**RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES DEL ESTADO**

*Por Jorge H. Sarmiento García*

**La concepción trialista del mundo jurídico**

Conforme a la concepción iusfilosófica que comparto y apoyo plenamente, el mundo jurídico, “lo jurídico”, tiene una composición tridimensional[[1]](#footnote-1).

En el derecho nos encaramos con tres órdenes íntimamente vinculados entre sí, pero diferenciables unos de otros: el orden o sistema normativo, el de la realidad existencial y el orden axiológico, de la justicia o del derecho natural.

El orden de la normatividad conceptualiza, describe conductas humanas en su libertad; en el orden de la realidad existencial encontramos una serie de conductas, de actos humanos, de formas de obrar, hechos y no fórmulas normativas; por último, el derecho natural u orden de la justicia es el que nos va a suministrar criterios de valor para juzgar a los otros dos, permitiéndonos afirmar que el orden de la realidad, o el sistema de normas, es justo o injusto, o que se aproxima más o menos a la justicia, fundamentando además las instituciones y colmando en su caso las denominadas lagunas del derecho.

Como el orbe jurídico posee, entonces, esas tres dimensiones esencialmente entrelazadas de modo recíproco -desde que abarca lo que dicen las normas “positivas” (“puestas” por los hombres), lo que se hace en la realidad existencial y los principios de derecho natural (“dado” a los hombres)-, en ninguna disciplina jurídica es viable, si pretende una comprensión total de su objeto, abstraer tajantemente una dimensión frente a las otras dos.

Y el mundo jurídico, el derecho, es el objeto material de diversas disciplinas, como la “filosofía jurídica”, la “sociología jurídica”, la “historia del derecho” y las “ciencias dogmáticas”. Estas disciplinas se distinguen por el punto de vista preciso, la formalidad, el aspecto bajo el cual consideran el común objeto material. Así, por ejemplo la “filosofía jurídica” estudia primordialmente los principios y fundamentos del derecho, la “sociología jurídica” y la “historia del derecho” consideran principalmente su dimensión fáctica y las “ciencias dogmáticas” cardinalmente las normas positivas, “puestas” por los hombres en el área de la historia.

De modo similar, las mismas ciencias dogmáticas jurídicas (del derecho constitucional, del derecho administrativo, del derecho civil, etc.), que atienden primordialmente el aspecto normativo del mundo jurídico, a su vez se diversifican en razón del punto de vista en que lo hacen; v. gr., la ciencia del derecho constitucional se ocupa del orden normativo positivo en cuanto hace referencia a la constitución en sentido material, mientras que la ciencia del derecho administrativo lo contempla en cuanto regula la función administrativa, elemento de síntesis que refleja adecuadamente la totalidad de las partes que componen a este gajo del derecho[[2]](#footnote-2).

Si filosóficamente se estudian primordialmente principios y fundamentos del derecho administrativo como guías para elaborar y enjuiciar los contenidos de la normación positiva, se ha de tener en cuenta, además, la relación de las normas cuya elaboración se pretende orientar con las realidades para las que dichas normas son proyectadas; es decir, que quien hace filosofía del derecho administrativo se debe referir también en alguna medida, necesariamente, a la normatividad positiva e igualmente a los hechos de los cuales brota el orden normativo puesto por los hombres y sobre los cuales quiere éste revertir en acción estructurante o modeladora.

De tal modo, se desenvuelven las virtualidades inclusas en los principios, asimilando los ambientes históricos y encarnándolos en las normas, pues aquéllos sólo son apreciables en sus realizaciones, perdiendo su sentido esencial si no se los refiere a un posible derecho positivo, a una regulación de la convivencia u orden social que tiene que hacerse cargo de circunstancias particulares y contingentes.

En definitiva: la filosofía del derecho administrativo examina con predominio el orden o la dimensión axiológica de esa rama del derecho, también por tanto aquí, pero incluyendo necesariamente referencias al área normativa de lo jurídico administrativo y a su espacio fáctico o realidad vital generadora y modificadora del orden normativo positivo, por la relación de esencial implicación que une indisolublemente a las tres dimensiones de este sector del derecho.

De ahí que la perspectiva filosófica conoce y describe el núcleo de juridicidad que explica y justifica en última instancia al derecho administrativo como sector o rama del mundo jurídico y a sus institutos; mas si, por ejemplo, se estudia el principio de subsidiariedad, no es dable dejar de considerar si el mismo es receptado, y cómo, en el orden normativo positivo, y de qué modo se concreta, o no, en la realidad existencial.

Pues bien, en este trabajo intentaré en primer lugar brindar un concepto filosófico del agente del Estado, destacando en síntesis que la ciencia del derecho administrativo se ocupa preferentemente de “cómo” es el mismo, en tanto que su filosofía nos lleva tras su último “porqué” y el último “para qué”, siéndole aplicable la clásica definición aristotélica: “cognitio rerum per causas”. Luego, me ocuparé de algunos aspectos, que estimo fundamentales, referidos a los agentes administrativos estatales, incluídos ciertos asuntos vinculados a los voluntarios de las fuerzas armadas y de seguridad.

**La personalidad jurídica del Estado[[3]](#footnote-3)**

Señalaba Ferrara que entre los latinos el significado originario de "persona" fue el de máscara, "larva histrionalis", que era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena, con el fin de hacer su voz vibrante y sonora.

Ahora bien, al margen de la etimología de la palabra y su consideración desde puntos de vista diferentes, la doctrina dominante entiende como persona en el sentido filosófico al sujeto de derechos y no confunde la persona con el individuo humano, esto es, la consi­dera como una “categoría jurídica”, independiente en absoluto de toda condición de corporalidad o espiritualidad en el investido con esa calidad; en suma, la persona no es una realidad de hecho, es un producto del derecho, una situación jurídica, un “status”, no un derecho.

Persona se refiere al ente -individual o colectivo- capaz de titularizar derechos y deberes sub­jetivos positivos, siendo el ordenamiento jurídico quien confiere tal cualidad. En definitiva, la personalidad jurídica es un recurso técnico de que se sirve el ordenamiento jurídico-positivo, independiente del sustrato que lo soporta, y que permite ser a éste un centro de im­putación de relaciones jurídicas o sujeto de derechos y obligacio­nes de derecho positivo y, a veces, con violación de la ley natural: se ha recordado que en las sociedades antiguas, los esclavos -seres hu­manos- no eran personas en el sentido jurídi­co y que, inversamente, en ciertas épocas se admi­tió que los animales, las cosas o los muer­tos, fuesen sujetos de de­rechos.

En el caso del Estado, su personalidad no es sino el recubrimiento -o máscara, según el precitado antecedente- que el derecho po­sitivo depara o confiere a esa realidad acci­dental previa y subyacente[[4]](#footnote-4), capacitándola para estar en relaciones de derecho positivo.

La realidad del Estado, entonces, consti­tuye el soporte objetivo de su personalidad jurídica. Porque detrás de la persona jurídi­ca está la institución, el grupo, la corporación -cualquiera sea la calificación que queramos escoger- existiendo una realidad social que se diferencia de la realidad sustancial del hombre sin dejar por ello de ser realidad, de otro tipo, pero rea­lidad al fin.

Por otra parte, la cuestión sobre quié­nes son los entes a los que el derecho concede la personali­dad, pertenece a la dogmática de cada ordena­miento jurídico, habiéndose escrito que la afirmación doctrinaria de que la persona es el sujeto de derechos no es suficiente, porque esa afir­mación involucra cuestiones distintas que deben ser consideradas separadamente, a saber: a) qué quiere decir persona en términos jurídicos, vale decir, qué significa tener dentro de un ordenamien­to jurídico la calidad de persona; b) quiénes son los entes a los que el derecho positivo concede la personalidad; c) en qué consis­te la esencia de lo humano, sus modalidades, y en lo atinente a las personas morales o colectivas, en qué consiste la realidad; y d) a quién el derecho positivo debería acordar personalidad.

La cuestión relativa a quién el derecho positivo debería acor­dar la personalidad, incumbe en ciertos casos al derecho natural. En tal orden de ideas se ha manifestado que el Estado, persona como el individuo humano, pero persona moral, es también persona jurídica, observando que aún cuando generalmente haya confusión de términos, una cosa es la per­sonalidad moral y otra la personalidad jurídica; la primera de esas personalidades es una conclusión de la "ciencia social", mientras que la segunda es una conclusión del jurista que elabora el derecho positivo, y así puede suceder que lo que es persona según la cien­cia, no sea reconocida como tal por el derecho positivo, y, a la inversa, que un ente que carece de personalidad según la ciencia, fuere reconocido como persona jurídica por razones de comodidad o de técnica. Sin embargo, se agrega, debe admitirse que, normalmente, la personalidad moral reclama la personalidad jurídica, como es de interés de todos; y en lo que concierne al Estado, no puede haber dudas: persona según la ciencia, el Estado debe ser reconocido como persona según el derecho, y ninguno de los motivos que podrían jus­tificar en otros casos la negativa de personalidad jurídica a per­sonas morales, puede concebirse en la realidad respecto del Estado, al extremo que si éste no fuere verdaderamente una persona moral, sería necesario erigirlo en persona jurídica.

Es que el orden natural exige que el Estado, como el hom­bre, tenga personalidad jurídica, pues si el Estado existe como rea­lidad, es decir, como agru­pamiento en vista de su fin, no se puede sin contradicción, negarle una personalidad que está requerida por su naturaleza de ser real destinado a vivir en medio de otros seres reales y a co­municarse con ellos.

Debo señalar, en otra vertiente, que se ha sostenido que el Estado posee una doble personalidad jurídica: una pública y otra privada o civil. En el primer caso es el Estado que man­da; en el segundo, es el que trata con los particulares y administra su dominio privado. Según algunos doctrinarios, cuando el Estado como persona jurídica civil y, en consecuencia, con derechos patrimoniales, se sitúa frente a los particulares, como lo hacen éstos entre sí, en realidad sólo usa un medio jurídico (de técnica jurídica) para realizar una función; su personalidad es una construcción también técnica jurídica, pero aún en esa posición hay una convergencia final de interés social. Cuan­do el Estado obra como persona de derecho público, la situación es en apariencia análoga, pero se diferencia radicalmente en esto: que él se coloca en una situación privilegiada respecto de los particu­lares o súbditos y, en este caso, su función social y de poder apa­rece más definida y directa que cuando obra como persona jurídica civil. Esta teoría -que puede correlacionarse con la división de los actos del Estado en dos categorías, "iure imperii" y "iure iestionis"- no goza de crédito en la actuali­dad, siendo incompatible con el concepto uni­tario de Estado: así como el hombre posee una única realidad a la que corresponde una única personalidad, así a la unidad del Estado tam­bién le es propia una única personalidad. Se ha destacado que si se fracciona el Estado en dos persona­lidades o, lo que es lo mismo, si se limita la idea de personalidad a una sola de sus manifestaciones, a la de derecho privado, se lle­ga a consecuencias inadmisibles siendo necesario, por ejemplo, de­cir que el Estado poder público no es responsable de los actos cum­plidos por el Estado persona privada, y recíprocamente, que un con­trato celebrado por uno es para el otro "res inter alios acta", que la cosa juzgada con respecto a uno no lo es con respecto al otro. Se explica, entonces, que se haya calificado de "mons­truosidad jurídica" la tesis de la doble personalidad jurídica del Estado.

Si bien es cierto que el Estado, para el logro de sus fines, desarrolla actividades que pueden estar sujetas a regímenes jurídi­cos diversos, desde que a veces aquéllas se encuentran regidas íntegramente por el dere­cho público, en tanto que en otras oportuni­dades les son aplicadas normas de derecho privado, ello en manera alguna es fundamento para hablar de una "doble personalidad" del Estado. En términos más generales: conforme a la doctrina dominante que distingue al derecho en público y privado, cuando un ente con per­sonalidad jurídica se encuentra regulado por el primero en una me­dida importante, se lo clasifica como persona jurídica de derecho público, o pública, lo que en manera alguna importa aceptar un des­doblamiento de su personalidad; siempre será una única persona, con la particularidad que se mueve en la órbita del derecho público, sin perjuicio de que parte de su actividad pueda también regularse por el derecho privado, que éste sea en ciertos casos aplicable a la actuación de tales entes.

Es que la diversa naturaleza de las ac­tividades y de las distintas normas aplica­bles, no se puede concluir fundadamente en que haya una variedad de seres y personas. Es de ad­vertir que la aplicación de distintos ordena­mientos jurídicos a un sujeto no significa que su personalidad se divida y multiplique; del mismo modo que un industrial estará su­jeto al derecho comercial en sus transaccio­nes, al derecho del trabajo en sus relaciones con los obreros de la fábrica, al derecho civil en sus relaciones de familia, al dere­cho administrativo y fiscal en sus relaciones con el Estado, y al derecho penal en la medi­da que cometa un delito, no por ello se podrá pretender que tiene una "quíntuple personali­dad": comercial, laboral, civil, administra­tivo-fiscal y penal. Ello sería obviamente absurdo, e igual­mente absurdo pretender que porque al Estado se le apli­quen, igual que a cualquier sujeto, más de un grupo de normas, tenga por ello más de una personalidad jurí­dica[[5]](#footnote-5).

Concluimos este tópico advirtiendo que el principio de la unidad del Estado y, por ende, la unidad de personalidad, no empece a la denominada descentralización administrativa, la cual implica la creación de una nueva per­sona jurídica, dotada de cierta libertad de acción en la esfera administrativa, que que­da, sin embargo, más o menos vinculada a la autoridad central.

**La actuación del Estado**

El Estado obra por medio de personas físicas, de individuos. El poder político, la capacidad o energía del Estado de establecer mandatos imperativos y de obrar para el cumplimiento de su fin, “para realizarse, necesita de una inteligencia, de una voluntad, de una fuerza humana que lo concreten, que lo hagan efectivo, que lo impulsen”[[6]](#footnote-6). Resulta en consecuencia necesario el examen de la situación de las personas físicas -únicas con inteligencia y voluntad- que actúan en nombre del Estado, denominadas órganos del mismo.

Ahora bien, a esta altura es menester aclarar que la expresión órgano es utilizada en dos sentidos, a saber, para designar a la persona física que actúa y expresa la volun­tad del Estado, y para mentar al cargo u ofi­cio de aquélla. Para aludir a la primera significación, suele hablarse de "órgano individuo", y para la segunda, de "órgano institución"; éste sería un conjunto de atribuciones o de compe­tencias, un cargo, mientras que aquél la per­sona física que ejerce o desempeña tales atribuciones. Se ha dicho que así, mientras llamamos parla­mento o congreso, y poder ejecutivo, a los órganos-instituciones que el orden de las normas configura y describe, nos damos cuenta que en el orden de la realidad el parlamento o congreso es una pluralidad de individuos que integran la o las cámaras del mismo; y que el poder ejecu­tivo es el hombre que inviste la presidencia de la república, o el grupo de hombres que componen el gabinete de un régimen parlamen­tario.

Es importante destacar sobre este tema, que la mutación o desaparición del órgano-individuo no tiene ninguna influencia en la existencia jurídica del órgano-institu­ción, el cual sobrevive a los cambios, siem­pre contingentes, de los órganos-individuos; como también que, en principio, los órga­nos-institución no tienen personalidad jurí­dica: en la Argentina, por ejemplo, los órga­nos Legislativo, Judicial y Ejecutivo, care­cen de personalidad, la cual le corresponde al Estado, cuya estructura integran.

Igualmente se ha escrito que la falta de personalidad de los órganos hace posible la pluralidad de los mismos en el seno del Estado, pues si cada uno de ellos tuviera una personalidad propia, la uni­dad de poder del Estado quedaría comprometida, mientras que con­siderados como simples instrumentos de una voluntad única, nada se opone a que sean distintos, ya que, a pesar de su variedad origina­ria de facto, sus decisiones jurídicas serán siempre las de un su­jeto único, el Estado organizado[[7]](#footnote-7).

**Variedad de situaciones**

El conjunto de personas al servicio del Estado o de las personas jurídicas que él crea desarrollan actividades muy variadas: pueden individualizarse las que ejercen funciones políticas y las que no, las hay con cargos permanentes, a término y también transitorios, retribuidos o honorarios; algunas ejercen funciones clásicamente estatales, otras simplemente tareas de carácter industrial y comercial; existen quienes están dedicados exclusivamente a la función pública y quienes simultáneamente trabajan en actividades particulares; etc.[[8]](#footnote-8).

El progresivo aumento de las actividades del Estado ha provocado el correlativo incremento de las personas a su servicio. “El Estado no tiene más remedio que ser grande en la sociedad industrial y urbana, muy compleja, en la que nos ha tocado vivir. Es inútil pretender lo contrario… Lo que ocurre es que hay que estructurar y organizar el Estado de tal manera que cumpla su función de servicio al individuo, sin convertirse en un aparato de dominación del individuo. Por eso he dicho en más de una ocasión que la cuestión fundamental con la que se enfrenta hoy una política liberal es decidir qué haremos con el Estado, cómo estructuraremos y organizaremos el Estado, para que éste no sea, a pesar de su poder, a pesar de su inmensa función social, a pesar de los tremendos recursos de que dispone, un sistema de intervención y control que acabe con la libertad”[[9]](#footnote-9).

Y aquélla extrema variedad de situaciones ha hecho surgir el interrogante de si todas las personas que trabajan en entes estatales merecen un calificativo único, o si debe distinguirse, por ejemplo, entre funcionarios y empleados.

La doctrina de un tiempo a esta parte habría demostrado que tal diferenciación no sólo carecería de sustento real, sino que tampoco se ajustaría al derecho positivo, que por lo común no hace diferencia entre funcionarios y empleados[[10]](#footnote-10).

Mas, por el contrario, la corriente doctrinaria que podríamos llamar “tradicional” acepta la distinción, pues considera que la misma tendría una base jurídica innegable en la esfera administrativa y la deficiente terminología normativa no alteraría la sustancia de las cosas[[11]](#footnote-11).

El derecho comparado y la jurisprudencia no arrojan mucha luz sobre el punto, ya que el primero muestra que en la mayoría de los países se utilizan indistintamente las expresiones “funcionarios” y “empleados”, y otras tales como “agentes públicos” o “agentes del Estado”, ofreciendo la segunda un panorama similar.

Por mi parte considero que se admita o no la distinción, ello no constituye un obstáculo para el estudio del régimen jurídico que les es común. Quiero, sí, dejar en claro que la terminología empleada en el presente trabajo responde al criterio que da a todo el personal estatal una denominación genérica: agente, la que a su vez podría comprender dos especies: funcionarios y empleados, por lo que daré un concepto amplio de agente del Estado; y si bien es cierto que pueden individualizarse muchas categorías de agentes (permanentes, temporarios, judiciales, administrativos, etc.), también lo es que a todos los regulan regímenes jurídicos que ostentan caracteres comunes.

**Agente y requisado**

Pero sí estimamos necesario distinguir entre agente del Estado y requisado, nombre tomado de la doctrina francesa, que denomina así a la persona que debe prestar un servicio obligatorio (“requisitionné”), dado que existe una diferencia esencial entre ambas figuras, razón por la cual gozan de sustantividad propia, conformando dos categorías jurídicas distintas.

La nota específica que distingue jurídicamente al agente -funcionario o empleado- del requisado es la voluntariedad. Sin el consentimiento del particular no puede constituirse la relación de función o empleo estatal, siendo ajeno a ella el elemento coercitivo. El testigo, el censista, son requisados, no agentes del Estado, tratándose de individuos cuyo “status” no corresponde al régimen general de los agentes del Estado, pues se rige por otros criterios[[12]](#footnote-12). En el mismo orden de ideas expresa Bartolomé Fiorini que “el dato indubitable demuestra que si la voluntad del agente no concurre con su conformidad o acuerdo, no existe jamás la situación de un agente… [del Estado]… Si esto no se mencionara deberá mencionarse a la carga pública y no al empleo… [del Estado]”[[13]](#footnote-13).

**Concepto de agente del Estado**

Puedo conceptualizar ahora al agente del Estado diciendo que es “todo individuo que ejerce funciones estatales en una entidad del mismo tipo, incorporado voluntariamente mediante designación u otro procedimiento legal”, siguiendo así, en principio a Enrique Sayagués Laso[[14]](#footnote-14); y digo en principio porque este autor no incluye el elemento “voluntariedad”.

Ahora bien, este concepto amplio requiere algunas explicaciones.

*a) Personas físicas*

Manifiesto en primer lugar “todo individuo”, porque los agentes del Estado son siempre personas físicas. La constitución de la relación de empleo estatal requiere apodícticamente que uno de los sujetos de la misma sea una persona jurídica estatal y el otro una persona física. No puede existir relación de empleo público entre personas físicas[[15]](#footnote-15). Los agentes del Estado son personas físicas al servicio de entidades estatales.

*b) Funciones estatales*

Además, toda persona que ejerce una función estatal -cualquiera sea- es agente del Estado, siendo indiferente su naturaleza: son igualmente funcionarios los que ejercer tareas administrativas, como los que tienen a su cargo actividades legislativas o jurisdiccionales, los agentes políticos como los que no lo son, los funcionarios llamados de carrera y los que ejercen funciones con carácter transitorio o accidental, los que actúan mediante retribución o los meramente honorarios, etc.

En este orden de ideas debemos destacar que el Estado -y las entidades estatales descentralizadas- no siempre se limita a perseguir un fin público, entendido por oposición a “comercial o industrial”, sino que también suele cumplir cometidos que se han entendido reservados a particulares en ciertas ideologías políticas; mas la verdad es que el Estado puede cumplimentar también ciertas actividades comerciales o industriales, sin dejar por eso de ser tal, mediando entonces actividad estatal aunque no se persiga un “fin público” según aquellas ideologías.

Consecuentemente, toda persona que ejerce una función estatal, aunque sea de las habitualmente calificadas como “actividades privadas” del Estado, es agente público o agente del Estado. Mas esto no excluye la posibilidad de que, en tales casos, los derechos y obligaciones de esos agentes se regulen, en ciertos aspectos, por el derecho laboral o privado, lo que suele ocurrir, por ejemplo, con el personal obrero en las denominadas “Empresas del Estado”, al que es común considerarlo sometido al derecho privado en sus relaciones con aquéllas. Pero como bien se ha dicho, la afirmación de que este tipo de agentes se encuentra regido por el derecho privado, no debe ser entendida rigurosamente, pues existen muchas facetas de la relación que se hayan sujetas al derecho público, con lo que queda dicho que la vinculación entre el agente y el Estado no es nunca sólo de derecho privado, sino siempre, a los sumo, mixta, refiriéndose la aseveración en el sentido de que estos agentes se hallan regidos por el derecho privado, sobretodo, a la no aplicación de principios propios del derecho público (como incompatibilidades, prohibiciones, etc.), y sí a la de algunos del derecho privado (v. gr., una distinta estabilidad, reconocimiento del derecho de huelga, concertación de convenios colectivos de trabajo, etc.).

*c) Entidades estatales*

Por otra parte, las actividades deben desarrollarse en entidades estatales, es decir, las personas que las prestan han de estar incorporadas a ellas, constituyendo uno de sus elementos integrantes, incorporación que puede tener lugar por los distintos medios que el orden normativo prevé (designación, elección, etc.). Si no hay incorporación a la entidad estatal se estará en presencia de otras figuras jurídicas, algunas de las cuales entran en la denominación de “colaboradores”, como es el caso de los concesionarios de servicios públicos.

Conviene aquí una breve referencia a los entes estatales y entes públicos, dado que son agentes del Estado únicamente los incorporados a los primeros.

1.Para determinar si un ente con personalidad jurídica es o no estatal, parece adecuado el criterio según el cual la distinción debe basarse racionalmente en un único y exclusivo carácter: si el capital de la entidad pertenece sólo parcialmente al Estado y en otras partes a personas privadas, entonces no puede darse al ente el carácter de estatal: la entidad será estatal si el capital es íntegramente estatal, cualquiera sea la forma jurídica que haya adoptado.

Por otra parte, la distinción entre los entes o personas públicos o privados debe hacerse atendiendo al régimen jurídico en que se mueven: un ente es, en principio, público, cuando se encuentra regido por el derecho público en una medida importante; y el régimen de derecho público surgirá del examen global del estatuto del ente con personalidad jurídica, teniendo presente ciertas características -como la creación por ley, la finalidad, el control del Estado, la existencia de potestades públicas, etc.-, que tomadas en conjunto, darán una pauta aproximada del posible carácter público o privado del mismo.

De lo que dejo expuesto resulta, entonces, que pueden existir entidades no estatales reguladas por el derecho público, o sea, entes públicos no estatales.

2. En otra vertiente, me enrolo entre quienes creen que no puede admitirse que las personas jurídicas estatales (entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado) puedan ser de derecho público o privado: aquéllas adquieren siempre un indudable carácter público, a pesar que puedan estar en alguna medida regladas por el derecho privado.

En una actitud no ideológica, estimamos puede ser conveniente -habida cuenta de las circunstancias- el ejercicio de funciones o actividades administrativas bajo un régimen jurídico similar al de la actividad privada; aunque una sola es la personalidad de los entes estatales, siempre pública, puede ser conveniente a alguna de sus actividades un régimen jurídico al modo del derecho privado.

Pero a poco que se profundice en tal régimen jurídico, se advierte que el mismo nunca es -ni puede serlo- absolutamente privado; ello así, porque la misma naturaleza de la realidad estatal está predeterminando un régimen jurídico, en alguna medida, de derecho público.

Y el régimen de derecho privado podrá ser predominante en lo que haga al objeto o al funcionamiento del ente estatal al cual se le atribuye el ejercicio de función administrativa que, por razones de eficiencia, exige evitar la aplicación del régimen jurídico público; mas la fuga de los principios y normas del derecho administrativo nunca es total. Es más: la irrupción del derecho público -con sus características exorbitantes del régimen de una persona verdaderamente privada- llega, incluso, a aspectos propios del objeto y del funcionamiento del ente.

Los entes estatales menores dotados de personalidad jurídica, propia y distinta de los centros polares de la organización administrativa, poseen una regulación jurídica que incluye normas de derecho público, las cuales obstan a que pueda calificárselos como sujetos de derecho privado pese al destino comercial o industrial de su actividad, normas en especial procedimentales, derivadas de la estatalidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial del Estado.

En definitiva: el régimen jurídico de los entes estatales es, básicamente, de derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación del derecho privado en la medida que no contradiga ese régimen administrativo básico.

Tales entes integran la organización administrativa, implican descentralización administrativa, estando sometidos al control de la administración central -por exigencia del principio de la unidad del Estado-, siendo su personalidad -derivada, subordinada, tributaria de aquella otra principal y única del Estado- pública, personalidad que no es sino una técnica o instrumento de organización y gestión de finalidades públicas, siendo en su caso el régimen de derecho privado vicarial -está al servicio de la eficiencia en la gestión de la función administrativa-, el cual puede ceder a la aplicación de principios y normas de derecho público, por exigencia de un fin público superior o por la estatalidad misma del ente[[16]](#footnote-16).

*d) Los contratados*

Resulta necesario a esta altura una breve referencia al denominado personal contratado. En rigor -y a mi juicio-, todos los que se desempeñan como agentes del Estado lo hacen en virtud de una relación contractual, ya que es necesaria su voluntad para que ello ocurra; pero se ha generalizado en la práctica el denominar contratados a aquéllas personas que trabajan para el Estado en condiciones especiales.

El personal contratado puede hallarse incorporado o no a la entidad estatal y, según lo sea, revestirá o no la calidad de agente del Estado, recordando que tiene dicho al respecto la Procuración del Tesoro de la Nación argentina que un personal contratado puede encontrarse en dos “status” diferentes. En un caso, revisten como incorporados a los cuadros de la Administración invistiendo una verdadera condición de funcionario o empleado público y, en el otro, aunque llamados a colaborar en la prestación de un servicio público mediante el contrato, no se les atribuye aquella condición.

Así, un profesional o técnico que arrienda sus servicios al Estado, limitándose a realizar para él una determinada tarea, tal como podría hacerlo para otros particulares, sin sometimiento a horario y cobrando sus honorarios conforme al arancel pertinente, sería un contratado no incorporado, es decir, no asumiría la calidad de agente estatal.

Pero si, por ejemplo, el Estado necesita un agente especializado para la dirección de un determinado servicio y, con ese fin, pacta con un técnico, comprometiéndose éste a desempeñar el cargo por un plazo mínimo de tantos años, tal técnico se incorporaría a la Administración por ese convenio que fija determinadas condiciones para la prestación de su actividad personal.

En lo atinente a cuándo, merced a un contrato “ad- hoc” celebrado con el Estado, el contratante adquiere calidad de agente estatal, las opiniones son discordantes, habiéndose sostenido que el carácter de agente del Estado no se adquiere si el contratante no está supeditado a un horario, o si sus emolumentos se pagan de acuerdo al pertinente arancel profesional, o si se halla exento de subordinación jerárquica, etc., como también que, en suma, se trata de una cuestión difícil de resolver en la práctica, y algunas veces será necesario prestar atención a la calificación o al régimen que la propia administración haya dado al contrato.

Ahora bien, el personal contratado no incorporado se encuentra regido por el derecho privado, sin perjuicio de que -y a semejanza de lo que vimos ocurría con el personal obrero en las empresas del Estado- existan muchos aspectos de su relación que se encuentran sometidos al derecho público; así, “exempli gratia”, cualquier acto que dicte la administración con respecto a ellos, a pesar de referirse a una relación calificada como de derecho privado, constituye un acto administrativo que debe respetar además todos los principios del derecho público en lo relativo a competencia, voluntad, objeto, forma, etc., pudiendo ser impugnado por tales motivos aunque no se aparte de las normas del derecho privado que motivaron su dictado.

El personal contratado incorporado, en cambio, está sujeto a un régimen jurídico cuyas pautas fundamentales son las siguientes:

l) son primordiales las estipulaciones convenidas en el contrato “ad-hoc”, y

2) la doctrina en general admite que -supletoriamente- puede acudirse al estatuto para el personal civil de la Administración Pública, cuando existe, salvo en lo referente a la posible aplicación de sanciones o prohibiciones no previstas.

En definitiva, los contratados incorporados, aún excluidos del estatuto, están de todos modos incluidos dentro de la función pública y, por lo tanto, del derecho público.

*e) Voluntariedad*

Y prosiguiendo con el análisis del concepto de agente del Estado, reiteramos que la incorporación debe ser voluntaria (elemento que establece la distinción con la carga pública o servicio personal obligatorio), señalando finalmente que la prestación debe realizarse en una entidad estatal, cualquiera sea ésta: Estado federal, provincias federadas, municipios o comunas, entes estatales descentralizados, etc., por lo que no son funcionarios públicos los empleados de las empresas concesionarias de servicios públicos, ni los que trabajan en personas públicas no estatales.

**Cómo se divide la justicia**

En una visión orgánica y finalista del todo social y de la persona, sólo son posibles tres relaciones: o las relaciones entre el individuo y el todo; o las relaciones entre el todo y el individuo; o las relaciones entre individuo e individuo. En el primer caso, tenemos la justicia general o legal; en los dos restantes, la justicia distributiva y la conmutativa.

**La responsabilidad patrimonial en general**

La noción se basa en una antigua concepción de derecho natural, fundamental en la vida del hombre en sociedad: la de que nadie debe causar un daño injusto a otra persona, y en caso de causarlo, dicho daño debe ser reparado.

Constituyendo una situación patrimonial, resulta acertado afirmar que la responsabilidad en trato es la situación jurídica del patrimonio de la persona que ha causado un daño injusto, por su propio hecho, o por el hecho de las personas o cosas dependientes de ella, quien queda obligado a repararlo.

# Fundamentos de la responsabilidad del Estado

1. El fin de la sociedad política tiene como condición y exigencia indispensable la instauración y el mantenimiento de la paz, u orden por la justicia, el que obviamente exige que todo daño injusto sea compensado.

Siendo el derecho en última instancia la "cosa justa", una cierta relación de igualdad cuyo equilibrio se ve alterado por el daño que la rompe o afecta, éste hace nacer la obligación -que no otra cosa es la responsabilidad- de reparar ese daño injusto, como medio indispensable para restablecer el equilibrio alterado y asegurar, así, el orden por la justicia, es decir, la paz en la vida social y política.

Por ello, más allá de su régimen político-jurídico, todo Estado tiene la obligación natural de reparar los daños que con su actividad provoque, cuando medie una razón de justicia. Sea la relación de justicia legal, distributiva o conmutativa, en los tres casos, una vez determinada la injusticia del daño, nace el deber de justicia de restitución o compensación, es decir, de poner al damnificado en posesión o dominio de lo suyo.

2. Tales fundamentos de la responsabilidad son comunes a todos los Estados, lo que explica por qué éstos deben asegurar su vigencia en las normas positivas que prescriban, con lo que conectamos con las razones más próximas que explican la responsabilidad del Estado, plasmadas en normas -supra o internacionales, constitucionales e infra constitucionales- que tienden a hacer efectivo el orden por la justicia; y en cuanto esas normas positivas lo logran, se configura el "Estado de Derecho" formal y sustancial, es decir, un Estado en donde sus normas hayan recogido los principios universales e inmutables de justicia, plexo axiológico que pasa, en los Estados en que de verdad se quiere vivan sometidos al derecho, a constituir la finalidad última que se han propuesto alcanzar: el bien de todo el hombre y de todos los hombres que conviven en la comunidad política.

Y su derecho positivo, empezando por la norma fundamental o Constitución, a la par que reconocer los derechos fundamentales, establece las correlativas garantías ordenadas a asegurar su efectividad, entra las cuales cumple un papel destacado la de la responsabilidad del Estado (“lato sensu”), ya que nada ganarían las personas si no pudiesen reclamar la pertinente reparación, restitución o compensación cada vez que la actividad estatal lesione injustamente sus derechos.

3. En cuanto a cuál sea el régimen jurídico que gobierna la responsabilidad del Estado, depende cardinalmente del tipo de justicia que se intenta restaurar: justicia legal y distributiva, derecho público; y justicia conmutativa, derecho privado.

Ergo, actualmente y en nuestro país, la responsabilidad pública estatal tiene un régimen jurídico-positivo propio, integrado:

a) por normas y principios comunes a todos los supuestos de responsabilidad, aunque estén incorporados a códigos de derecho privado.

b) por normas y principios fijados por esos códigos o por leyes de ramas del derecho privado, que se aplican supletoria y analógicamente, y en tanto resulten compatibles con las normas y principios propios del derecho público.

Esto demuestra la existencia de reglas en principio comunes a la responsabilidad del Estado y de los particulares.

Y para desvanecer temores, en este momento, en la Argentina, es en la Constitución Nacional donde se consagra para todo el país el sometimiento del Estado -federal o local- al derecho, limitando sus atribuciones, asegurando su demandabilidad y señalando una finalidad personalista que le obliga a respetar los derechos naturales, por constituir exigencias básicas del bien común.

No está demás recuerde, a esta altura que el derecho administrativo no es una excepción al común, sino el derecho común de la función administrativa.

**Las responsabilidades de los agentes del Estado**

Clásicamente la responsabilidad de los agentes se clasifica en política, administrativa o disciplinaria penal y civil o patrimonial. Ninguna de ellas tiene un funcionamiento eficaz.

La responsabilidad penal, de la cual el Código Penal presenta múltiples figuras delictuales, no es objeto de aplicación ni siquiera en materia de las dádivas o regalos cuantiosos que algunos funcionarios públicos reciben públicamente en razón de sus funciones: se publicitan en las revistas y diarios, pero la acción penal no se inicia o no progresa; mucho menos en la multiplicidad de otros delitos que el Código contempla. Tampoco es eficaz el sistema penal viviente para reprimir la corrupción.

Por eso conviene agregar la responsabilidad penal internacional por actos o hechos de corrupción que regula la Convención Interamericana contra la Corrupción, que complementa la ley de cooperación internacional en materia penal 24.767.

La responsabilidad administrativa a veces se guía por el mismo criterio que se dice induce la justicia para la responsabilidad ética de los abogados públicos: todo se perdona, menos romper el código del silencio, la *omertà*.

El juicio político sigue siendo un cañón de museo, útil solamente para los casos extremos de quienes han perdido el favor político, inútil para cambiar ninguna realidad política sistemáticamente disvaliosa.

Y aquí nos preocuparemos especialmente de la responsabilidad civil o patrimonial, pese a que no es impulsada por los damnificados por sus actos, demandando a los funcionarios junto al Estado por la reparación del perjuicio; ni tampoco el Estado ejerce la acción de “in rem verso” contra los agentes que le hicieron recurrir en responsabilidad. La consecuencia práctica es que el funcionario es civilmente irresponsable por los daños que comete[[17]](#footnote-17).

**La reglamentación de la responsabilidad patrimonial del Estado es local.**

Entre los críticos a la afirmación del subtítulo cito a Ramón D. Pizarro, quien ha escrito al respecto que, según recepta el intento, al no considerar la responsabilidad estatal un instituto reglado por el Código Civil, sino por normas y principios de derecho administrativo, las provincias y también algunas municipalidades contarían con facultades suficientes para legislar sobre dicha materia, y estaría vedada la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil, queriendo cerrarse todo punto de contacto entre las normas del Código Civil con la responsabilidad estatal. Se legitimaría que cada provincia legisle al respecto lo que crea conveniente o, peor aún, que no legisle, dejando entonces un vacío legal preocupante y pernicioso, posición que conduce a un verdadero mosaico normativo, en el que las soluciones para supuestos similares de daños causados por la actividad ilegítima o legítima del Estado podrían variar radicalmente de una provincia a otra, según lo que ellas hayan regulado sobre el particular. Y el texto proyectado veda no solo la aplicación directa del Código Civil, sino también la subsidiaria[[18]](#footnote-18).

Pues bien, pienso -en general- que conviene no desconocer ni descartar los valores que exhibe el derecho público provincial, en muchos casos superiores a los del Estado federal, ni pensar que la capacidad intelectual o la moralidad de los hombres del “interior” son inferiores…

Tampoco es bueno acotar cada vez más nuestro federalismo, sobre todo cuando parece que, en la actualidad, el gran poder concentrado en la Nación (de derecho y, sobre todo, de hecho) habría convertido  a la estructura federal en un mero diseño formal[[19]](#footnote-19).

Creo también que la responsabilidad del Estado regida por el derecho público es una materia no delegada por las provincias en el Estado Federal, como asimismo que puede pensarse en la declaración de inconstitucionalidad de la normativa de derecho público provincial que se dicte sobre responsabilidad del Estado, cuando ella (al igual que la nacional) consagre pautas de protección inferiores a los que surgen de los principios generales del derecho, receptados o no en la normativa nacional, destacando que el Preámbulo de la Constitución Nacional promete “afianzar la justicia”. Y la garantía de igualdad ante la ley, el derecho de propiedad de los damnificados y el derecho a la reparación que la jurisprudencia ha emplazado con rango constitucional (incluidas las normas protectoras de los derechos humanos incorporadas con los tratados supra e internacionales) serían los instrumentos para esa declaración de inconstitucionalidad[[20]](#footnote-20). Y cuando las provincias o la Nación, en su caso, no regulen específicamente las cuestiones resarcitorias derivadas de la actuación estatal, lícita o ilícita, se producirá una vacío normativo positivo, que llevará a aplicar por analogía las disposiciones del Código Civil, siendo que -como indica Pizarro- el Proyecto prohíbe la aplicación directa y la subsidiaria de las normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado, pero no impide, ni prohíbe, que el vacío pueda ser completado por vía de analogía con las disposiciones del Código Civil[[21]](#footnote-21).

No olvidemos que ase al imperativo de que tanto la Administración como la Justicia actúen conforme a derecho, ni desdeñemos la hermenéutica jurídico sistemática y teleológica, que permite -tanto a jueces como a administradores- interpretar las normas atendiendo a sus conexiones con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forman parte, incluidos los [principios generales del derecho](http://es.wikipedia.org/wiki/Principios_generales_del_derecho), y a establecer su sentido y alcance ponderando los fines que con ellas se pretenden lograr.

El art. 16 del Código Civil[[22]](#footnote-22) -válido para todas las ramas del derecho, aun las del derecho público según ha reconocido el superior Tribunal de la Nación- señala que debe acudirse a los principios de leyes análogas y a los generales del derecho cuando una cuestión no pudiese resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, cumpliendo así aquéllos una función integradora exigida por la plenitud del mundo jurídico, de la que resulta que no hay conflicto de intereses que no deba tener una resolución en derecho. Y ello está íntimamente conectado con el deber de resolver de los jueces (art. 15), axioma ontológico del derecho que se extiende a las autoridades administrativas, como ha sido palmariamente establecido por leyes de procedimientos al reconocer la obligatoriedad del ejercicio de la competencia cuando el mismo correspondiere, el derecho a una decisión fundada -el cual, obviamente, presupone el deber de resolver- y al establecer en el amparo por mora de la Administración, que ésta podrá ser obligada por la Justicia a que despache las actuaciones en el plazo prudencial que se le establezca.

Jueces y administradores deben resolver, y siempre conforme a derecho, el cual en rigor no presenta lagunas: cuando la ley no proporcione la solución al caso, se reconoce la función creadora del operante para colmar la supuesta “laguna” que quede al descubierto y se le autoriza a fallar o resolver de acuerdo con los principios basales del sistema jurídico-positivo. Aquéllos realizan una actividad creadora, porque crean normas individuales y pueden optar entre varias soluciones posibles, aunque dentro del marco limitado por las normas a aplicar, a las que explican, adaptan, vivifican y suplen.

Para terminar este tópico, ¿Puede lograrse la unificación de la regulación en materia de responsabilidad del Estado? A mi juicio seguro que sí, pero mediante el consenso, no por la imposición inconstitucional del Estado federal sobre los Estados federados.

**Falta de servicio y falta personal**

La falta de servicio se genera por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración, ya sea por acción o por omisión, cuando pesaba sobre aquélla la obligación de actuar, pudiéndose producir tanto por actos de alcance individual o general, como por operaciones materiales de los agentes estatales. Se produce “cuando el servicio no funciona, funciona mal o funciona atrasado o demasiado tarde”. Se considera, actualmente (“Vadell”), que el art. 1.112 del CC regula la responsabilidad por falta de servicio

**Concepto y responsabilidad de los funcionarios o agentes del Estado**

Entre los críticos a la afirmación del subtítulo cito a Ramón D. Pizarro, quien ha escrito al respecto que, según recepta el intento, al no considerar la responsabilidad estatal un instituto reglado por el Código Civil, sino por normas y principios de derecho administrativo, las provincias y también algunas municipalidades contarían con facultades suficientes para legislar sobre dicha materia, y estaría vedada la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil, queriendo cerrarse todo punto de contacto entre las normas del Código Civil con la responsabilidad estatal. Se legitimaría que cada provincia legisle al respecto lo que crea conveniente o, peor aún, que no legisle, dejando entonces un vacío legal preocupante y pernicioso, posición que conduce a un verdadero mosaico normativo, en el que las soluciones para supuestos similares de daños causados por la actividad ilegítima o legítima del Estado podrían variar radicalmente de una provincia a otra, según lo que ellas hayan regulado sobre el particular. Y el texto proyectado veda no solo la aplicación directa del Código Civil, sino también la subsidiaria[[23]](#footnote-23).

Pues bien, pienso -en general- que conviene no desconocer ni descartar los valores que exhibe el derecho público provincial, en muchos casos superiores a los del Estado federal, ni pensar que la capacidad intelectual o la moralidad de los hombres del “interior” son inferiores…

Tampoco es bueno acotar cada vez más nuestro federalismo, sobre todo cuando parece que, en la actualidad, el gran poder concentrado en la Nación (de derecho y, sobre todo, de hecho) habría convertido  a la estructura federal en un mero diseño formal[[24]](#footnote-24).

Creo también que la responsabilidad del Estado regida por el derecho público es una materia no delegada por las provincias en el Estado Federal, como asimismo que puede pensarse en la declaración de inconstitucionalidad de la normativa de derecho público provincial que se dicte sobre responsabilidad del Estado, cuando ella (al igual que la nacional) consagre pautas de protección inferiores a los que surgen de los principios generales del derecho, receptados o no en la normativa nacional, destacando que el Preámbulo de la Constitución Nacional promete “afianzar la justicia”. Y la garantía de igualdad ante la ley, el derecho de propiedad de los damnificados y el derecho a la reparación que la jurisprudencia ha emplazado con rango constitucional (incluidas las normas protectoras de los derechos humanos incorporadas con los tratados supra e internacionales) serían los instrumentos para esa declaración de inconstitucionalidad[[25]](#footnote-25). Y cuando las provincias o la Nación, en su caso, no regulen específicamente las cuestiones resarcitorias derivadas de la actuación estatal, lícita o ilícita, se producirá una vacío normativo positivo, que llevará a aplicar por analogía las disposiciones del Código Civil, siendo que -como indica Pizarro- el Proyecto prohíbe la aplicación directa y la subsidiaria de las normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado, pero no impide, ni prohíbe, que el vacío pueda ser completado por vía de analogía con las disposiciones del Código Civil[[26]](#footnote-26).

No olvidemos que ase al imperativo de que tanto la Administración como la Justicia actúen conforme a derecho, ni desdeñemos la hermenéutica jurídico sistemática y teleológica, que permite -tanto a jueces como a administradores- interpretar las normas atendiendo a sus conexiones con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forman parte, incluidos los [principios generales del derecho](http://es.wikipedia.org/wiki/Principios_generales_del_derecho), y a establecer su sentido y alcance ponderando los fines que con ellas se pretenden lograr.

El art. 16 del Código Civil[[27]](#footnote-27) -válido para todas las ramas del derecho, aun las del derecho público según ha reconocido el superior Tribunal de la Nación- señala que debe acudirse a los principios de leyes análogas y a los generales del derecho cuando una cuestión no pudiese resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, cumpliendo así aquéllos una función integradora exigida por la plenitud del mundo jurídico, de la que resulta que no hay conflicto de intereses que no deba tener una resolución en derecho. Y ello está íntimamente conectado con el deber de resolver de los jueces (art. 15), axioma ontológico del derecho que se extiende a las autoridades administrativas, como ha sido palmariamente establecido por leyes de procedimientos al reconocer la obligatoriedad del ejercicio de la competencia cuando el mismo correspondiere, el derecho a una decisión fundada -el cual, obviamente, presupone el deber de resolver- y al establecer en el amparo por mora de la Administración, que ésta podrá ser obligada por la Justicia a que despache las actuaciones en el plazo prudencial que se le establezca.

Jueces y administradores deben resolver, y siempre conforme a derecho, el cual en rigor no presenta lagunas: cuando la ley no proporcione la solución al caso, se reconoce la función creadora del operante para colmar la supuesta “laguna” que quede al descubierto y se le autoriza a fallar o resolver de acuerdo con los principios basales del sistema jurídico-positivo. Aquéllos realizan una actividad creadora, porque crean normas individuales y pueden optar entre varias soluciones posibles, aunque dentro del marco limitado por las normas a aplicar, a las que explican, adaptan, vivifican y suplen.

Ahora bien, ¿puede lograrse la unificación de la regulación en materia de responsabilidad del Estado? A mi juicio seguro que sí, pero mediante el consenso, no por la imposición inconstitucional del Estado federal sobre los Estados federados.

Lo cierto es que frente a terceros, el artículo 1112 del Código Civil se aplica actualmente para regir la responsabilidad del Estado por faltas de servicio.

La responsabilidad por falta personal se rige, básicamente, por el art. 1109. El agente responde directamente frente al tercero en caso de falta personal (art. 1109), salvo que hubiere concurrencia de faltas (personal y de servicio), en cuyo caso también concurre el art. 1112; y tal coexistencia aparece cuando la falta personal no está desprovista de toda relación con el servicio (como hechos de la vida privada del agente)[[28]](#footnote-28).

Para la aplicación del art. 1112, deben haberse constatado los elementos comunes, hecho humano, daño y relación de causalidad, así como los específicos de la responsabilidad subjetiva, adjetivando esa conducta u obrar como antijurídica, imputable y culpable.

La responsabilidad patrimonial, frente al Estado y sus entidades o jurisdicciones, se rige, actualmente, por los arts. 130 y 131, ley 24.156[[29]](#footnote-29).

**Coordinación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios**

Veamos cómo se articulan la responsabilidad patrimonial del Estado frente a la víctima de daños provocados por actos o hechos irregulares de los agentes estatales, actuando en el ejercicio aparente de sus funciones o en ocasión de las mismas, con la responsabilidad personal de estos últimos.

a) La situación de los cuadros de la administración en nuestro país, cuyos agentes carecen de retribuciones y jubilaciones suficientes, e incluso de estabilidad, determina que resulte injusto someterlos a un régimen de responsabilidad directa frente a los particulares damnificados. Además la responsabilidad afectaría la eficiencia administrativa en cuanto inhibiría a los agentes a tomar decisiones que puedan ocasionarles responsabilidades.

Por tanto, no debe existir una responsabilidad directa y solidaria del funcionario frente a los administrados sino que debe responder el Estado, salvo los casos de vías de hecho y de delitos criminales, en los que tendría posibilidad de repetición posterior contra el funcionario.

b) El Estado debe responder en forma subsidiaria sólo cuando el agente resulte insolvente, debiendo el damnificado dirigir su acción en forma conjunta contra ambos y recién hacer efectiva la sentencia en contra del Estado cuando se hayan agotado los medios para obtener el cobro de parte del funcionario.

c) Los administrados tienen la facultad de dirigir sus acciones indistintamente contra el funcionario o contra el Estado, o bien hacerlo conjuntamente, pudiendo ejecutar la sentencia condenatoria contra cualquiera de ellos.

Lo cierto es que en la práctica, reitero, a responsabilidad no es impulsada por los damnificados por sus actos, demandando a los funcionarios junto al Estado por la reparación del perjuicio; también, porque el Estado no ejerce la acción de “in rem verso” contra los agentes que le hicieron recurrir en responsabilidad; todo, con la consecuencia práctica que hace que el funcionario sea civilmente irresponsable por los daños que comete.

**Conclusión**

Hombre y Estado son, filosóficamente hablando, personas morales y jurídicas, responsables, demandables y condenables cuando violen la justicia en alguna de sus formas, regulándose actualmente entre nosotros su responsabilidad patrimonial por normas y principios comunes a todos los supuestos de responsabilidad, aunque estén incorporados a códigos de derecho privado, y por normas y principios fijados por esos códigos o por leyes de ramas del derecho privado, que se aplican supletoria y analógicamente, y en tanto resulten compatibles con las normas y principios propios del derecho público, que en nuestro sistema federal es local.

1. Ver Goldschmidt, Werner, “Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”. Bs. As., 1967, ps. 7 y 8; Bidart Campos, Germán J., “Derecho Constitucional”, t. I, Bs. As., 1968, ps. 11/13; 53/57; Zucchi, Héctor A., “El derecho como objeto tridimensional”, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001, passim. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ampliar en nuestro “Los principios en el derecho administrativo”, ed. Dike, Mendoza, 2000, ps.19 y ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ampliar en Villegas Basavilbaso, Benjamín, “Derecho Administrativo”, t. 1, ed. Tea, Bs. As., 1949, p 201; Bidart Campos, Germán J., “Derecho Político”, ed. Aguilar, Bs. As., 1962, p 196. [↑](#footnote-ref-3)
4. El Estado, que nace de los hombres, vive de los hombres y para los hombres, es una realidad distinta de ellos, como lo prueba el hecho de que permanece no obstante el cambio de los individuos y de las generaciones; mas desde el momento en que los hombres no existiesen, dejaría de ser el Estado, pues el mismo no es una realidad sustancial sino accidental, que necesita existir en los hombres. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ampliar en Gordillo, Agustín A., “Tratado de derecho administrativo”, ed. Macchi, t. 1, Bs. As., 1955, ps. III-26/III-27. [↑](#footnote-ref-5)
6. Bidart Campos, “Derecho Político”, cit., p. 350. [↑](#footnote-ref-6)
7. Comparar y ampliar en Dabin, Jean, “Doctrina General del Estado”, ed Jus, México, 1946, ps. 83/85; Villegas Basavilbaso, cit., t. 2, ps. 540/541; Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1965, t. 1, ps. 490/494; Diez, Manuel María, “Derecho Administrativo”, ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1963, t. 1, ps. 74/75; y Gordillo, Agustín A., “Derecho Administrativo de la Economía”, ed. Macchi, Bs. As., 1967, ps. 81/83. [↑](#footnote-ref-7)
8. Vid. Sayagués Laso, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, ed. Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1959, t. 1, ps. 255/256. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ariño Ortiz, Gaspar, “Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General”, ed Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 27. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sayagués Laso, cit., ps. 257 y ss.; Gordillo, “Derecho Administrativo de la Economía”, cit., ps. 113/116; Fiorini, Bartolomé, “Manual de Derecho Administrativo”, ed. La Ley, , Bs. As., 1968, t. 1, p. 545; Diez, Manuel María, cit., t. 3, ps. 338/344. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver Sarría, Félix, citado por Altamira, Pedro Guillermo, “Curso de Derecho Administrativo”, ed. Depalma, Bs. As., 1971, ps. 586/587; Bielsa, Rafael, “La función pública”, ed. Depalma, Bs. As., 1960, ps. 191/193 y “Ciencia de la Administración, ed. Depalma, Bs. As., 1955, ps. 136 y 137 y en todas sus ediciones de “Derecho Administrativo”; Villegas Basavilbaso, cit., t. 3, Bs. As., 1951, ps. 278/287; Marienhoff, cit., t. III-B, Bs. As., 1970, ps. 33/41. [↑](#footnote-ref-11)
12. Marienhoff, cit., t. III-B, p. 46. [↑](#footnote-ref-12)
13. “Manual…”, cit., t. 1, p. 544. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cit., t. 1, ps.263 y ss. [↑](#footnote-ref-14)
15. Villegas Basavilbaso, cit., t. 3, p. 364. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sobre lo expuesto, comp. y ampl.: Sayagués Laso, cit., p 264; Gordillo, Agustín A., “Empresas del Estado”, ed. Macchi, Bs. As., 1966, p. 40. [↑](#footnote-ref-16)
17. Comp. y ampl en Gordillo, Agustín, “Tratado”, Tomo 1, Parte General, 5ª Edición, Bs. As., 1998, ps. XIII-36/38. [↑](#footnote-ref-17)
18. Comp. Pizarro, Ramón D., “[La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012”, La Ley, 16/09/2013.](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81816000001440d0061f4b8bd2d99&docguid=iD57249AD19D8B385F52A5B241880F506&hitguid=iD57249AD19D8B385F52A5B241880F506&spos=7&epos=7&td=928&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=7&crumb-action=append)  [↑](#footnote-ref-18)
19. Ver nuestro trabajo “¿El Estado Nacional está en crisis?”, en “La Revista del Foro”, Tomo 134, Mendoza, 2014, ps. 13 y ss. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ver Llera, Carlos Enrique, “Plazo razonable de la prisión preventiva y anticonvencionalidad. Acerca del art. 2° de la ley 24.390”, Rev. La Ley, del 10/02/2014. [↑](#footnote-ref-20)
21. “Si bien el Código Civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de la responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito del Derecho Público pertenece al Derecho Administrativo, que en principio es local o provincial (art. 121, CN).Pero esta circunstancia no veda el recurso a la analogía, como método de interpretación válido también en en Derecho Público, ni la posibilidad de que algunas prescripciones del Código Civil puedan aplicarse, además, tanto a la Nación, en cuanto persona jurídica, como a las demás personas públicas estatales de carácter nacional. Al propio tiempo, a efectos de determinar el régimen aplicable, resulta necesario distinguir, dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus entidades, aquellas situaciones reguladas por el Derecho Civil, es decir, cuando la Administración actúa en el ámbito del Derecho Privado (v. gr., gestión de bienes del dominio privado del Estado) dado que la responsabilidad emergente de esas actuaciones es extraña al Derecho Administrativo”. Cassagne, Juan Carlos, “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit, p. 386. [↑](#footnote-ref-21)
22. “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. [↑](#footnote-ref-22)
23. Comp. Pizarro, Ramón D., “[La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012”, La Ley, 16/09/2013.](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81816000001440d0061f4b8bd2d99&docguid=iD57249AD19D8B385F52A5B241880F506&hitguid=iD57249AD19D8B385F52A5B241880F506&spos=7&epos=7&td=928&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=7&crumb-action=append)  [↑](#footnote-ref-23)
24. Ver nuestro trabajo “¿El Estado Nacional está en crisis?”, en “La Revista del Foro”, Tomo 134, Mendoza, 2014, ps. 13 y ss. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ver Llera, Carlos Enrique, “Plazo razonable de la prisión preventiva y anticonvencionalidad. Acerca del art. 2° de la ley 24.390”, Rev. La Ley, del 10/02/2014. [↑](#footnote-ref-25)
26. “Si bien el Código Civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de la responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito del Derecho Público pertenece al Derecho Administrativo, que en principio es local o provincial (art. 121, CN).Pero esta circunstancia no veda el recurso a la analogía, como método de interpretación válido también en en Derecho Público, ni la posibilidad de que algunas prescripciones del Código Civil puedan aplicarse, además, tanto a la Nación, en cuanto persona jurídica, como a las demás personas públicas estatales de carácter nacional. Al propio tiempo, a efectos de determinar el régimen aplicable, resulta necesario distinguir, dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus entidades, aquellas situaciones reguladas por el Derecho Civil, es decir, cuando la Administración actúa en el ámbito del Derecho Privado (v. gr., gestión de bienes del dominio privado del Estado) dado que la responsabilidad emergente de esas actuaciones es extraña al Derecho Administrativo”. Cassagne, Juan Carlos, “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit, p. 386. [↑](#footnote-ref-26)
27. “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ver Cassagne, Juan Carlos, “Curso…”, ob cit., ps. 437 y 438. [↑](#footnote-ref-28)
29. ARTICULO 130.- Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial. ARTICULO 131.- La acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de todas las personas físicas que se desempeñen en el ámbito de los organismos y demás entes premencionados en los artículos 117 y 120 de esta ley, prescribe en los plazos fijados por el Código Civil contados desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior, cualquiera sea el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable con estas personas. [↑](#footnote-ref-29)