esta última. El autor desaparece del cuadro, tanto ante el Estado, —que lo absorbe según la teoría organicista— cuanto ante terceros, que sólo se relacionan con el Estado, a través del órgano. Si pues, el Estado es responsable es porque ha actuado el órgano en su calidad de tal y siendo ambos una y la misma cosa, resulta imposible, a la vez, la corresponsabilidad del funcionario, sea solidaria, sea subsidiariamente.

No obstante, consta de nuestra Constitución y del C. Penal que no sólo hay una responsabilidad del funcionario autor de una falta, delito o cuasidelito civil o penal, sino que la hay también del Estado, a texto expreso en el caso del art. 19⁹ inciso sexto C. Penal, e implícito pero inequívoco en el caso de los arts. 9 y 41 C. Política. Si, entonces, hay corresponsabilidad es porque simultáneamente, frente a terceros, entran en juego y coexisten dos personalidades y no una, que, además, se ven forzadas a establecer relaciones entre ellas mismas por virtud de otras normas de nuestro ordenamiento, el art. 790 inciso tercero C. Civil por ejemplo, que impone la subrogación en favor del que paga con o por otro. La teoría del órgano y de la responsabilidad directa del Estado por aplicación del art. 1045 C. Civil, no parece tener cabida en nuestra legislación.

La jurisprudencia, por otro lado, no ha sido categórica. Pero, haciendo un balance, puede afirmarse que hay una tendencia a enjuiciar la responsabilidad civil del Estado a la luz del art. 1048 párrafo tercero C. Civil, casi sin ninguna aplicación del art. 1045, ibidem. Es decir, se aprecia la responsabilidad del Estado como fundada en

hecho ajeno emanado de un sujeto independiente frente al mismo, que es el funcionario público, equivalente del llamado "encargado" por el C. Civil.

Puede llegarse a más y afirmarse que ese enfoque antiorganicista (del Estado en relación con sus funcionarios o agentes), aparece en la jurisprudencia con signos de una equiparación entre el párrafo tercero y el cuarto del art. 1048 mencionado. No queremos decir que nuestros Tribunales hayan aceptado la doctrina del riesgo, tal y como antes quedó esbozada; ni tampoco que haya Casación alguna en que expresamente se llegue a tal resultado. Pero es claro que en la mayoría de los casos decididos, no se ha propuesto ni debatido la culpa in eligendo et in vigilando, porque el Estado pocas veces ha alegado o intentado probar su inexistencia. En esas condiciones, el conflicto se ha resuelto con referencia exclusiva a la conducta del autor directo del daño, y se ha dado por descontado que la otra también existía.

De todos los precedentes revisados, sólo encontramos uno (Casación 16 hs. 13/9/56 considerando IV),⁽¹⁹⁾ en que expresamente se emplea la palabra órgano y se adopta la doctrina organicista para referir directamente al Estado lo hecho por sus funcionarios o empleados. Fuera de este

(19) Aplican el art. 1045 C. Civil: Casación 14:10 hs. de 31 de enero de 1961; 10 hs. del 19 de agosto de 1952; 16 hs. del 20 de agosto de 1953 y expresamente con alusión a la teoría del órgano la número 76 de 16 hs. del 13 de setiembre de 1956, Considerando IV, que dice:

"Se alega violación del art. 1045 del C. Civil porque dice el Procurador que si culpa hubo en el Estado fue indirecta y no directa que es la que prevé este artículo, y que por lo tanto fue mal aplicado. Pero el error está de parte del recurrente. Al señor X le canceló la ciudadanía el Poder Ejecutivo, que es un órgano del Estado. Desde el punto de vista del derecho administrativo cuando el órgano actúa, es como si el Estado mismo actuara".

Con excepción de esta última, netamente definida, aplican también simultáneamente los arts. 1045 y 1048 C. Civil las siguientes Casaciones, pero con clara preferencia por este último como fundamento de la responsabilidad declarada: Casaciones 15:15 hs. de 25 de julio de 1956; 15 hs. de 10 de abril de 1957; 16 hs. de 18 de noviembre de 1958.

* Se fundan exclusivamente en el 1048 C. Civil: Casaciones 10 hs. 35 m. de 18 de enero de 1955; 2:50 hs. de 11 de julio de 1950; 15:30 hs. de 28 de enero de 1942; 1:50 hs. de 13 de octubre de 1926; 10:30 hs. de 26 de agosto de 1948; 15:25 hs. de 17 de abril de 1942; 10:20 hs. de 19 de abril de 1937; 15:20 hs. de 30 de abril de 1952; 15:15 hs. de 31 de enero de 1950; 14:45 hs. de 1º de setiembre de 1949; 16:15 hs. de 13 de mayo de 1959.

Aut
56
del 102
109

caso aislado, Casación ha ignorado siempre el problema de la posibilidad de coexistencia entre los dos tipos de responsabilidad, la directa y la indirecta, pero ha fallado a menudo invocando tanto el 1045 como el 1048 del C. Civil, sobre todo el último.

ST

Puede afirmarse que de hecho, Casación siempre ha sido partidaria de la corresponsabilidad entre Estado y funcionario o empleado, y siempre ha tomado en cuenta y sin hacerse cuestión de culpa en la elección o la vigilancia, la personalidad de éste como autor directamente responsable del daño, en los términos de subsidiaridad o solidaridad definidos por las normas que aplica.

Todo esto se corrobora si se atiende a otros argumentos de origen constitucional, fuera de los expuestos, que permiten afirmar la examinada corresponsabilidad.

La responsabilidad prevista por el art. 11 de nuestra Constitución para los funcionarios públicos, toma en cuenta la hipótesis de arrogación de funciones, quiere decirse: del uso de poderes que no son legalmente propios del funcionario, sea por invasión de competencia ajena, sea por abuso de la autoridad bajo formas no previstas en absoluto por la ley. En tal sentido dicha responsabilidad es la de dudosa y controvertible garantía por el Estado, porque se origina en aquellas faltas del agente que se dan con ocasión, y no en el ejercicio del cargo. El requisito primero para reputar como tal una culpa cometida es que la actividad desarrollada pertenezca a la competencia del órgano, o cuando menos a una competencia muy próxima, porque adscrita a otro órgano del mismo grupo o materia. Cuando la falta sobreviene dentro de una actividad —técnica o jurídica— arrogada, usurpada o inventada por el funcionario, la falta se ha cometido con ocasión del servicio, pero nunca en ejercicio o prestación del mismo. La incompetencia y la arrogación de función excluyen siempre este último tipo de culpa.

Si se atiende a nuestra Casación, que se mantiene firme en el repudio de la culpa con ocasión del cargo o función como causa de responsabilidad para el Estado, habría que concluir que este artículo 11 C. Política contempla sólo una responsabilidad personal del funcionario abusivo, y no una hipótesis de corresponsabilidad estatal. Si se acepta, en cambio, la doctrina que consideramos correcta y que sostiene la mera ocasionalidad de la falta respecto del servicio como fuente de esa misma responsabilidad, aunque el cargo no haya sido ni motivo ni causa directa de ésta, habría que mantener que también en la hipótesis del art. 11 citado el Estado responde conjuntamente con el funcionario, salvedad hecha de los casos límites que luego se examinarán. En esta hipótesis, que mantenemos la correcta, el art. 11 sería una prueba contundente de que también por esta razón la Constitución ha rechazado la teoría del órgano, desde luego que ha establecido una corresponsabilidad muy amplia y extremada entre Estado y funcionario.

Es posible, sin embargo, demostrar esa misma tesis aún si se admite la concepción restringida propia de Casación y se estima —sólo para efectos de discurso— que el art. 11 C. Política contiene únicamente una responsabilidad personal del funcionario. Porque se puede recurrir, en todo caso, a la otra hipótesis del art. 148 C Política, donde indiscutiblemente hay un caso de corresponsabilidad estatal.

Se refiere el art. 148 C. Política a la responsabilidad del Presidente y Ministros, cuando actúan y porque actúan en el ejercicio de sus funciones o atribuciones, con la terminología ahí utilizada. Se trata del caso típico de faltas cometidas en cumplimiento de los deberes del cargo, para los fines de éste y con los medios que ofrece la organización estatal.

Se ha objetado que la responsabilidad a que se refiere el art. 148 no es ni puede ser la civil del funcionario, porque ello conduciría a paralizar la conducta del Presi-

dente y Ministros, por el temor a las consecuencias de cualquier leve falta, por leve que fuera, incurrida en el ejercicio de su alta autoridad. El argumento es muy fuerte, visto a la luz de aquella interpretación finalista y razonable de los textos, eminentemente práctica, que estimamos la única posible en derecho público. Creemos, sin embargo, que es infundado, porque el tal peligro no existe.

El problema se ha planteado en Italia a raíz del art. 28 de su Constitución,⁽²⁰⁾ de muy parecida redacción a nuestro art. 148, aunque de más amplio alcance.

La doctrina italiana se ha agitado, afirmando a la vez la iniquidad y la peligrosidad de la norma dicha, porque sanciona al que cumple su deber y, además, paraliza la iniciativa en ese cumplimiento; y grandes juristas han negado esa responsabilidad del funcionario, o la han afirmado en muy estrechos términos.

El profesor Alessi ha intentado explicar la responsabilidad del funcionario, y evitar el peligro y la iniquidad apuntados, en términos tales que aquella quede restringida a casos excepcionales, de mala fe en el cumplimiento de la función, con conciencia de la antijuridicidad del hecho e intención de producir el daño. Su explicación consiste en afirmar que el art. 28 de la Constitución Italiana, que podríamos equiparar al 148 de la nuestra, consagra directamente el deber autónomo del funcionario de abstenerse de violar derechos ajenos en el cumplimiento de su función, o el de actuar con la máxima diligencia para evitarlo, deber cuya violación sólo se da cuando hay dolo y conciencia de la antijuridicidad incurrida. Así, aunque el hecho lesivo es el mismo, son dos los deberes violados y dos las faltas

(20) Art. 28 C. Pol. Italiana: Los funcionarios y los dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables, según la ley penal, civil o administrativa, por los actos realizados con violación de derechos. En tales casos la responsabilidad se extiende al Estado y a los entes públicos.

cometidas, así como dos y no una las responsabilidades provocadas.⁽²¹⁾

Es claro, sin embargo, que el deber de diligencia en la función y de racionalidad en el ejercicio de los poderes públicos, o en la prestación de los servicios por el Estado, es parte de la situación jurídica del funcionario, aún fuera de toda específica previsión constitucional. El funcionario público está obligado a cumplir la Constitución y la ley, y nace directamente de ésta el deber genérico del *naeminen non laedere* que es origen de la responsabilidad extracontractual. El deber de buena administración obliga a utilizar las potestades discrecionales en un grado máximo de oportunidad y de buen juicio, y a evitar todo daño intencional o negligentemente causado (art. 39 inciso 1. Estatuto del Servicio Civil y 11 y 194 de nuestra Constitución). Toda violación de un deber del Estado frente al particular por culpa o dolo del funcionario público, implica una violación simultánea del deber personal de éste de administrar bien y de no dañar con su conducta derechos ajenos, nacido independientemente de un específico mandato constitucional.

Podría alegarse que el *naeminen non laedere* atañe sólo al Estado, y que, en consecuencia, para que el mismo exista en cabeza del funcionario es necesaria —como afirma Alessi—, esa norma especial que lo produzca. Esta doctrina es inaceptable, sin embargo, siempre que se admita que el ejercicio de las funciones públicas es únicamente imputable al funcionario y no al Estado, al que sólo le son referibles sus resultados o efectos, convertidos en su responsabilidad civil. Si, entonces, hay lesión por ese ejercicio, es claro que es el funcionario y no el Estado quien la produjo, y que es aquél, en cuanto sólo él puede producirla, el principalmente obligado a no dañar intereses ni derechos ajenos con su actividad. La responsabilidad del Estado es

(21) Renato Alessi, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, págs. 64, 65 y 68.

Respons pers del func. → 1045 CC

" del pres. y ministros → excepción al 1045.

↳ x violación de sus atribuciones constitucionales

↓
¿dónde cabe el recurso d'amparo?
cabe una acc pers de respons
ctra ellos.

faltas
cometidas
in ejercicio
del cargo

↓
? faltas con
ocasión de
casación no admntr

del Estado, similar a la de los comitentes en el C. Civil y susceptible de regirse por iguales principios que ésta.

Precisa ahora, reseñar brevemente los otros aspectos de este sistema constitucional.

El régimen de la responsabilidad

8) Los hitos decisivos de todo régimen de responsabilidad son, según Chapus, el fundamento y la naturaleza de ésta. Y ha quedado visto sobremano que el riesgo es el fundamento de la responsabilidad estatal en Costa Rica, y la garantía de ese riesgo su naturaleza.

Resta por determinar el sujeto causante, la causa de la responsabilidad y las condiciones de la imputación al Estado, quiere decirse, qué autoridades pueden determinar el agravio, cuáles actos pueden causarlo y en qué supuestos se da la conexión entre éstos y la función, que permita poner en juego la garantía y el seguro de daños ofrecido por el Estado.⁽²²⁾

Fuera de cometido está, naturalmente, el desarrollo sistemático de conceptos generales, ya bien ubicados en el campo de los especialistas o de la teoría general del derecho. Se intenta únicamente el esquematizar problemas y sugerencias, sobre todo al hilo de la jurisprudencia.

a) Autor.

Cabe afirmar que los arts. 9 y 41 C. Política no distinguen entre autoridades causantes del agravio, porque se refieren al Gobierno concebido como suma y organización de todas las oficinas y funcionarios del Estado. En tal sentido, cualesquiera de los tres Poderes o de sus integrantes

(22) El orden y el temario de exposición ha sido tomado del magnífico desarrollo de Eduardo García de Enterría. Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. Capítulo La Responsabilidad Civil de la Administración, pero notablemente abreviado por razones didácticas y lógicas. Muchos de los interrogantes ahí resueltos, son extraños a nuestro derecho.

orgánicos, pueden actualizar el riesgo de mal funcionamiento que el Estado garantiza. Esto es claro frente al Poder Ejecutivo, pero no igualmente frente al Judicial y Legislativo.

En la medida en que la Constitución está por encima de la ley, hay responsabilidad por todo acto legislativo inconstitucional, de cuya aplicación haya derivado perjuicio para el particular.

El problema que hoy agita la doctrina, es otro y mucho más complejo: ¿hay responsabilidad por el acto legislativo constitucional, causa de un daño anormal a unos pocos, con excepción al carácter general propio de la misma ley?

La doctrina se revuelve alrededor del tema, pero la jurisprudencia y la ley han dado un paso decidido hacia la solución afirmativa. No sirven de antecedente al efecto las famosas sentencias del Consejo de Estado francés (La Fleurette, 1938 y Cauchetteux, 1944) porque las mismas se fundan sobre la presunción de la voluntad legislativa favorable, auspiciada por su silencio sobre el extremo de la indemnización. El problema se ubica en su verdadero terreno, cuando se busca un principio constitucional superior y limitativo de la misma legislación, que obligue a reparar el daño causado aun contra el texto de la ley que niegue la indemnización. La respuesta generalizada es que la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas, quedaría herida si con la aplicación de aquélla —que es acto de efecto y contenido generales— quedasen particular y anormalmente lesionados uno o varios individuos determinados. Cuántos granos hacen el montón, es cosa todavía no decidida y aclarada; ni tampoco la naturaleza, jurídica o material, del agravio inferible, ni la situación (derecho-interés) que puede ser objeto del agravio. Cualquiera que abra un tratado de derecho administrativo de la postguerra, hallará el capítulo y la doctrina favorable a la responsabili-

dad legislativa del Estado, aunque convariable y contradictoria justificación.

La ley y la jurisprudencia se han adelantado a la doctrina, movidas por razones de equidad.

En Costa Rica, tal responsabilidad legislativa encuentra buen apoyo y raíz, en viejas sentencias que aplican invariablemente pero en forma extensiva el antiguo art. 25 de nuestra Constitución, equivalente del actual art. 45, base de la expropiación por causa de utilidad pública.⁽²³⁾ Y, sobre todo, encuentra texto expreso que la apoye en el citado art. 41, que no sólo impone el Estado la reparación de las injurias que infiera, sino también de los daños que cause, aunque no sean injurias.

Pero es este otro capítulo y otro tema, tan vasto (y basto) como el que nos ocupa. Obviamente, una responsabilidad de este tipo no entra en el capítulo de la responsabilidad por riesgo de mal funcionamiento, o funcionamiento ilícito de los servicios y las funciones públicas.

Valga advertir que una reciente tendencia, que no ha conquistado adeptos en Casación todavía, pero que ya ha ganado fallos de nuestras dos primeras instancias, ha sostenido desde hace algunos años la responsabilidad del Estado por el funcionamiento normal y legítimo de sus servicios públicos, aún por razones de imperiosa nece-

(23) Casaciones: 1:56 hs. de 28 de mayo de 1912 (requisición informal de materiales de construcción después del terremoto de Cartago, mediante extracción y desmantelamiento de otra casa semidestruida); 3 hs. de 25 de setiembre de 1925 (requisición de bueyes y carretas para combatir la revolución del Sapoá); 15:20 hs. del 31 de enero de 1960 (contrato administrativo para estación terminal de autobuses, posteriormente dejado sin efecto por acto de la Administración, que suprime el requisito de la terminal común) 3:50 hs. de 29 de setiembre de 1937 (daños en el negocio El Molino (fábrica josefina de café) con motivo de ocupación temporal de la misma por tropas leales durante el golpe de cuartel El Bellavistazo).

sidad, siempre que conlleve el sacrificio anormal de unos pocos, por daño a su propiedad, en beneficio de muchos.⁽²⁴⁾

En relación con el Poder Judicial, cabe afirmar la casi total irresponsabilidad de principio, en virtud del art. 154 C. Política, que limita la responsabilidad por sus actos a los casos expresamente señalados por textos legislativos. Tal parece ser, sin embargo, la responsabilidad personal de los funcionarios judiciales y no la del Estado por acto ilícito de éstos, interpretación que permitiría mantener y extender ésta última sin dificultades a todos los actos del Poder Judicial. Es posible, entonces, equiparar el Poder Judicial al Ejecutivo, como "cauce" de la responsabilidad pública, para decirlo con palabra de Enterría; y sostener la posibilidad de una acción por daños y perjuicios contra el Estado por un acto ilícito o ilegal de sus funcionarios judiciales, dentro o fuera de la administración de justicia.

No resta por examinar sino la actividad del Poder Ejecutivo, como causa de responsabilidad estatal. Es obvia su casi ilimitada procedencia, con la precisión necesaria de que a la par de aquél y en igual situación normativa, deberán reputarse las instituciones autónomas, de igual natu-

(24) Casación 14 hs. y 15 hs. del 31 de enero de 1961:
Dijo la primera instancia Considerando IV:

"Que aunque no se hubiese obligado el Ministerio a lo dicho, aunque no hubiesen tenido sus funcionarios conocimiento del apiarío de la actora, y aunque no hubieran tenido tiempo —dada la urgencia de la labor— de tomar las medidas de precaución o de avisar lo pertinente a la señora X, siempre respondería el Estado por los daños, ya que la lucha contra la langosta a lo sumo constituyó un estado de necesidad, y, conforme a la doctrina moderna sobre la materia, toda situación de tal índole obliga al Estado a indemnizar los daños recibidos por los administrados, con motivo de la actividad administrativa o estatal originada por esta situación... si todos nos beneficiamos con el exterminio de la langosta, injusto sería que ello se lograra con un sacrificio desigual de parte de unos patrimonios que de otros".
Confirmó Segunda Instancia y dijo: Considerando II:

"Admitida la evidencia... de que la actora sufrió una lesión económica en la esfera de sus intereses, al quedar destruido totalmente su apiarío a consecuencia directa de la fumigación con clordano... con el objeto específico de eliminar y combatir la langosta... es indudable que el caso se sitúa dentro del ámbito del estado de necesidad... El Estado debe resarcir los daños inferidos a la actora a título de una especie de garantía legal, amparado como se dijo por la Constitución y aún cuando no esté previsto institucionalmente, por el "estado de necesidad" en la mayoría de las legislaciones civiles".
CASACION soslayó el punto y condenó con base en el art. 1048 párrafo tercero C. Civil.

naturaleza administrativa que aquel Poder, según expresa calificación constitucional. (Art. 188 C. Política).

b) Acto.

El art. 41 de la Constitución no distingue ni sobre la naturaleza ni sobre la materia del acto causante: actos unilaterales o contactos, actividad jurídica o técnica y material, toda forma del obrar administrativo puede configurar el ilícito del funcionario y desatar la responsabilidad del Estado.

Es necesario advertir que cuando se trate de actos jurídicos habrá doble vía para establecer y cobrar la responsabilidad estatal; o la civil de hacienda, exclusivamente para obtener una condenatoria en daños y perjuicios, o el contencioso administrativo, que en Costa Rica es de típica plena jurisdicción, para obtener sucesivamente la anulación del acto ilegal y la reparación de sus consecuencias ilícitas.

Tocante a los contratos la jurisdicción propia es la civil de hacienda, excepto cuando se trate de impugnar indirectamente su validez mediante la previa anulación de los trámites y actos unilaterales del ente público que condujeron al convenio, que pueden considerarse actos o deliberaciones administrativas separables de este último, para todo efecto legal. En tal hipótesis, cabe la anulación de los mismos en la vía contenciosa y después la reclamación de los daños y perjuicios resultantes en la vía civil de hacienda.

Dicho lo cual, podemos analizar brevemente el centro de las disputas en materia de actos causantes de responsabilidad estatal. Abordemos de una vez el tema. ¿cabe la responsabilidad del Estado por actos de derecho público, llamados de imperio? ¿Cabe, aún contestando afirmativamente la anterior cuestión, por actos políticos?

Anticipemos nuestra respuesta: el art. 41 no excluye ninguna responsabilidad estatal en razón de la naturaleza o la materia (móvil o fin) del acto desencadenante, porque sólo toma en cuenta al efecto el carácter antijurídico del mismo.

El art. 41 claramente impone la responsabilidad por cualquier clase de actos ilícitos, sea cual sea el ángulo adoptado para distinguirlos o jerarquizarlos. Y ante su texto sólo hay una posibilidad para que los actos de imperio o de política dejen de operar como agentes de esa responsabilidad: la de que esos actos no puedan nunca ser injurias, porque no puedan ser ilegales.

El fondo de tal afirmación es ampliamente conocido y ha servido de fundamento a la jurisprudencia nacional para mantener ocasionalmente la irresponsabilidad del Estado. El Estado es soberano y no está limitado por sus propias leyes, luego el Estado no puede infringir deberes que no puede tener. Es claro que si la responsabilidad es la sanción por la violación consciente de un deber, resulta imposible el nacimiento de aquélla si el sujeto no es capaz de soportar éste.

Tal fue la doctrina imperante en el Estado Monárquico de Policía (que es, adviértase, lo contrario que el Estado Gendarme) y el arma principal de ataque contra la retaguardia de la doctrina individualista del derecho, esgrimida por Duguit. Según Duguit, el sistema político liberal heredó del viejo régimen monárquico la idea de soberanía como poder absoluto e ilimitado, pero en favor de la Nación o entidad popular organizada constitucionalmente, y mantuvo para ésta la superioridad de su voluntad frente a los individuos, que le impedía someterse a otra voluntad o a la pretensión ajena, fundada en el derecho.⁽²⁵⁾

La doctrina del ilustre Decano de Burdeos considera que el Estado liberal e individualista es algo extraño al Derecho y que no existe expediente alguno para sujetarlo

(25) León Duguit, *Traite de Droit Constitutionnel*, tomo III, pág. 460: "Es evidente que consideradas en sí mismas, las dos nociones de responsabilidad pública y de soberanía son antinómicas, que si se admite que el Estado es soberano no puede admitirse que sea responsable y que si se admite que es responsable, no puede admitirse que es soberano. O la soberanía no es nada, o es, como se dijo, este carácter de una voluntad que no se determina jamás sino por sí misma, que no puede estar limitada por un elemento extraño a sí misma ni sometida a obligaciones sino en la medida estricta en que así lo quiera... De donde resulta de toda evidencia que una persona soberana no puede ser responsable de sus actos, quiere decirse sujeta a una obligación que le viene desde afuera, o, al menos, que no puede serlo sino en la medida en que así lo quiera. Pero entonces, ya no es más una responsabilidad, porque ya no es más una obligación".

Tesis normativista del Est. o de la sujeción de éste
al Dc-o en nat.

a éste, ni aún parcialmente; y que la voluntad del Estado liberal es capaz de derogar el derecho, cuando es soberana, sin crear otra norma que automáticamente lo sustituya. Tal parece ser su interpretación de la doctrina liberal, en cuanto ésta afirma la soberanía de la nación o del pueblo, como personificaciones abstractas de poder. Para afirmar que el Estado, en cuanto es soberano, no puede estar sometido ni aún a sus propias reglas, es preciso admitir que el Estado puede desligarse de éstas al momento de actuar o de aplicarlas, por la mera voluntad psicológica y arbitraria de sus agentes, sin que ello resulte ilícito o indebido a la luz del sistema. Puede, quiere decirse, no sólo de hecho sino en derecho. Pues si se admite que ese evento sería ilícito e indebido caso de presentarse, se estaría admitiendo que la conducta del Estado es valorable y juzgable con arreglo al orden, y por lo tanto inferior a éste.

En defensa del Estado liberal, hay que rechazar esta interpretación.

La realidad es que el Estado es un fenómeno netamente jurídico, como ya antes se dijo, y que aunque le sean imputables consecuencias de actos contrarios al derecho, está siempre sometido a éste, porque no es otra cosa que el derecho mismo. En tal sentido, la identificación del Estado con el conjunto de oficinas o instituciones parciales y abstractas que ha sido sostenida en este estudio, conduce directamente al respaldo de la tesis normativista de Kelsen, y a mantener la imposibilidad del acto ilícito de aquél, en la medida en que no se impute al funcionario mismo.

Pero el Estado que no puede actuar, porque no tiene capacidad de ejercicio (para decirlo en términos de los privatistas), puede al menos tener derechos y obligaciones y en tal sentido tiene capacidad de goce, personalidad jurídica plena. El Estado tiene deberes y obligaciones, y en la medida en que tiene que servirse de hombres para actuar, resulta imputable por la violación de aquéllos que éstos —y no él— causen por el ejercicio de poderes o derechos que también son del Estado.

Evidente es la sumisión del Estado al Derecho, sobre todo, en un régimen de constitución liberal y rígida, como el nuestro. De la rigidez constitucional emana el que la Asamblea está vinculada y obligada a la observancia de la Constitución, no sólo frente a ésta sino también frente a los particulares, cuando ahí se crean derechos en favor de éstos en forma directa e inmediata. Y del carácter liberal del sistema viene la división de Poderes, que por sí mismo garantiza la sumisión del Poder Ejecutivo y del Judicial a la ley.

En virtud de la división de Poderes el Poder Legislativo aparece como un sujeto independiente ante los otros dos, dentro del mismo sistema; y cada uno de los otros queda obligado a la observancia de los dictados regulares de aquélla, exactamente como el particular extraño al Estado. Esto desemboca finalmente en una sumisión de los otros poderes al Legislativo, aun fuera de la aplicación de la ley general; pero el fenómeno está fundado en la sumisión de todo lo particular y concreto, a lo general y abstracto, que es el origen de la seguridad jurídica.

Tal jerarquía entre lo general y lo particular, que funda el sistema, se derrama por todos los grados del mismo y cubre capilarmente todas las funciones públicas, bajo el nombre de principio de legalidad. A través de éste, cada oficina pública queda vinculada a las normas generales que regulan el ejercicio del poder, que habrá de realizar el hombre funcionario.

No hay un solo momento en que el funcionario pueda actuar contra derecho, en que el imperio de éste se suspenda en beneficio del Estado, precisamente porque todo el sistema ha sido creado para lo opuesto, para mantener la continua e ininterrumpida prevalencia de la previsión so-

bre la realidad jurídica. El Estado no obedece sino a su derecho, pero con la particularidad de que el que lo obedece no lo ha creado ni lo puede derogar.

Este razonamiento, como se ve, cubre toda clase de actos del Estado, sea como particular, sea como poder público, cuando realiza contratos lo mismo que cuando dicta órdenes y prohíbe conductas.

No hay una sola razón, si el Estado puede obligarse y si el sistema de división de poderes tiene la virtud de organizar esa posibilidad, que permita mantener la irresponsabilidad del Estado, o la incompatibilidad entre soberanía y responsabilidad. El Estado es soberano aunque sea responsable, porque siempre puede cambiar la norma que funda esa responsabilidad, sea sustituyéndola, sea derogándola y convirtiéndose en irresponsable. Pero, en este último caso, sólo a partir del momento en que dicta la nueva norma, aunque lo haga con efecto retroactivo para hipótesis ya recurridas. El Estado sólo es irresponsable, para una doctrina de la responsabilidad como sanción, cuando sus agentes actúan conforme a derecho, porque no puede sancionarse lo que es lícito.

Es con este último argumento que se ha discutido otra famosa antinomia del derecho administrativo, la incompatibilidad entre discrecionalidad y responsabilidad. La discrecionalidad es un poder de elegir entre conductas todas lícitas, para un fin público, en virtud de una indeterminación de la norma. En tal sentido, nunca puede haber responsabilidad por acto discrecional, porque no hay ilícito en el mismo ni hay derecho oponible frente al mismo. Cuando un poder discrecional conduce a la lesión de un derecho, con base en la ley, es el derecho el que se deroga, no el poder el que puede reputarse inexistente. La doctrina concluyó, de esta irrefutable argumentación, que no

S. la discrecionalidad

hay responsabilidad por actos políticos, que son, por esencia, discrecionales.

La respuesta es que ~~ello~~ es definitivamente cierto, a condición de que el acto político haya observado cumplidamente los límites de esa discrecionalidad. Hay responsabilidad por acto político, aún admitiendo esta categoría propia en nuestro medio, siempre que éste viole esos límites y las reglas tácitas o expresas que los consagran. La razón es simple, y es que, fuera de los mismos, el acto no es discrecional sino reglado y, en tal sentido, un acto administrativo común.

La doctrina del acto político en materia de responsabilidad estatal, pretende una noción del mismo como totalmente discrecional, y fincada en la mera existencia de un cierto tipo de motivos o de finalidades perseguidas. En resumen, el Estado está desvinculado del derecho en materia de conservación de sus tres elementos (territorio, población y gobierno) y de iniciativa en el funcionamiento de los supremos poderes. El orden autoriza al Estado para que, siempre que persiga uno de tales fines, pueda desentenderse del resto de sus normas y arbitrar libre y soberanamente lo que puede hacer o no hacer para obtenerlos. Esta tesis, que de ser cierta permitiría mantener la categoría del acto político sin responsabilidad, es totalmente errada e infundada. Errada, porque desconoce que en virtud de la Constitución y de la división de Poderes, toda actividad formalmente administrativa es siempre vinculada, aunque sólo sea parcialmente, y limitada toda discrecionalidad, aunque sea en materia de emergencia y de iniciativa de alto nivel. Y es infundada porque desconoce la tendencia cada día más acentuada a reducir lo político a lo administrativo y a no admitir un concepto genérico del acto de aquella naturaleza, sino únicamente un elenco clausurado de sus ejemplos posibles.

la imputancia de la mat. no \Rightarrow discrecional
es una facultad reglada
q' \Rightarrow la pos de respons.

Pero, en el fondo, esta doctrina desconoce que el Estado puede obligarse como cualquier particular y que si lo hace, porque el derecho regula siempre una parte de sus poderes —aunque sea mínima— el Estado puede hacerse responsable, si viola su obligación. Del hecho de que haya ciertos fines o materias importantes —por urgentes que sean— no puede deducirse a priori la discrecionalidad del poder, porque ésta es algo jurídico y sólo existe ahí donde la ley la permita. Y si así es, toda discrecionalidad conlleva, más bien, la posibilidad de la responsabilidad, porque es una larva de eventuales violaciones de esos límites.

Es cierto que todo acto discrecional, en los límites debidos, es inatacable y no puede originar responsabilidades; por ahí están en igual pie los actos políticos por la materia, que los administrativos discretionales, aunque sea en materia de su típica y normal incumbencia. Pero, a la inversa, no es cierto que todo acto que tenga que ver con el funcionamiento de los supremos poderes o la conservación de los elementos del Estado sea absolutamente discrecional e inatacable, sea cuales fueren sus consecuencias. Así, los tratados internacionales requieren aprobación legislativa cuya ausencia impide la eficacia del acto; cualquier aplicación de un tratado en tales condiciones puede reputarse indebida y fuente de responsabilidad para el Estado. Igualmente con la suspensión de garantías, si se da fuera de los casos previstos por la Constitución: una detención sin causa, cuando aquéllas no están suspendidas o lo están indebidamente, es un acto arbitrario que también origina responsabilidad, sea cual fuere la urgencia y el alto interés público en la conservación del Estado que medie en el caso; y puede decirse lo mismo de cualquier requisición innecesaria en emergencia

nacional, para aprovisionar al ejército, como ocurriría —y como ha ocurrido— si en vez de arroz y frijoles, las tropas decidieran consumir licores o víveres finos que están de sobra. Todos estos actos tienen un régimen constitucional o legal establecido, y cumplirlos fuera del mismo con daño para derechos o intereses legítimos de terceros, es siempre violar el deber legal de respetar esos límites en garantía de éstos. Aunque haya discrecionalidad en ciertos aspectos del acto —generalmente el contenido— no lo hay respecto de otros, y, en cuanto a éstos últimos, todo exceso acarrea responsabilidad estatal.

* En relación con este tema se plantea el problema de los llamados intereses legítimos, que son las ventajas de hecho que derivan para una persona del cumplimiento de la ley que regula la acción administrativa discrecional frente a ella o frente a terceros competidores. No se trata de derechos porque éstos son la facultad de hacer o no hacer algo, atribuida por una norma en forma directa a un sujeto, para garantizarle frente a otros un bien normalmente útil a sus necesidades. Aquí, en cambio, no se trata de una facultad del sujeto exigible frente a los demás, ni aún frente a la Administración, sino meramente del beneficio que el sujeto deriva de que sean observados los límites legales de la acción administrativa discrecional.

Es derecho, por ejemplo, el que tengo a ser admitido a la Universidad si lleno los requisitos de ley; pero es interés —y no derecho— el que tengo a que la Universidad no admita ilegalmente a otros alumnos, si con ello se dificulta mi admisión. Es derecho el que tengo al pago del contrato si soy adjudicatario de una licitación, pero es interés y no derecho —por tratarse de potestad puramente discrecional— el que tengo en resultar vencedor.

En todos estos casos, hay una ventaja de hecho, no reconocida legalmente en mi directo y exclusivo beneficio, y a la que no corresponde una posibilidad de pedir ni exigir en derecho, que deriva del cumplimiento de la ley; que regula la licitación pública o la admisión a la Universidad. En los sistemas en que estas ventajas tienen relevancia jurídica, las mismas se traducen procesalmente como un derecho a pedir y obtener la nulidad de los actos realizados en perjuicio propio o beneficio ajeno, contra el dictado de la ley. Jurídicamente, entonces, el interés es siempre y nada más un derecho de acción de nulidad, para volver las cosas al estado anterior a la conducta o negocio ilegal anulables.⁽²⁶⁾ 117

^ ¿Existe responsabilidad por la violación de los intereses? O, en otras palabras, tienen los intereses la protección de la responsabilidad estatal con base en la ilegalidad cometida?

Parece lógica la respuesta negativa, si se considera que para que haya responsabilidad tiene que haber daño a un interés jurídicamente protegido en sí mismo, mediante un facultamiento legal que permita satisfacerlo. Si este facultamiento no existe, el daño puede ser económico, pero no jurídico: Habrá daño, pero no habrá injuria. Y ya se vio que el interés legítimo es jurídicamente un interés de hecho, salvo su traducción legal en acción de nulidad. El beneficio o ventaja que asegura, no es nunca una conducta propia ni ajena, extraña a esa pretensión procesal, sino que se confunde con ésta. La lesión antijurídica, causa de la responsabilidad, sólo resultaría posible por una de-

(26) Alessi, op. cit. pág. 79. En contra: Guido Zanobini, Corso di Diritto Amministrativo, tomo 1, págs. 343-339.

* negación de justicia y no por acto administrativo. La responsabilidad por los meros intereses no existe.⁽²⁷⁾

Interés legítimo existe, según la doctrina, en la legalidad de los trámites administrativos de ejercicio de una potestad discrecional, contrapuesta a verdaderos derechos del particular, como la expropiación. Según la doctrina italiana, mediante sutil distinción, hay derecho a la abstención administrativa cuando el trámite —expropiatorio, por ejemplo— es totalmente infundado y no existe en absoluto, dentro del caso concreto, potestad administrativa para actuar.

Hay derecho a no sufrir el trámite expropiatorio no sólo si el órgano es incompetente, sino también si faltan los motivos antecedentes y reglados de la expropiación, como la declaración de utilidad pública. Un trámite en esas condiciones viola un derecho del particular, y origina responsabilidad estatal.

Hay mero interés, en cambio, cuando el poder existe pero es ilegal su ejercicio, por ejemplo: cuando siendo competente el órgano expropiante y existiendo los motivos para hacerlo, la expropiación se lleva a cabo sin las audiencias de ley, o para fines no legales, o agregando modalidades gravosas innecesarias, etc. Esta tesis, agudamente sostenida por la jurisprudencia italiana y por un ilustre autor (Enrico Guicciardi, *La Giustizia Amministrativa*, pág. 452) ha sido no menos brillantemente rebatida por otro italiano (Eugenio Cannada Bartoli *La Tutela Giurisdizionale del Cittadino verso la Pubblica Amministrazione*, pág. 21), con muy convincente argumento.

(27) Giannini, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, pág. 274; Alessi, *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo Italiano*, pág. 560. Guicciardi, *Giustizia Amministrativa*, págs. 41, 42, 43, 452.

Si es cierto, ha dicho en resumen, que toda norma que regula el ejercicio del poder administrativo no se refiere en general a las relaciones entre Administración y particular ni a los derechos o deberes recíprocos, también es cierto que toda regulación de un trámite lesivo del derecho privado es, por ese solo hecho, una norma de relación entre aquélla y éste, porque regula el deber que la Administración tiene de no lesionar ese derecho sino en estricta conformidad con la misma ley. Toda ilegalidad en la lesión de un derecho, aún si no radica únicamente en un defecto de la competencia o en el motivo condicionante del poder administrativo, es la violación por el Estado del deber de abstenerse de esa conducta ilegal y de respetar los derechos ajenos en el ejercicio de sus funciones. Se trata de un acto ilegal que al incidir sobre el derecho privado se convierte en ilícito y origina responsabilidad. El particular tiene el derecho —y no sólo el interés— de que su derecho sea lesionado o suprimido únicamente cuando hay posibilidad legal de hacerlo y esa posibilidad falta en concreto siempre que no se haya cumplido la ley en la comisión de daño correspondiente.

Estamos absolutamente de acuerdo y creemos que, como principio, cabe sentar la existencia del derecho a la legalidad administrativa, siempre que esté en juego el ejercicio o la pretensión de ejercicio de un poder público lesivo o contrapuesto al derecho (privado) del administrado, aunque sea discrecional en cuanto a motivo o contenido.

De conformidad con ello, los intereses jurídicos cuya lesión no es indemnizable, son aquellos que no se fundan en la existencia de un derecho subjetivo anterior, supeditado al ejercicio de una potestad discrecional opuesta.

Estos últimos son los "derechos debilitados" o "condicionados" de la doctrina italiana, respecto de los cuales está y la jurisprudencia han levantado la sutil distinción apuntada entre inexistencia total del poder y ejercicio ilegítimo del mismo, para separar los casos en que subsiste el dere-

cho subjetivo, de aquéllos en que desaparece y queda transformado en simple interés, por el ejercicio efectivo o aparente de aquella potestad. La tesis de Cannada Bartoli conduce, en discrepancia con la doctrina dominante, a sostener la invalidez de tal distinción y la persistencia del derecho frente a la autoridad, así como la responsabilidad del Estado por su violación, siempre que haya ejercicio ilegítimo de un poder discrecional que incida sobre la libertad o la propiedad de los individuos, aunque el poder exista en el caso, a la luz de la tesis dominante.

Resta una sola verdadera categoría de intereses legítimos, cuya lesión no da lugar a responsabilidad estatal, que es la de los intereses ocasionalmente protegidos o protegidos reflejamente, y que son aquellos que se dan en relación con los actos discrecionales de la Administración frente a competidores o terceros que obtienen de ésta situaciones de ventaja con perjuicio del interesado. Consisten, como todo interés, en el derecho a una sentencia de anulación del acto administrativo favorable al competidor, con base en la violación de la ley que regula la existencia o el ejercicio del poder administrativo correspondiente. Detrás de los mismos, no hay ninguna situación sustantiva que revele sus existencia, como en el caso de los derechos debilitados, que son verdaderos derechos mientras no sean suprimidos o sacrificados. En tanto que situación jurídica subjetiva, se reducen a este derecho a la sentencia de anulación contra la Administración, y derivan su calificativo de reflejos porque suponen la existencia de normas administrativas dictadas en interés del público, sin ninguna garantía directa o exclusiva para el interés privado en cuestión, que resulta indirectamente protegido o reflejamente amparado, por la simple aplicación de esas normas dentro de una pugna entre el titular y otros terceros ante la Administración. Tanto así, que de la aplicación de estas normas puede surgir también el daño o el perjuicio para el interés, si aquella conduce válidamente a favorecer al adversario y no al interesado mismo.

Los actos políticos y los discrecionales en general, pueden no ser fuente de responsabilidades exclusivamente cuando incidan sobre esta clase de intereses, reflejos u ocasionales, porque entonces no violan simultáneamente ningún derecho. Pero configuran una causa segura de responsabilidad cuando, en vez, lesionan ilegítimamente un derecho de propiedad, de libertad o cualquiera otro del particular, aunque éste sea debilitado y condicionado ante el interés público que motiva el acto, porque el mismo sobrevive cualquier invasión ilícita y extiende su garantía en favor del titular, hasta abarcar dentro de su objeto los modos de ejercicio de la función que conduce a disminuirlo o suprimirlo.

¿Cómo reconoce nuestra Constitución la responsabilidad por los actos políticos y administrativos en general?

La respuesta es clarísima: los artículos 48 y 49 de la misma, que consagran los recursos de habeas corpus, de amparo y contencioso administrativo respectivamente, significan un rechazo definitivo del acto político o administrativo como fuente de irresponsabilidad, en la medida en que sean reglados. Nuestra Constitución, en otras palabras, no reconoce actos políticos o comunes, sino sólo reglados y discrecionales, porque, en la medida en que aquéllos sean lo primero y no lo último, son judicables y anulables, con derecho a exigir responsabilidad por el entuerto cometido. El contencioso administrativo tiene justamente esa finalidad y la Constitución no hace limitación alguna al respecto.⁽²⁸⁾

Si las clásicas notas del acto político fueron las de ser incontrolable jurisdiccionalmente y no producir responsabilidad estatal,⁽²⁹⁾ en razón de la materia o fin perseguido, puede decirse que en Costa Rica ya no existen actos políticos, sino sólo administrativos, reglados o discrecionales, aún en materia esencialmente política.

(28) Casaciones decisivas al respecto: 10:45 hs. de 7 de junio 1947; 9:15 hs. 30/8/1948.

(29) Haurion.

Nuestra jurisprudencia ha evolucionado en el tema al paso de los tiempos. Fundamentalmente, la jurisprudencia ha hecho la distinción entre actos de autoridad y de gestión, y actos políticos y administrativos, pero ha terminado por abandonarla y admite hoy no sólo la responsabilidad por toda clase de actos estatales, sean administrativos o privados, políticos o administrativos, sino incluso por actos lícitos y en estado de necesidad, según se hizo ver con anterioridad. Cuando hoy se rechaza la responsabilidad del Estado por acto político o administrativo, no es con base en este su carácter, sino por ausencia de vínculo entre aquél y la función o cargo público desempeñados. Ya se dijo reiteradamente que nuestra Casación es firme en rechazar una responsabilidad del Estado que se dé nada más con ocasión y no propiamente en ejercicio del cargo.

Fuera de esta limitación fundamental, el principio dominante de la Casación es la responsabilidad del Estado por toda clase de actos y funciones, lo mismo si se trata de actos políticos que de actos administrativos comunes, de actos de derecho público que de actos de derecho privado.⁽³⁰⁾

(30) Hace la distinción entre actos de autoridad y de gestión (de derecho público y de derecho privado) y niega la responsabilidad estatal por aquéllos:

Casación 2.20 hs. 26/7/27; Considerando II: "Si hipotéticamente se admitiese que se trata de actos realizados sin dolo y con el propósito de precaver al Estado de algún peligro para su seguridad y que tales actos fueron ejecutados por un personero legítimo de la Nación, tampoco sería admisible la acción intentada con apoyo en disposiciones civiles que se citan en la demanda, porque a excepción de las leyes especiales —que no menciona el recurso— y salvo cuando obra como persona civil en las relaciones de derecho común, la responsabilidad del Estado, especialmente en caso de faltas de sus agentes, no está regida por los principios establecidos por el C. Civil para las relaciones de particular a particular, y esta responsabilidad no es ni general ni absoluta: tiene sus reglas peculiares que se modifican siguiendo la naturaleza de cada servicio y la necesidad de conciliar derechos del Estado con los derechos privados (Consejo de Estado, 6 de diciembre de 1885)".

Es la más típica sentencia nuestra separando los regímenes de la responsabilidad civil y administrativa del Estado, y está casi calcada sobre el arret Blanco, del Tribunal de Conflictos Francés, de 8 de febrero de 1873, que inicia pareja doctrina en Francia. En igual sentido excluyente la Cas. 9:45 hs. de 20 de abril de 1936.

Se refieren a actos de imperio e imponen la responsabilidad estatal, sin analizar la diferencia o igualdad entre la responsabilidad por éstos y la que es por los de gestión: Casaciones 16 hs. de 20 de agosto de 1953; de 10 hs. del 19 de agosto de 1952, de 10:30 hs. de 26 de agosto de 1948; de 15:20 hs. de 30 de abril de 1952; (todas referentes a saqueos del 4 julio de 1942, ante la pasividad

Así, aparece como el único rasgo negativo de la Casación en materia de responsabilidad, la apuntada y gravísima restricción de ésta a los casos de actos ilícitos cometidos por el funcionario en ejercicio de las funciones, y no con mera ocasión de éstas. Este principio ha sido reiterado numerosísimamente y constituye el rasgo más sólidamente sostenido por aquélla en este orden, desde principios de siglo a hoy. Es, sin embargo, el de más relevancia práctica en todo sistema de responsabilidad y puede ser el factor decisivo para su estancamiento, frente a las urgencias de la equidad y de los tiempos. Creemos que hoy —en Costa Rica— tal concepción está ya sobrepasada por la complejidad y enormidad de los riesgos que continuamente ocurren en el funcionamiento del Estado.

Será éste el punto último de nuestro análisis.

c) Causas de imputación:

Al respecto cabe hacer una primera distinción entre contratos, actos jurídicos y actos materiales del Estado.

de la policía), de 15 hs. 25 ms. de 17 de abril de 1942 (un inspector de tráfico ebrio, pero en uso de poder legal, ordena a un conductor detener su vehículo para inspeccionarlo, lo conduce y mata a un tercero), de 2:20 hs. ds 20 de agosto de 1918, (el Ministerio de Gobernación confirma acto de la Municipalidad desahuciando a un inquilino de "un tramo" del Mercado, caso en el que se discute la responsabilidad del Estado en funciones de tutela administrativa).

Distingue entre Estado —persona jurídica y Estado Poder Político, para mantener su irresponsabilidad: Casación 9:45 hs. de 20 abril de 1936 (requisición de víveres en el golpe del Bellavistazo, bajo órdenes de un alto militar alzado en armas).

Responsabilizan al Estado en función de guerra o defensa nacional, y, en general por actos políticos: Casación de 15 hs. del 10 de abril de 1957 (daños causados por tropas leales en debelación del golpe llamado Cardonazo, a una casa entre los cuarteles combatientes) de 15 hs. y 15 ms. del 25 de julio de 1956 (costarricense hijo de alemanes deportado a E.E.U.U. y Europa durante la guerra del 39, contra la ley de base que sólo autorizaba a hacerlo contra costarricenses, y nunca la deportación) de 16 hs. del 13 de setiembre de 1956 (se cancela la nacionalidad a un alemán naturalizado, se lo expulsa del país, se anula la cancelación posteriormente y se reclama responsabilidad por todas las ilegalidades cometidas, todas en tiempo de la misma guerra).

Curiosa resulta la sentencia de 16:30 hs. de 29 de marzo de 1957, que equipara la guerra civil o internacional a una fuerza mayor y libera al Estado, sobre esa base, de toda responsabilidad en que pueda incurrir por tal motivo, salvo ley especial que se la imponga; ello con directa contradicción de las Casaciones de 15 hs. del 10 de abril de 1957 y de 3:50 hs. de 29 de setiembre de 1937, ya citadas, que expresamente mantienen la responsabilidad por actos del Gobierno y sus tropas en represión de rebeliones o golpes de cuartel).

Tiene importancia esta clasificación porque la referencia de unos y otros al Estado es variable según la índole misma del acto.

La distinción fundamental entre obligaciones contractuales y legales se confunde con la que los franceses llaman obligaciones de resultados y obligaciones de medios. Es decir vínculos que persiguen una utilidad de consecución segura y vínculos que persiguen una utilidad de consecución aleatoria. Normalmente es más difícil obtener la curación de un enfermo grave, por ejemplo, que entregar la cosa vendida. Puede el caso fortuito o la fuerza mayor intervenir en ambas hipótesis para frustrar el resultado sin culpa del deudor, pero es mucho más complejo el problema que maneja el médico que el que maneja el vendedor, a efecto de lograr el fin deseado. De hecho, el médico no se ha comprometido a una conducta determinada, por ese mismo carácter incierto del resultado, sino a realizar todas las que sean necesarias para curar a su paciente, tal y como las circunstancias imprevisibles y múltiples de la enfermedad puedan exigirlo; y el vendedor en cambio se ha comprometido a algo específico y definido, que es la entrega de la cosa. En virtud de esta definición y especificación de la obligación de resultado, siempre que éste no se da y la cosa no se entrega, por ejemplo, se presume que ha habido culpa causante, y no caso fortuito o fuerza mayor, porque los mismos son nada probables en términos normales. A la inversa, si el paciente se muere, la presunción es a favor de la diligencia del médico y el actor ha de probar la culpa o el dolo ocurrido.⁽³¹⁾

Esto revela que la culpa contractual del Estado, en ejecución de obligaciones específicas de resultado, le es fácilmente imputable, sea cual fuere el motivo del incumplimiento, mientras no pruebe caso fortuito o fuerza mayor. El solo hecho de una conducta específica definida y

(31) Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil. Parte II, tomo II, Nos. 377-379.

describida como objeto del vínculo sirve de término de comparación y permite afirmar que si tal conducta no se dio de haber un acto discrepante, que por ese solo hecho es ilícito y culposo, salvo caso fortuito o fuerza mayor.⁽³²⁾ Situación esta de inversión de la carga de la prueba, que es igual a la existente en materia contractual en derecho civil, y que revela cómo son iguales —en este aspecto también— las reglas de la responsabilidad para individuo y Estado.

En relación con actos jurídicos, se plantea de lleno el problema de la imputabilidad al Estado de la conducta dañosa, propio también y en mayor medida aún de sus actividades materiales.


¿En qué condiciones le es referible al Estado un acto o actividad ilícitos de sus funcionarios?

Se vio ya como los arts. 9 y 41 C. Política, respaldados por el art. 49 íbidem, conducen en primer término a admitir la responsabilidad del Estado en general, y, en segundo término, la causada por acto realizado en ejercicio de las funciones del cargo. Procede ahora definir lo que la doctrina entiende por éste y por acto realizado con ocasión de esas mismas funciones.

Se dijo que el fundamento necesario e invariable de la responsabilidad estatal, es el "riesgo creado" por su organización y actividades, incluso cuando es la culpa in eligendo o invigilando de sus jefes, porque se trata siempre de actos ajenos, que como tales, no le son imputables. Y se explicó que —ortodoxamente entendida— esta responsabilidad por riesgo conduce a afirmar que la misma existe únicamente cuando se trata de actividades realizadas en interés y provecho del ente, para los fines propios de éste. Si el riesgo explica la responsabilidad estatal, es

(32) Alessi, op. cit. pág. 21-22. El autor utiliza la diferente pareja de conceptos derecho absoluto y relativo, pero llega a igual resultado que los hermanos Mazeaud, exponentes de la doctrina francesa dominante sobre el punto.

porque resulta aplicable el aforismo latino ubi emolumentum, ibi onus, donde está el provecho debe estar la carga. Esta, podría decirse, es la doctrina ortodoxa de la responsabilidad por garantía del Estado.

 Desde este punto de vista lo importante para explicar la responsabilidad estatal está en tres elementos:

a) que el autor del daño indebido sea un agente del Estado. Queda excluida la responsabilidad si se trata de un particular (como un usurpador sin título ni investidura alguna, mientras no se trate de un gobierno de facto consolidado, que sustituye al anterior) aun si está en ejercicio de funciones delegadas por el Estado (como un concesionario de servicios u obras públicas) o de un grupo o muchedumbre (aún si autorizada por acto administrativo).

Queda admitida la responsabilidad por acto del funcionario llamado de hecho, siempre que su carácter de tal provenga de un vicio o defecto en el acto de investidura, y no de una total carencia de esta última.

b) En segundo término que el acto se haya dado para el fin debido, y no para otro distinto, aunque también sea estatal. La desviación de poder, como vicio del acto, parece excluir la referibilidad del mismo al Estado y aquella se presenta siempre que, para copiar la fórmula francesa citada por Chapus (op. cit. pág. 384), "el autor del acto ha usado de su poder para un fin y por motivos diferentes de aquéllos en virtud de los cuales este poder le ha sido conferido".

c) En tercer término que el acto se haya dado en ejercicio de un poder propio de la competencia del funcionario. Podría argumentarse, a fortiori, que si no hay imputabilidad al Estado del acto realizado en uso de un poder pero para un fin indebido, con mucha mayor razón cuando el acto mismo no corresponde a ningún po-

der propio del funcionario. La competencia del funcionario se ha convertido así en condición de la imputabilidad del acto al Estado y de la responsabilidad de éste.

De este modo, para referir el acto al Estado, es preciso que el funcionario haya sido competente para realizarlo y haya actuado para un fin propio de su cargo, más precisamente para el fin propio del acto.

¿Dónde está, entonces, la ilicitud que funda la culpa y la responsabilidad, erigidas la incompetencia y la desviación de poder en causas excluyentes de la misma?

Por exclusión, tales vicios pueden estar en los elementos restantes del acto o de la acción administrativa, como la forma, el procedimiento, el contenido accidental, el motivo, y la ilegitimación genérica para actuar. En las actividades no jurídicas esa ilegitimidad, que presenta un cariz diverso, puede reducirse a la impericia o negligencia clásicas, en la prestación de un servicio o conducta técnica o material, sin desviación de fin ni de competencia que la enerven. Si éstas se dan, no hay responsabilidad.

Dada la dependencia recíproca de los elementos del acto administrativo, concebibles fragmentariamente sólo para efectos didácticos, resulta claro, sin embargo, que ambos vicios son uno mismo y reducibles al común concepto de la incompetencia. En realidad todo poder o actividad administrativa está ordenada a un fin legal, que —vago o preciso— nunca puede faltar en el mismo. La competencia, desde este punto de vista, se descompone en dos elementos, que son la previsión del efecto jurídico necesario del acto a realizar, el contenido jurídico esencial que define el poder, y el fin a que ese efecto sirve, entendido como el resultado de la ejecución u observancia práctica de éste. Resulta imposible la existencia de un poder administrativo o público sin una determinación de fin, y al revés resulta imposible la existencia de un fin sin un poder al que esté coordinado. Así, todo ejercicio de un poder para un fin diverso del legal es

en realidad una forma de incompetencia, porque es el ejercicio de un poder que no existe en el órgano en relación con el fin ilegal.

Al revés, siempre que se realiza una actividad o se produce un efecto jurídico que no entran dentro de la competencia del órgano, se está persiguiendo un fin diverso del encomendado al agente por la ley, que es precisamente el correspondiente al poder inventado o usurpado.

De esta conexión, se ha servido la doctrina para llegar a la conclusión de que no hay responsabilidad cuando el acto estatal se ha realizado por un órgano incompetente, o con desviación de poder. —Ambos casos se implican mutuamente.

Esta doctrina ortodoxa, tal y como la entiende nuestra jurisprudencia, resulta propicia a un peligroso bizantinismos jurídico.

Es indudable que no toda forma de incompetencia ni toda desviación de poder pueden restar al acto su carácter de estatal; y es indudable que mantener la irresponsabilidad del Estado meramente porque tales vicios desvirtúan el acto, es tanto como declarar que el mismo no es, para efectos de responsabilidad, un acto del Estado o referible a éste en sus efectos.

No resulta imputable al Estado, según doctrina dominante, el acto de órgano absolutamente incompetente, como cuando un Poder invade la esfera de otro, o un órgano ejerce una competencia extraña por el territorio o la materia, como si un Gobernador de Alajuela prohibiera manifestaciones contra el ICE en Cartago, o un Ministro de Educación prohibiera el estacionamiento de vehículos en la vía pública. Pero fuera de tan grotescas hipótesis, puramente de academia, es clarísima la imputabilidad al Estado y el carácter de actos administrativos revestidos de todas las prerrogativas de tales, de otras conductas realizadas por funcionarios incompetentes, por invasión de funciones de sus superiores o inferiores. ¿Si un

Oficial Mayor del Ministerio de Economía da orden al Contador General de Aduanas de liquidar un impuesto en forma ilegal, o directamente lo hace y emite la orden de cobro, con desconocimiento de la competencia de aquél y del Tesorero Nacional, ese acto deja de ser administrativo para equipararse a una simple vía de hecho, sin ninguna relación con la ley ni la administración? ¿O si el Oficial Mayor del Ministerio de Seguridad Pública resuelve ilegalmente una apelación contra el Consejo Superior de Tránsito, que corresponde legalmente al Ministro, resulta el Ministerio enteramente extraño al evento y tercero frente a la paralización de actividades que puede causar la decisión ilegal?

Afirmarlo sería ir contra nuestra Constitución, que imputa el Estado tales actos ilegales, aún si por incompetencia o desviación de poder, por el simple hecho de contemplar una vía procesal específica para anular actos administrativos por cualesquiera clase de vicios, que es la prevista por el ya citado art. 49 C. Política. Este permite accionar para obtener la nulidad de actos administrativos ilegales y lesivos de derechos del administrado, sin excluir de su mandato los actos viciados de incompetencia o desviación de poder. ¿Si un acto impugnado y anulado por esa vía, hipótesis indiscutible, ha causado daños y perjuicios al particular, podría sostenerse que no pueden cobrarse, simplemente porque la causa del vicio ha sido la incompetencia o la desviación de poder y no otra cualquiera?

El acto del agente que es anulable es imputable al Estado, y si lo es puede servir para responsabilizar a éste por la injuria causada, aunque su autor haya sido incompetente para realizarlo o haya incurrido en desviación de poder.

No hay razón razonable, para decirlo enfáticamente, que permita considerar administrativos y propios del Estado los actos dichos para efectos de su impugnación dentro de la vía contenciosa administrativa, y obligar al tiempo a reputarlos extraños a aquél y propios nada más del fun-

cionario o empleado en su calidad personal, para efectos de establecer la responsabilidad estatal. Establecido, en todo caso, que los mismos pueden ser objeto de la pretensión contencioso administrativa, que en nuestro orden es de típica plena jurisdicción y supone siempre un derecho ofendido del actor, así como el poder del Juez para condenar en daños y perjuicios a seguidas de la declaración de nulidad, resulta absurdo pensar que esa responsabilidad pueda lograrse dentro de esta vía a condición de ir precedida de la anulación del acto, y no en la vía civil de Hacienda, simplemente porque tal anulación no es entonces posible. Si la vía civil de Hacienda es precisamente para reclamar responsabilidades y condenatorias pecuniarias contra el Estado, que no lo obliguen a un hacer específico ni deshagan lo hecho por él, debe considerarse siempre como más propia para ese exclusivo fin reparatorio que la contencioso administrativa, cuyo fin natural es el opuesto, sea acomodar el obrar administrativo —y no sólo sus consecuencias— a la ley.

En sistemas como el francés e italiano —donde hay una jurisdicción especial para la protección de intereses tal y como se definieron brevemente, que aquí no existe, y dentro de la cual es imposible intentar acciones condenatorias porque el daño al interés no es daño jurídico— resulta explicable la existencia de actos administrativos que sean imputables al Estado para su anulación y no para establecer su responsabilidad; y ello porque dado el fundamento mismo de la acción que se intenta, que supone la lesión de un interés de hecho sólo reflejamente protegido por el derecho, la petición o pretensión del actor tiene que limitarse de conformidad a pedir la eliminación del acto ilegal, en forma excluyente de toda responsabilidad por daño.

En Costa Rica, donde tanto la jurisdicción civil de Hacienda como la contencioso administrativa, se fundan en la lesión de un derecho por acto administrativo, ambas vías

resultan acumulativas para el particular ofendido, que puede bien dejar subsistente el acto y reclamar nada más la responsabilidad estatal, en la vía civil de Hacienda; o bien formularlo y pedir, además, esa misma responsabilidad. Los supuestos de una y otra acción son los mismos, en cuanto a la naturaleza del acto causante del agravio y del juicio: se trata en ambos procesos de juzgar una conducta administrativa que no sólo es ilegal en abstracto, porque viola la ley en perjuicio del interés público, sino también ilícita, porque viola en concreto el derecho del particular. Sin derecho lesionado no hay sentencia favorable en la vía civil de Hacienda, pero tampoco dentro del contencioso administrativo, respecto del cual la posibilidad de esa lesión representa incluso un supuesto de admisión de la demanda, porque es la base para la legitimación del actor.

De este modo es definitivo que en Costa Rica fundan deben fundar responsabilidad estatal —según la misma Constitución— los actos o actividades de la Administración servados por incompetencia, extralimitación de funciones o desviación de poder.

La doctrina constitucional es sana en el punto porque se construye la responsabilidad del Estado alrededor de uno o varios vicios del acto, dada la apuntada dependencia entre todos los elementos del obrar administrativo, puede bien resultar que la ausencia o defecto de cualquiera de ellos determine, a su vez, la de los elementos escogidos como causa exclusiva de imputación. Así, no sólo la competencia incluye un fin, sino que también el motivo del acto administrativo, situación de hecho que desata la necesidad pública y obliga a actuar, es condición para el ejercicio de la competencia y la persecución del fin en el caso concreto. En el caso de la expulsión de un sospechoso de subversión durante período de guerra, no sólo hay incompetencia si la potestad respectiva de extrañar del territorio nacional no existe, ni sólo tampoco si es el Ministro de Educación y no el de Seguridad el que expulsa, sino también

cuando falta motivo —aun considerando regularidad en los otros dos elementos antes apuntados— porque el afectado es un costarricense y no un extranjero, cuando esta última calidad es la única que justifica la medida según la ley. Porque, en esta hipótesis, la nacionalidad costarricense del sospechoso deja insubsistente el peligro contra la seguridad nacional, por lo menos para la ley que así lo reputa, y hace imposible, entonces, la evitación o eliminación de éste como fin del acto de expulsión; si, en esas condiciones, se expulsa a un nacional no sólo se actúa sin motivo sino que se comete una desviación de poder, porque no se puede perseguir la finalidad precisa que esa ley especial tiene por meta; y hasta puede agregarse que se extralimitan las funciones del agente, porque el poder de expulsar sólo existe en concreto cuando es un extranjero el que resulta afectado. En hipótesis como ésta o similares, no sólo no existe el motivo del acto, sino que, en cadena, desaparecen la competencia y el fin legal.

¿Qué decir de situación tal a la luz de nuestra rígida jurisprudencia sobre el punto?

Llevada por su lógica interna, que Casación ha tenido el mérito de observar, la solución ha sido y tenido que ser negativa: el Estado tampoco es responsable cuando falta la causa o motivo que legitime el uso de un poder por el funcionario autor del daño ilícito, aunque éste sea competente.⁽³³⁾

(33) Queremos ordenar la jurisprudencia nacional tocante a condiciones de imputación del acto al Estado, para dar un contenido práctico a los principios expuestos. Brevemente y casi sin comentario, se transcribirán los puntos salientes de la jurisprudencia sobre el tema.

Casación 2:20 hs. de 20 de agosto de 1918 (deshauicio ilegal de inquilina del Municipio en el mercado, confirmado por el Poder Ejecutivo como tutor administrativo del Municipio; sostiene la responsabilidad por acto de imperio).

Culpa de la víctima como causa excluyente de responsabilidad: Casación 1:50 hs. de 13 de octubre de 1926 (Considerando III): (En un incendio resultan quebradas las ventanas de una tienda vecina, sin que se haya apersonado el dueño durante la noche para vigilar. Un robo se produce y se alega descuido de la policía en vigilar. Culpa de la víctima —por haberse ausentado del lugar— excluye la de la policía).

En igual sentido: Excluyente: Casaciones: 15:30 hs. 28 de agosto de 1942; 10:35 hs. del 18 de enero de mil novecientos cincuenta y cinco, más abajo comentadas.

Todo nuestro sistema jurisprudencial, así levantado, padece de un mal fundamento. Ya se dijo que el origen de la responsabilidad estatal es el riesgo y que éste no es únicamente el creado o incurrido para la obtención de un fin en un caso concreto, sino la existencia misma de la organización y el funcionamiento del Estado como hecho ordenado a éste y causante de inevitables peligros.

El beneficio que es la contrapartida del riesgo no es el beneficio logrado ni perseguido, sino la existencia misma de la empresa en cuanto está organizada para lograrlo y funciona con ese fin en forma continua, aunque en casos concretos no lo alcance ni aún lo persiga. Es un beneficio, respecto del riesgo, porque para suprimir este último habría que suprimir la empresa.

El funcionario o agente de una entidad colectiva siempre es un ser extraño a ésta, con una capacidad de actuar que incluye, vista en su base real y psicológica que es la única que le importa al comitente, tanto excelencias como debilidades, tanto virtudes como pasiones y defectos. La

Inexistencia de funcionario del Estado y de calidad de comitente en éste:

Casación 2:50 hs. de 11 de julio de 1930. (se intenta responsabilizar al Estado por actos del Monte de Piedad, tutelado pero no dirigido por el Estado: Considerando noveno: de las consideraciones que preceden se deduce que el Estado puede ser considerado como comitente, cuando es él quien actúa por el intermedio de su agente o encargado, y que no puede serlo cuando el encargado obra, no como instrumento u órgano del Estado, sino en representación de una persona moral distinta)".

Inexistencia de funcionario, culpa de la víctima y desviación de función:

Casación 9:45 hs. de 20 de abril de 1936 (durante el golpe del Bellavistazo el Comandante del Cuartel alzado, debidamente nombrado por el Gobierno, ordena la requisición de víveres a allegados al golpe, no funcionarios del Gobierno. La requisición se lleva a cabo, con conocimiento del afectado de que supe víveres a los rebeldes y no al Gobierno) "falta por consiguiente en el caso a la requisición practicada en perjuicio del actor, el carácter de provisión hecha para el servicio militar nacional y por orden de quien tuviera en aquel momento facultades para hacerlo (Considerando III) . . . Considerando IV: La demanda se funda en que el Gobierno es responsable de los abusos en que incurran los funcionarios a quienes ha investido de autoridad, lo cual, habida cuenta de la personalidad jurídica del Estado, es admisible solamente cuando las funciones usurpadas estuvieren tan íntimamente ligadas con las legítimas que no pudieren distinguirse fácilmente o cuando el ciudadano particular no tuviera en los reglamentos la manera de conocer el abuso; pero de la prueba antes dicha se deduce que el reclamante sabía que aquellas fuerzas del Cuartel Buena Vista estaban levantadas en armas contra el Gobierno y que no podía así considerarse a ninguno de sus directores como funcionarios del Gobierno".

Se observa: a) que el alzado era un funcionario de confianza, que siguió siéndolo pese al alzamiento (no ha tenido fortuna el principio ahí sentado de que el alzado deje de ser funcionario) b) que pudo rebelarse por su propia calidad de funcionario de confianza y por las armas y hombres que ésta puso a su disposición; c) que el ofendido supo que eran alzados los que hicieron

famosa falta personal de la jurisprudencia y la doctrina francesas, definida lapidariamente por Laferrière como la debida a las "debilidades, las pasiones y las imprudencias", no es otra cosa que un riesgo inevitable de todo ente colectivo que para poder actuar tiene que servirse de hombres, capaces de bien y de mal. Este riesgo, en materia de responsabilidad es doble, el de los defectos de ese hombre y el de la insolvencia de éste, sobre todo si es grande la empresa a que sirve. El riesgo se hace máximo cuando la empresa es el Estado.

Razones de equidad, ya expuestas, llevan inexorable y razonablemente a concluir que el Estado debe y tiene que responder no sólo por las faltas de sus funcionarios competentes, para un fin del cargo, por los motivos propios de éste, sino también por todas las faltas cometidas fuera de esas circunstancias, aún si con evidente abuso o extralimitación de funciones, siempre que el acto haya sido posible con la indispensable condición del cargo mismo y de las oportunidades y los medios que éste ofrece.

la injuria, pero no pudo evitarla; d) que había íntima conexión entre el alzamiento y las funciones del Comandante, no sólo por el uso de los medios materiales, sino por la autoridad que deparan dentro de un Cuartel, que le permitió legal y psicológicamente dar las órdenes y hacerlas cumplir. El militar, en efecto, no puede discutir la orden del superior.

Incompetencia y desviación de función. Acto extraño a la función.

Casación 15 hs. del 10 de abril de 1957: se reclaman daños a una casa producidos por el Cardónazo (golpe contra el Gobierno de Figueres, 1949); Considerando II; en el caso presente no es dable atribuir responsabilidad al Estado por los daños en la propiedad de la actora. En efecto, la que consagra el párrafo tercero del art. 1048 C. C. se ha resuelto reiteradamente —no puede ser ajena a las funciones propias del servidor; y ninguna de esa clase cumplía el ex-Ministro de Seguridad Pública cuando se alzó en armas contra el Gobierno de que formaba parte...

Se observa, como en el caso anterior, que el alzamiento y los daños hubiesen sido imposibles sin el nombramiento y la posición de confianza procuradas al Ministro desleal por el propio Gobierno. El que se impute no haber realizado acto dentro de los poderes del cargo, sólo puede querer decir o bien que no usó de los que le daba éste— lo que es erróneo, porque alzado o leal el Ministro de Seguridad tiene potestades para mandar y organizar una fuerza militar en lucha— o bien que lo hizo para un fin no legal, en desviación de poder. Esta es la importancia de Casación sobre el punto.

Emisión o venta ilegal de giros falsos por empleados públicos. Incompetencia, falta de causa legal, desviación de poder.

Casación 10:20 hs. de 19 de abril de 1937: El Oficial Mayor de un Ministerio, persona hasta el momento intachable, tiene competencia para firmar giros del Gobierno, que sólo resultan válidos y exigibles con otras formalidades. En abuso de su facultad, emite giros falsos, sin tales requisitos adicionales, a nombre de compañeros de oficina, falsifica sus firmas y los vende a un tercero. El ofendido que ve frustrado su cobro al Estado reclama. Considerando II:

No importa en el caso la clase de función o de vicio jurídico, sino exclusivamente la materialidad del hecho y su conexión de hecho —no jurídica— con el aparato legal y físico del Estado. Porque no se trata de saber en qué condiciones actúa el Estado, que no puede actuar, sino en qué condiciones actúa otro por él, normalmente al servicio de sus fines.

Ha nacido así la responsabilidad también por acto realizado con ocasión del ejercicio del cargo, aunque no en ejercicio de éste. Y ha sobrevenido así el difícil problema de limitar tan amplio principio, para no responsabilizar al Estado injusta o ruinosamente.

Nos hemos preocupado excesivamente, quizá, por demostrar la necesidad del cambio para hacerlo vigente aún ante la relativa riqueza de resultados que podemos ofrecer en sustitución. No se trata de que la ocasionalidad, contrapuesta a la directa causalidad del servicio frente a la falta del agente, haya tenido pocas aplicaciones en los

Que los giros a que esta acción se refiere aún cuando llenaran la primera de esas exigencias legales (que el funcionario que los expida proceda dentro de sus atribuciones legales) carecen de otras formalidades expresadas, por lo cual su pago no le es exigible al Estado . . . Considerando V: Que el expresado art. 1048 párrafo tercero al declarar la responsabilidad del Estado por las razones que expresa la sentencia, ha sido mal aplicado, pues para que esa responsabilidad resulte es necesario que el acto delictuoso o cuasidelictuoso que cause el daño haya sido cometido por el empleado dentro de las funciones para las cuales está designado. En el caso, no era oficio propio del funcionario la negociación de giros suyos o de terceras personas, de manera que al hacer la operación con la demandante procedía como particular".

Observación: El fraude hubiese sido imposible —salvo negligencia de la ofendida— sin la potestad legal del funcionario culpable para firmar giros del Gobierno, y sin la falta de servicio que representó el permitir —como se permitía— que se vendieran en las propias oficinas públicas, con un libro de registro de giros vendidos, aún por altos funcionarios, como el del caso. Decisivo hacer notar que, como quiera, si el funcionario se hubiese limitado a emitir el giro, sin causa alguna, y un particular en colusión hubiese hecho la falsificación de firmas y la posterior negociación, el daño hubiese sido el mismo, pues los giros hubiesen sido igualmente nulos, sin extralimitación de funciones por parte del funcionario. Esta Casación plantea en realidad no un caso de incompetencia o desviación de poder sino un caso de falta de motivo en el acto causante.

Relativas a giros y en igual sentido desestimatorio del reclamo, por falta de competencia o extralimitación de funciones, véanse: Casación 15:30 hs. del 28 de agosto de 1942 (un amanuense de la Asamblea Legislativa acostumbra vender giros de diputados, mediante uso de sellos del Congreso con que mata las firmas falsas, pero con grave descuido de por medio del ofendido, que nunca ha intentado constatar su autenticidad). El caso parece mucho más razonablemente fallado que el anterior, por la culpa de la víctima y la inexistencia del poder de hacer los giros fraudulentos en el agente culpable; Casación 15:15 hs. del 31 de enero de 1950 (Considerando II y III (el jefe de bodega del

sistemas jurisprudenciales que la aceptan, sino de que, pese a ella, los principios generales que permiten asir lógicamente esta nueva orientación son imprecisos y pueden, por ello, ser peligrosos.

Para aliviar esfuerzos lógicos, casi inútiles en materia eminentemente casuística, nos remitiremos en estas líneas finales a la obra de René Chapus, *Responsabilité Publique et Responsabilité Prive*, págs. 236 y sgtes., que representa la más "concienzuda y abrumadora" labor de análisis jurisprudencial, y la más reciente y original también, que conocemos sobre responsabilidad estatal.

Chapus parte de la distinción ya aquí supuesta entre tres tipos diversos de culpa imputables al funcionario:

"Se debe, en efecto, distinguir entre tres tipos diversos de faltas que por ser uniformemente denominadas, según una terminología universalmente aceptada, faltas personales, no han sido netamente contrapuestas entre sí. Hay la

MOP, en otros tiempos, cede a X unas cuentas por madera entregada a aquél, a la orden de un tercero cuyo endoso falsifica para legitimar la tenencia y endoso sucesivo de su parte. Agrega sello del MOP. Salvo imprudencia grave del ofendido, el fraude resultó posible por el puesto y jerarquía del agente, que inspira confianza y permite conocer y manipular las cuentas adeudadas por el MOP. Fallo desestimatorio de dudoso fundamento): Casación 10 hs. y 35 ms. del 18 de enero de 1955, Considerando III (El Contador de Tributación Directa vende giros falsos de otros empleados de la Oficina, mediante falsificación de firmas, de fórmulas y de sellos. Resulta siempre aducible en contra del fallo desestimatorio que había una grave falta de organización, como condición importante del fraude, a saber: que los giros se vendían a vista y paciencia de jefes y empleados de la Tributación, y que había en ésta incluso un libro de registro de giros vendidos, lo que daba apariencia de completa licitud al fraude. Dijo el Considerando: "Los jueces de mérito no han tenido por cierto que entre las atribuciones del señor X, en su cargo de Contador de la Tributación Directa, figurase la de llevar el contralor de la venta de giros de los demás empleados... Si se ha tenido por cierto que los hechos realizados por el señor X, de que el juicio se trata, fueron ajenos a sus funciones propias, ninguna responsabilidad le cabe por ellos al Estado, al amparo del tercero de los párrafos del art. 1048 del C. C., según la reiterada jurisprudencia que se cita".

Están por la imputabilidad del acto al Estado, y de su responsabilidad con base en aquel, todas las ya citadas en lo concerniente al carácter público y de imperio, o al carácter político del mismo. Forman un macizo de ejemplos al respecto todos los fallos referidos a la aplicación de las leyes de Defensa y Bloqueo Económico durante la última guerra mundial, y los casos del cuatro de Julio de 1942, por la ilícita pasividad de la policía durante los saqueos contra propiedades de nacionales de los países del eje nazi, o de los afectos a éste, en la noche de aquella fecha. Todos los casos fueron reconocidos por lógica aplicación del principio que llevó a desestimar los otros, sea porque los actos ilegales entraban dentro de las funciones o tipo de poderes y de fines propios del cargo. Es digno de observación, sin embargo, el que en uno de estos casos al menos, el de Casación 13:15 hs. del 25 de julio de 1956 (Wimmer Jochs c/el Estado) se falló condenando sobre la base de que, sin haberse cancelado

Falta personal de 1º grado -

Falta grave cometida en el ejercicio mismo de la función

II grado. (Ocasional)

Falta cometida no ya en el ejercicio de la función sino con ocasión de ésta

III grado.

Falta sin relación alguna con la función

"falta personal de primer grado", que se define como la falta grave cometida en el ejercicio mismo de la función (siendo la culpa leve cometida en las mismas condiciones la llamada "falta de servicio"); la "falta personal de segundo grado que se define, según se verá más tarde, como la falta cometida no ya en el ejercicio de la función sino solamente con ocasión de ésta; y, finalmente, la falta personal de tercer grado que es aquella sin relación alguna con la función. Creemos que solamente alrededor de esta distinción esencial y muy simple a la vez, es que se puede dar del estado actual de la jurisprudencia sobre la materia una imagen que sea, en todo lo posible, satisfactoria, y sobre cuya fidelidad no tendrán influencia alguna las inevitables divergencias de apreciación de las jurisdicciones, o de una misma jurisdicción en diferentes épocas en cuanto al diagnóstico concreto sobre una u otra clase de falta" (op. cit. pág. 239, nota 1).

La falta de segundo grado en la cita, que en adelante llamaremos ocasional, es la que surge, para usar las fórmulas de nuestra Casación, cuando "el hecho generador de los daños es netamente distinto del acto que el funcionario o empleado tenía la facultad de ejercitar como tal servidor público (Cas. 15:30 hs. de 28 de agosto de 1942); o cuando

nunca la nacionalidad costarricense al actor, que había sido deportado a E.E.U.U. y Alemania, se había excedido el Gobierno de su competencia, que sólo autorizaba para encarcelar y no para extrañar del país al sospechoso de subversión. Así expresamente lo aclara sentencia de 16 hs. del 18 de noviembre de 1958, que hace mención específica de la anterior, para comparar casos y justificar soluciones diversas. Si así es, y en el caso de Wimmer Jochs c/el Estado, el fundamento del fallo fue la extralimitación y exceso de funciones, cómo compaginar tal condenatoria con todos los otros fallos ya citados, que absuelven en razón de esa misma extralimitación?

Los fallos condenatorios contra el Estado, que mantienen la responsabilidad pública por existir en el caso la íntima conexión entre el acto causa y las funciones del cargo, según sus considerandos, son los siguientes (ya citados por otro motivo, según se dijo):

Casaciones 10 hs. del 19 de agosto de 1952; 15:20 hs. de 30 de abril de 1952, 15:25 hs. de 17 de abril de 1942; 10:30 hs. de 26 de agosto de 1948; 15:15 hs. del 25 de julio de 1956; 16 hs. del 20 de agosto de 1953; 16 hs. del 13 de setiembre de 1956; 14:10 hs. del 31 de enero de 1961.

En reciente fallo de 1962, confirmado por Casación sin hacer análisis expreso del punto, se reitera una vez más la vieja tesis de que cuando hay incompetencia o extralimitación de funciones, no hay responsabilidad estatal, aunque el acto se haya cometido con los medios y oportunidades ofrecidas por el cargo. Véase Casación publicada en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, enero de 1963.

la acción "delictuosa o cuasidelictuosa, no emana de los actos que está obligado a realizar en razón de su encargo o función, sino que resulta de actos propios suyos, desvinculados de las funciones que se le han encomendado" (Casación. 15:15 hs. de 31 de enero de 1960); o cuando "los funcionarios públicos proceden en sus relaciones con terceros como simples particulares y no dentro del marco de sus atribuciones legales" (Cas. 10:35 hs. del 18 de enero de 1955); o cuando el agente "no procedió en el ejercicio de las funciones propias del cargo... Sino más bien perpetrando acto deliberadamente delictuoso, de cuyos resultados no puede responder el Estado (Casación idem anterior).

De todo lo cual resulta claro que el Estado sólo responde cuando el "acto delictuoso o cuasidelictuoso que causa el daño haya sido cometido por el empleado dentro de las funciones para las cuales está designado" (Cas. 10:20 hs. de 19 de abril de 1937); o cuando el daño ha sido producido por el encargado "dentro del radio de acción de las funciones que cumple" (Cas. 15:15 hs. de 31 de enero de 1960); o cuando la responsabilidad en juego no es "ajena a las funciones propias del servidor" porque está "ligada a actos de sus funciones" (Cas. 15 hs. de 10 de abril de 1957); y, a lo sumo, cuando hay abuso de funciones sólo si las "funciones usurpadas estuvieren tan íntimamente ligadas con las legítimas que no pudieran distinguirse fácilmente o cuando el ciudadano particular no tuviera en los reglamentos la manera de conocer el abuso" (Cas. 9:45, de 20 de abril de 1936).

La falta ocasional es, entonces, la cometida en situación de incompetencia y fuera del círculo de atribuciones y poderes propios de la función, mientras que la directa o de servicio es la cometida dentro de éste último y para los fines de ley, aunque en forma negligente o inexperta que causa daño a tercero.

¿Cuál es en la falta ocasional el vínculo con la función y el Estado, si por definición no pueden ser ni el poder

mi el fin del acto realizado, o, por lo menos los dos elementos a la vez, porque alguno de los mismos ha de faltar para configurarla?

a) En primer término, la calidad de funcionario en el agente y autor del daño, extremo ya arriba apuntado. Este aspecto subjetivo de toda falta imputable al Estado es común tanto para la falta ocasional como para la de servicio.

b) En segundo término, el medio utilizado por el agente. Como dice Chapus (op. cit. pág. 241) el acto realizado con ocasión del ejercicio de la función es aquél en que "los agentes no han actuado para servir su cargo, sino que, lejos de ello, han obrado a menudo contra las órdenes recibidas o las han violado con conocimiento de causa; han actuado en su interés personal, por su propia cuenta". Pero han encontrado en la función el medio para actuar y cometer la falta: si no hubiesen estado encargados de estas funciones, nunca habrían causado el daño".

Es decisivo, entonces, el concepto de medio puesto a disposición por el cargo público para definir y ubicar la falta ocasional.

En general, estos medios son de dos tipos, los jurídicos y los materiales. Jurídicos son los poderes y actos del cargo, cuando la falta consiste en una desviación de poder y en una simple incompetencia; por modo que habrá falta ocasional siempre que un poder atribuido al agente sea desviado por éste de su fin propio, en su beneficio, en el de tercero o en el de otro fin público no contenido dentro de su competencia. En esta última hipótesis, cuando el fin legal es público, la reparación del daño causado puede también fundarse eventualmente en un enriquecimiento sin causa a favor del Estado, si la actividad ha reportado a éste un beneficio determinable y mensurable.

El medio material se descompone en dos clases:

1) los instrumentos técnicos y mecánicos puestos a disposición del servidor o agente, como vehículos, obras públicas, equipos de oficina, sellos, uniformes, dinero, firmas legales, etc., y en general todo aquello que pueda reputarse físicamente útil para sus fines, sea de monopolio estatal, sea paralelamente utilizado por el particular.

2) En segundo término la oportunidad de relación personal motivada en la prestación del servicio, que ha permitido al funcionario allegarse al particular lesionado y cometer la injuria.

Para que ésta última sea imputable es preciso no sólo que el acto haya sido cometido en horas y lugar de trabajo —extremo de fácil determinación en lo administrativo, con una regulación horaria mucho más minuciosa que la de la empresa privada— sino también que la oportunidad que haya facilitado o hecho posible la comisión del daño haya sido procurada por la función, que permitió u obligó al funcionario o al público a ponerse en contacto.

Es de advertir, en primer lugar, que en cuanto a la determinación del tiempo y lugar de trabajo podrá estarse fácilmente a los criterios del derecho laboral, por el mismo motivo que lleva a su aplicación dentro de éste, que es la existencia de la subordinación. Vimos ya que, en la mayoría de los supuestos y salvo el caso de los jefes (que se deben reputar siempre en el trabajo) el dependiente del C. Civil y el empleado público son definibles en función de una misma clase de subordinación, que es precisamente la del derecho laboral. Equiparación de situaciones que permite extender al empleado público los criterios utilizables para determinar dónde y cuándo un trabajador está en su trabajo.

No podemos desarrollar aquí, porque sale de nuestro tema, los diversos criterios de la legislación y jurisprudencia sobre el punto, pero es necesaria una fundamental advertencia. En derecho de trabajo tanto la doctrina como los tribunales acostumbran excluir de su protección al asalariado que desvía su energía hacia fines propios o extraños a los del patrono. El agente viajero que muere dándose un baño en el mar, o utilizando el vehículo de la empresa para una gira de recreo, mientras estaba supuesto atender o buscar la clientela, no es un caso de riesgo profesional.

La razón aquí es clara: nadie puede aprovecharse de su propio dolo; porque es el autor de la falta el que reclama del patrono, y no un tercero inculpable frente a éste. Todos los casos del derecho laboral, en que hay suspensión de la relación de trabajo por dedicación del trabajador a fines ajenos a su tarea, y en que hay una consecuente liberación de responsabilidad en favor del patrono, pueden configurarse como casos de responsabilidad contra el Estado en beneficio del tercero ofendido, precisamente porque ahora el reclamante es un tercero y no el autor de la desviación ilícita causante.

- Lugar y horas de trabajo del agente público, para efectos de la responsabilidad del Estado, son y deben ser aquéllos en que el trabajador está legalmente supuesto servir para los fines de éste y hallarse a su disposición para darle su energía, aunque de hecho esté trabajando para fines diversos o extraños al Estado mismo.

En cuanto a los medios materiales, es posible concebir un doble planteo del problema de la imputabilidad del acto, a saber.

a) El Estado y no el cargo debe ser la ocasión del acto lesivo. Si la competencia respecto del acto no es necesaria a efecto de aquella imputabilidad, porque la conducta culposa puede ser enteramente extraña a las funcio-

nes propias del cargo, este último debe entenderse más como la calidad del funcionario o empleado público en el autor del daño, que como una competencia propiamente tal. Basta, en otras palabras, que sea un funcionario público el que haya cometido el hecho, con un medio propiedad del Estado, para que haya responsabilidad estatal, aunque el evento no haya tenido ninguna relación con las funciones encomendadas al agente.

Esta lata posición puede ampliarse aún, si se admite la responsabilidad estatal incluso por el hecho cometido fuera de horas y lugar de trabajo.

Después de decenios de mantener limitada la responsabilidad del Estado a los casos de culpa directa o de servicio, cometida en ejercicio de la función, el Consejo de Estado dio un vuelco hacia el reconocimiento de la culpa ocasional en tres fallos ya famosos (18 de noviembre de 1949, demoiselle Mineur, Defaux et Besthelsemer, citados por Waline, Droit Administratif, pág. 694, número 1185) en que se hizo eco de una vieja voz que con ocasión de otro célebre litigio anterior (Lemonnier, 26 de julio de 1918) había sentado el principio de que el Estado es responsable, aún si la falta cometida es abusiva y se ha dado fuera de horas y lugar de servicio, siempre que el medio o instrumento utilizado sea el propio del cargo desempeñado por el agente. En aquella ocasión, Leon Blum, entonces Comisario de Gobierno ante el Consejo de Estado, dijo lapidariamente:

"Cada vez que los medios y los instrumentos de la falta han sido puestos a disposición del culpable por el servicio, o cada vez que la víctima ha sido puesta en presencia del culpable por efecto del juego del servicio (el Estado es responsable)... "la falta puede separarse del servicio, pero el servicio no se separa de la falta".

Dentro de esta amplia tesis, basta que el instrumento sea propiedad del Estado para que éste se haga responsable por el hecho, aún si el mismo nada tiene que ver

con el cargo, ni con las oportunidades de relación personal o las situaciones de hecho procuradas por éste.

La fórmula de Blum excede, tal es nuestro criterio, los límites de nuestra Constitución. Resulta ilógico e injusto imputar al Estado un acto por el mero hecho de que lo haya cometido un funcionario, aún fuera de horas y lugar de trabajo, simplemente porque el instrumento utilizado sea propiedad del Estado y de la oficina correspondiente. Rechazo de tesis que nos lleva al planteo que consideramos correcto.

b) Para que haya responsabilidad estatal, es preciso que el hecho haya sido cometido en horas y lugar de trabajo; y que lo haya sido bien en aprovechamiento de una facilidad de hecho o de una relación personal nacidas del desempeño del servicio, bien utilizando el instrumento material procurado por éste. Pero es absolutamente imprescindible que la falta se dé en horas y lugar de trabajo, porque caso contrario resulta imposible toda conexión entre el servicio y el hecho, —que permita responsabilizar al Estado. Y ya una vez dentro de esta circunstancia de lugar y de tiempo, es indispensable, además, que la función haya facilitado decisivamente el hecho, en términos tales que sin ella y sin las oportunidades o instrumentos que ofrece, hubiese sido imposible la comisión de aquél, considerado tal y como realmente ocurrió.

El cargo debe haber sido, en otras palabras, la condición indispensable para la comisión del hecho, aquella sin la cual el mismo no se hubiera podido cometer, aunque no haya sido la causa del mismo, ni aún siquiera la condición más importante y decisiva. Pero, en todo caso, es necesario que el instrumento o el contacto derivados del cargo hayan jugado un papel importante en la causación de la falta, considerada ésta en concreto y según su modo particular de acaecimiento, y no en abstracto, según un patrón ideal de probabilidades o normalidades aplicables al caso. Lo que importa es cómo el hecho efectiva-

mente ocurrió, no el carácter normal o anormal, improbable o probable del mismo, según la circunstancia o el modo de su aparición. Si tal y como ocurrió, el cargo fue una circunstancia imprescindible e importante para la comisión de la falta, el mismo puede reputarse como causa equivalente o indirecta de ésta, y procede responsabilizar al Estado por sus consecuencias.

La diferencia entre esta tesis y la del ilustre Comisario de Gobierno, es patente, pero puede ser nada más que ilusoria. Existe sólo si aquella tesis radical de Blum admite la cobertura del Estado para las faltas del funcionario cometidas aún fuera de horas y lugar de servicio; y si dicha tesis se restringe únicamente a las faltas cometidas mediante un instrumento material del cargo, y excluye las que lo han sido en aprovechamiento de una oportunidad o situación de hecho procuradas por el mismo, pero con instrumento propio del funcionario o, en todo caso, ajeno al Estado. El planteo que nos parece correcto, en efecto, conduce a excluir cualquier responsabilidad estatal por faltas fuera del servicio, que vendrían a ser un buen ejemplo de las faltas personales de tercer grado, dentro del elenco elaborado —y ya citado— del profesor Chapus. En tal sentido, nuestra tesis es más restringida que aquella, pero también —creemos— mucho más lógica, y, por otra parte, puede resultar más amplia, si por medio propio del cargo se entiende nada más el instrumento material utilizado, porque según lo ya dicho es preciso responsabilizar al Estado, dentro de nuestra tesis, incluso si el instrumento así concebido es propio del funcionario y totalmente ajeno al Estado, siempre que la relación personal que haya facilitado el hecho irregular o la circunstancia para realizarlo, hayan sido ofrecidas o acondicionadas por la función en desempeño. El medio, en otras palabras, debe concebirse en forma amplia y comprender las simples oportunidades o facilidades inmateriales nacidas de la investidura pública o de los actos del car-

o, y no sólo los instrumentos físicos de ejecución de la
llta.

Parece claro, en todo caso, que para que haya falta personal del funcionario imputable al Estado, en razón de un vínculo entre el acto y la función desempeñada, ese vínculo debe cristalizar en una de las dos formas apuntadas, saber: o bien utilización de una oportunidad de acción ofrecida por el cargo, abusando de la misma, o bien empleo de un instrumento físico del Estado, pero, en este último caso, es preciso, además, que aquél pertenezca también al material o instrumental de la oficina propia del agente, o de otra en estrecha conexión con ésta.

En ánimo de facilitar la acción del particular, puede admitirse incluso que la propiedad estatal del instrumento físico empleado es vínculo suficiente para provocar la responsabilidad pública, aún si aquél no pertenece a la oficina o dependencia del agente sino a otra, siempre que el apoderamiento de la cosa haya surgido de una colaboración entre ambas dependencias, aunque sea ocasional y poco frecuente.

La diferencia entre este planteo nuestro y el de Casación es todavía más claro.

Según Casación el acto lesivo debe entrar en el radio de acción del funcionario y estar definido y autorizado por ley de la competencia, propia del órgano o del encargado; y, aún de tan angosto recinto queda excluida, si el poder o la actividad se ejercen para fines diversos de los encomendados, ilegales o propios del funcionario. Según nuestra concepción, en cambio, basta con que el cargo le procure al agente una oportunidad material que resulte necesaria para cometer el hecho tal y como ocurrió, o que, además, le procure el medio con que lo cometió, aunque ya habido desviación de fin y aunque el acto no sólo esté autorizado y definido, sino que esté expresamente

prohibido, incluso como delito, para que el Estado pueda ser tenido como responsable. Claramente la actividad no es de la competencia sino está autorizada o descrita en la ley correspondiente, y menos aún si está prohibida o penalizada; y claramente también se sale de sus límites, si se da para fines ilegales o personales. Se trata de una actividad nueva, desarrollada al margen de la ley del órgano o de la función, enteramente personal del funcionario, que, sin embargo, tiene íntima vinculación con su cargo porque es éste el que lo pone en contacto con las gentes, y al tiempo le suministra los medios —vehículos, armas, uniformes, alta investidura pública— para obtener o imponer a éstas lo que como simple particular no habría podido.

El "test" puede reducirse a una pregunta y su contestación: ha sido decisivo o no el empleo de la investidura y de los medios materiales del cargo para llevar a cabo el entuerto? Si lo ha sido, hay responsabilidad; si no lo ha sido, no la hay.

Resulta importante la limitación de las causas de responsabilidad que de este modo se produce en beneficio del Estado. El mismo es responsable hasta de los abusos de sus agentes, pero sólo cuando éstos los han cometido con ocasión de su cargo propio, y porque eran titulares de este cargo y no de otro cualquiera. No es la calidad de funcionario, la que determina esa responsabilidad, porque el ilícito causado por éste fuera de horas y lugar de trabajo no resulta imputable; ni es solamente el hecho de haberse realizado el evento lesivo durante el tiempo o en el lugar del servicio, porque hay faltas cometidas en esa situación que, sin embargo, no deben reputarse propias del Estado para ningún efecto. Cada uno de esos requisitos es necesario, pero no es suficiente para producir la responsabilidad estatal. Suficiente sólo resulta la reunión de todos ellos en un único evento lesivo protagonizado por un agente público, en horas y lugar de trabajo y con empleo de un medio propio de éste, en el sentido amplio ya explicado: oportunidad inmaterial

para la comisión del hecho, o instrumento físico de ejecución, aunque no esté exclusiva o normalmente destinado a ésta.

Creemos que esta concepción amplia de la responsabilidad pública en Costa Rica es la más fiel al espíritu de nuestra Constitución. El aumento de los riesgos corre parejas con la disminución de los bienes que permiten gozar y ejercer a plenitud los derechos constitucionales. Y para una Constitución que expresamente garantiza al ciudadano contra toda clase de injurias y de daños, y contra toda clase de ilegalidades nacidas de la autoridad, nada resulta más razonable que extender esa responsabilidad estatal en vez de limitarla, como la única forma efectiva de realizar esa garantía.