

LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA PROVINCIA DE
CHUBUT



Universidad Nacional del Comahue.
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
Especialización en Derecho Administrativo.

Alumno: Mariano Palma.
Director de tesis: Dr. Oscar A. Cuadros.

Noviembre 2020.

Índice

Introducción	6
Capítulo I.....	7
Análisis Histórico de la Responsabilidad del Funcionario Público.....	7
a. Responsabilidad en el Derecho Romano. Breve paralelismo histórico con la Provincia de Chubut	7
A1. La Monarquía: Leyes Regias.	7
b. La República.....	10
Organización	10
Ley de las Doce Tablas	14
A3. El imperio.....	16
Organización	16
Responsabilidad de los funcionarios por la salida de su cargo	21
B. Responsabilidad en la Ley de Indias. Apreciaciones generales.....	22
B1. Las visitas. Las pesquisas y el Juicio de residencia.	24
Las visitas.....	24
El Juicio de Residencia	25
C. Responsabilidad en la Constitución Nacional de 1853 en confrontación a la Constitución Provincial de 1957.....	27
Capítulo II	32
La responsabilidad del Funcionario Público en Nación	32
2.1. Noción de funcionario Público	32
2.2. ¿A quienes se aplica la ley 26.944? ¿Cuál es su Jurisdicción y Competencia?	34
2.3. ¿Qué tipo de conductas (omisión y deber de actuar) regula la ley 26.944 respecto de los funcionarios públicos?	38
2.4. Presupuestos de la responsabilidad.	42
2.4.1. Antijuridicidad	43
2.4.2. Factor de Atribución	46
2.4.3. El daño y la relación de causalidad.....	51
2.5. Causales de justificación y Eximentes de responsabilidad	59

2.6. ¿La Responsabilidad es directa o indirecta? Y ¿Frente a terceros que tipo de responsabilidad se aplica? ¿Cuando el Estado es encontrado culpable el agente debe responder?	62
2.7. ¿El agente debe responder frente al estado? (La acción de regreso).	64
2.7.1. Requisitos.....	65
2.7.2. Discrecionalidad en su aplicación.....	66
2.7.3. Prescripción.....	67
2.8. Daño punitivo y astreintes contra el funcionario.	69
2.9. Prescripción liberatoria en la ley 26.944 Respecto del Funcionario Público.	70
2.9.1. Dispensa y Renuncia.....	72
2.9.2. ¿Cuándo hacerla valer?	73
2.9.3. Suspensión e interrupción.	73
2.10. La regulación de la responsabilidad en el Código Civil ¿Es posible que las provincias apliquen su propio régimen civil?	75
2.11. Diferentes tipos de responsabilidad de los funcionarios Públicos:	77
2.11. A. Responsabilidad Administrativa.	77
2.11. B. Responsabilidad Penal.....	77
2.11. C. Responsabilidad Política	78
Capítulo III	79
La responsabilidad del Funcionario Público en Chubut.....	79
3.1. La responsabilidad en la Constitución Provincial (Art. 69 C.P.CH).	79
3.2. Presupuestos del Art. 69 de la Constitución Provincial.....	83
3.3. Presupuestos para la responsabilidad civil.....	88
3.3.1. Antijuridicidad.	90
3.3.2. Factor de atribución.....	97
3.3.3. Relación de causalidad.	101
3.3.4. El daño.....	104
3.4. Causales de Justificación.	108
3.4.1. Ejercicio regular de un derecho.....	110
3.4.2. Legítima defensa.	111
3.4.3. Estado de Necesidad.....	113
3.4.4. Obediencia debida.	115

3.4.5.	Consentimiento del damnificado.....	117
3.5.	Eximentes de responsabilidad.....	118
3.5.1.	Hecho del damnificado.....	119
3.5.2.	Caso fortuito o fuerza mayor.....	121
3.5.3.	Hecho de un tercero.....	123
3.5.4.	Asunción de riesgos.	124
3.5.5.	Imposibilidad de cumplimiento.....	125
3.5.6.	Hecho del príncipe	126
3.6.	Responsabilidad Solidaria.....	127
3.7.	¿Responsabilidad directa e indirecta?.....	128
3.8.	¿El caso del Interventor Federal en la Constitución de la Provincia de Chubut contraria lo establecido para la responsabilidad de los funcionarios Nacionales según lo normado por la Ley 26.944?	130
3.9.	La idoneidad en el Cargo ¿Es una Obligación de medios o resultados?	131
3.10.	Responsabilidad del Funcionario Público en la ley I N°560 “Responsabilidad del Estado”. 134	
3.11.	Responsabilidad del Funcionario Público en la ley I N°231 (Antes Ley 4816) “Ley de Ética Pública de Chubut”.	136
3.12.	Responsabilidad del Funcionario Público en la ley XVI N° 46 (Antes Ley 3098) “Ley de Corporaciones Municipales”.	137
3.13.	Responsabilidad del Funcionario Público en la ley I N°74 (Antes Ley 1987) “Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial”.	138
3.14.	¿Qué juez será competente para entender en la cuestión? ¿Se requiere “reclamo administrativo previo”?.....	139
3.14.1.	La acción de regreso en la Provincia de Chubut.	143
3.14.2.	Requisitos.....	144
3.14.3.	Discrecionalidad en su aplicación.	145
3.14.4.	Prescripción	145
3.15.	Daño punitivo.....	146
3.16.	Astreintes contra el Estado y el funcionario.....	147
3.17.	Prescripción liberatoria en la ley I-N°560, Respecto del Funcionario Público.....	149
3.17.1.	Dispensa y Renuncia.	150
3.17.2.	Computo del plazo y oportunidad de aplicación.	151

3.17.3. Suspensión e interrupción.	151
3.18. Diferentes tipos de responsabilidad de los funcionarios Públicos:	152
Capítulo IV	153
4. Conclusiones.	153
Bibliografía:	155

Introducción

El presente trabajo ha tenido como finalidad tratar de demostrar que la Responsabilidad del Funcionario Público en la Provincia de Chubut, es regida por el derecho civil escapando a lo que acontece a nivel nacional.

Para investigar tal hipótesis se tuvo en cuenta como pauta guía, que las Provincias Argentinas, poseen facultades no delegadas a la Nación en virtud de las cuales pueden adoptar medidas que quizás no sean acordes a normativa de índole federal.

Por otro lado nuevamente para la solución del problema se utilizó el principio de supremacía constitucional, a través del cual se crea una jerarquía normativa que permite adecuar el ordenamiento jurídico vigente en la Nación con las normas que se dictan en las Provincias y Municipios.

Aceptar tal hipótesis implica a su vez que quienes pretenden aducir que la responsabilidad por daños ejercida por el Funcionario Público es netamente administrativa y por lo tanto contraria al derecho civil, no están del todo correctos en su apreciación, puesto existen ordenamientos que contradicen tal postura, implicando la existencia de variadas orbitas de responsabilidad que no se repugnan entre sí.

Capítulo I

Análisis Histórico de la Responsabilidad del Funcionario Público

a. Responsabilidad en el Derecho Romano. Breve paralelismo histórico con la Provincia de Chubut

AI. La Monarquía: Leyes Regias.

El origen de Roma, según es sabido se debe a la unión de los pueblos Latino, Sabino y Etrusco (estas se consideran las naciones fundadoras).¹

Debemos tomar en cuenta que durante la monarquía (753 a.C a 510 a.C.), en principio las tres naciones fundadoras (Latinos, Etruscos y Sabinos) quedaron con sus sistemas jurídicos generalmente basados en la Ley del Talión. (Circunstancia que en principio no sería ajena a la situación Chubutense, puesto cabe recordar que el territorio de nuestra Provincia estaba habitado por los Tehuelches y que con posterioridad fue descubierto por Magallanes implicando una reunión étnica, donde si bien en principio hubo asentamientos Españoles –Sobre la costa sur de Camarones- en dicho ámbitos convergían dos normativas disimiles, por un lado el Derecho de las Partidas y por el otro el ordenamiento Tehuelche, para con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1853, llegan a ser tres – Ordenamiento Nacional, Ordenamiento

¹GALLI, Enrique V: “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata”. Tomo. VII. Imprenta de la Universidad. La Plata. 1984. Pág. 355. “La importancia de esta vinculación, se observa al determinar que serán los descendientes de estos tres pueblos los que formen a los Patricios (los aristócratas), quienes con posterioridad se distinguirán de los Plebeyos”.

aborigen y Ordenamiento Gales²-, que luego culminaría en la imposición de la Constitución Nacional.).

Con posterioridad surge lo que conocemos en la actualidad como “Leyes Regias”, “Ius Quiritum”, “Ius Regium” y “Ius Papirum”, en este último caso llamado así en honor al Jurisconsulto Papiriano (Contemporáneo a Tarquino el Soberbio, encargado de llevar adelante una recopilación de normativa imperante hasta entonces).³

La sociedad en dicha etapa histórica estaba organizada sobre una base primitiva, existiendo tres tribus Ramnes (Latinos), los titienses (sabinos) y los lúceres (etruscos), a su vez cada una de estas tres tribus es dividía en diez curias, las clases sociales estaban integradas por patricios (Poseían la totalidad de los derechos políticos, el monopolio de las funciones privadas), plebeyos (estos carecían en principio de los derechos políticos y solo tenían unos pocos privados como el comercio) y clientes.

Desde la organización de las instituciones, existía un Rey de carácter vitalicio (sobre quien recaía la calidad de supremo sacerdote, jefe del ejercito, titular de los auspicios y la máxima autoridad judicial, (siendo este irresponsable –esto implicaba que no debía responder por sus actos-) un senado (estaba integrado por los jefes de las aldeas septimontiales, actuando estos como cuerpo asesor del Rey, tenían además como función entre otras la de elegir al Rey en caso de que este no hubiera seleccionado sucesor, incluso el presidente del senado lo cubría en ausencia del mismo – interregnum-) y comicios curiados (que intervenía para tratar los asuntos generales que interesaban a la curia).

²MARTINEZ RUIZ, Bernabé: “La colonización galesa en el valle del Chubut”, Ed. Galerna, Bs.As. 1977. Pág. 15.

³ P. Namur: “Curso de Instituciones y de Historia del Derecho Romano”. Tercera Edición corregida y aumentada. Tomo I, Ed. La Antigua Imprenta, Bs. As. 1889. Pág. 15.

Dentro de los poderes que poseía el Rey, este era considerado el primer magistrado con jurisdicción criminal para delitos públicos contando con la colaboración de dos funcionarios imperiales, los *duoviri perduellionis* con facultad para juzgar los delitos vinculados a la alta traición y los *quaestores parricidii*, jueces que juzgaba los homicidios que se cometieran.

Si bien, durante esta época tuvo primacía la costumbre también existió el orden normativo o la vigencia de la ley, en cuyo caso eran conocidas como leyes regias (*Leges regiae*), haciéndose mención a las disposiciones normativas dictadas por los reyes o por los comicios curiados⁴ Aunque con posterioridad las Leyes Regias fueran destruidas durante las guerras, no quedando vestigio alguno de ellas, más que porciones separadas.⁵ La responsabilidad del funcionario público se vio más que nada vinculada a las decisiones que emitía el Rey.

Cabe destacar la legislación de Servio Tulio, en donde se reformo el régimen Procesal Penal respecto a la división de los delitos contra los intereses del estado (Juzgados por el Rey en donde este aplicaba generalmente la pena de muerte o el destierro) y aquellos que se realizaban contra intereses particulares (Juzgados por Jueces)⁶.

⁴ PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo: "Derecho Romano". Tomo I . Ed. 2ª Tipográfica Editora Argentina. Bs. As. 1966. Pág. 112. "La crítica moderna no admite la existencia de las pretendidas leyes regias dada la falta de antecedentes valederos y verosímiles, considerándose que en esta materia también se ha acudido a la imaginación y a la fantasía legendaria para suplir las escasas referencias que nos ha legado la historia. En este sentido se ha afirmado que la legislación atribuida a los reyes en ningún modo puede tener el carácter de tal sino que más bien se trataría de edictos de los reyes relativos a sus funciones de supremos sacerdotes o de normas referentes a un primitivo derecho consuetudinario sacerdotal recogidas en los comentarios pontificios".

⁵ Ver: Tito Livio. Libro VI, cap. 1 Pág. 47.

⁶ GALLI, Enrique V.: "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata". Tomo VII. Año 1984. Pág. 364.

b. La República

Organización

Con la caída de la Monarquía hacia el 509 a.C. se establece un nuevo sistema institucional denominado República.⁷ En dicho sistema el poder del rey se transfiere a dos cónsules electivos y temporarios (duraban generalmente un año, con la finalidad de evitar los abusos de poder que implicaba perpetuarse en el mismo) que gobernaban alternativamente (El cónsul que estaba ausente de funciones podía oponerse a las decisiones del otro en funciones a través de la “intercessio” un tipo de impugnación administrativa) y de forma temporaria, sin embargo el crecimiento de Roma como consecuencia de las invasiones, obliga a la creación de otras magistraturas patricias –con posteridad ocupadas por plebeyos también-, como la pretura, la cuestura y la edilidad, la censura para de esta manera asumir poderes que les correspondían al cónsul y dividir actividades, manteniéndose el senado y los comicios con la misma organización y facultades. Estas nuevas magistraturas, se vieron desarrolladas en un ámbito administrativo, político y militar de mayor amplitud, puesto comenzaron a desarrollarse nuevos conceptos que superaron al de ciudad estado ateniense, existiendo para aquel entonces las colonias (territorios a los cuales eran enviados ciudadanos romanos para que fueran habitados y explotados), los municipios (Se nutrían de los habitantes de otras ciudades ya existentes, dándoles con posteridad derechos civiles y políticos) y las provincias (Generalmente gobernados por un ex magistrado romano que tenía funciones similares a las de cónsul). Todas estas “nuevas” organizaciones sociales se encontraban fuera de Roma y requerían de principios básicos de administración y a su vez implicaban nuevos conceptos de

⁷ PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo: “Derecho Romano”. Tomo I . Ed. 2ª Tipográfica Editora Argentina. Bs. As. 1966. Pág. 15. “ La revolución que expulsó a Tarquino el Soberbio no fue en realidad un levantamiento popular sino un golpe de la aristocracia que de esta forma pasó a controlar el gobierno al atribuir únicamente a sus integrantes el derecho de ejercer cargos públicos, a elegir magistrados y a participar de los cultos religiosos.”

responsabilidad para quienes estuvieran al mando de ellas. Al decir esto, podemos incluso atisbar, que la República Argentina y en especial la Provincia de Chubut, guardan cierto paralelismo en cuanto a su forma de creación y avance institucional con la República Romana y ello con fundamento en que principio el ámbito geográfico ocupado por el actual estado provincial, vio avanzadas de todo tipo, desde las organizaciones institucionales más pequeñas de la Corona Española⁸, pasando por la organización de los pueblos originarios y aquellos que fueron a asentarse en sus tierras como colonos de estas, implicando todo ello la necesidad de convergencia y organización jurídico social.

El ingreso a la magistratura⁹, implicaba la posibilidad que tenía el ciudadano romano de poder llevar adelante el gobierno con las facultades y limitaciones que dicho puesto acarreaba. En Chubut –o mejor dicho, Gobernación del Chubut, según lo determinado por el art. 4 de la Ley 1532, en el territorio nacional que luego ocuparía la Provincia de Chubut- al igual que en Roma, el ingreso en la administración pública en principio tuvo lugar a través de las disposiciones que se determinaban en la Capital de la Nación y no propiamente en las incipientes organizaciones institucionales que comenzaban a surgir.

Por otro lado la República Romana sigue manteniendo una diferencia entre Patricios y Plebeyos, que se va a ir diluyendo para culminar con la “Lex Licinia de Consulatau” (367 a.C.) y posibilitar la ocupación en general de cualquier magistratura, una circunstancia similar vive el pueblo de la Provincia de Chubut¹⁰ -hasta la sanción de su primera Constitución Provincial en 1957- en donde únicamente podían vota a nivel municipal¹¹, siempre que se

⁸ ZAMPINI, Virgilio: “Chubut Breve Historia de una Provincia Argentina”. Ed. El Regional. Gaiman. 1975. Pág.9.

⁹ Debían cumplirse con el “Cursus Honoris”, esto es haber servido en el servicio militar, y haber superado la cuestura y la pretura y recién a partir de los 43 años el individuo podía llegar a aplicar para el consulado. Sin embargo, muchas veces se dio, que quien obtenía la mayor cantidad de victorias militares y/o poseía poder económico era quien ingresaba en el cargo.

¹⁰ ZAMPINI, Virgilio: “Chubut Breve Historia de una Provincia Argentina”. Ed. El Regional. Gaiman. 1975. Pág.87.

¹¹ Ver Ley 1532 Arts. 6, 10, 33 subsiguientes y concordantes.-

reunieran los requisitos establecidos en la “Ley para la Organización de los territorios nacionales” (Ley N°1532) siendo este orden el verdedor *Ius Edicendi Chubutense*, de donde los magistrados sacaban la organización y forma de actuación dentro de sus territorios. Con respecto a la situación electoral y vigencia de Derechos Políticos, estaríamos en presencia de ciudadanos de segunda clase, tal cual acontecía en Roma¹².

El gran avance militar y crecimiento demográfico y geográfico que se tradujo en el crecimiento de Roma, vino a significar la creación de nuevos puestos públicos (Gobernadores de provincia, etc.) en la “*urbs*” o fuera de ella (que tenían como finalidad la organización y administración de un territorio alejado de Roma, con la finalidad de percibir en aquel tributos para el gobierno central, siempre estando subordinado a aquel) esta nueva organización trajo consigo la aparición de hechos de corrupción y administración fraudulenta de la “*res publicae*” que no tardaron en generar como contrapartida la tutela del estado Romano a través de la normativa que va a tener su esplendor luego de la segunda guerra Púnica con la aparición del “*crimen repetundarum*” con la “*Lex Calpurnia de Pecunia Repetundis*” del 149 a.C. (siendo este un plebiscito propuesto por el tribuno de la plebe “*calpurnico Pisone Fruti*”, en el se instituye la mencionada “*quaestio*”). La norma

en cuestión no fijaba en principio una pena, sino que la misma consistía en la devolución de la cosa o su equivalente en dinero. El funcionario debía responder a través de la “*Anquisitio*” más la ya conocida “*Rogatio*”, para llevarse adelante en el 1 a.C. un cambio en el proceso¹³,

¹² GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás “Historia Constitucional de Chubut”. Revista el “El Derecho”. Suplemento de Derecho Constitucional del día 18 de Julio de 2008, Año XLVI, N°12.051, pág.9.

¹³ MOMMSEN, Teodoro: “Compendio del Derecho Público Romano, Traducido por Dorado P. Profesor de Derecho en la Universidad de Salamanca”. Ed. Valerio Abeledo. 1893. Págs. 228 y 229. “El funcionario público no era más ni menos responsable por los actos ejecutados como tal funcionario, ni casi de otra manera, que lo era cada particular individuo por sus

pudiendo iniciarse a iniciativa de cualquier ciudadano (El proceso que se iniciaba con la “Accusatio o postulatio”). El crimen por excelencia vinculado al funcionario Público era “crimen repetundarum” (generalmente consistente en la malversación y rapacidad de los funcionarios y/o Gobernadores). Es así como bajo la dictadura de Sila¹⁴, podemos encontrar un gran número de normas que tienen como finalidad la organización de las sanciones con respecto a los delitos cometidos por funcionarios (Ej. Lex acilia repetundarum, Lex sempronia iudiciaria, Lex Servilia Repetundis, Lex Livia Iudiciaria, Lex Lulia Repetundarum, luego por otro lados los crímenes en particular, como ser: Crimen Maiestatis, Crimen vis, Crimen Ambitus, Crimen Peculatus, etc.). A través del breve repaso efectuado podemos ver, que delitos que parecieran que se cometen en la actualidad en realidad tienen su correlato directo con el pasado y con normativa que en principio tendió a evitar y a tratar de obtener la subsanación de los perjuicios ocasionados por parte de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de funciones.¹⁵

acciones y omisiones. El antiguo procedimiento criminal que dio origen a la provocación, esto es, tanto el primitivo procedimiento esencialmente cuestorial como el que hubo de desarrollarse por medio de los tribunos del pueblo, fue el que se aplicó lo mismo á los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, que á los actos de los particulares...”.

¹⁴ BIALOSTOSKY, Sara: “La lucha del derecho romano contra la corrupción de los funcionarios públicos. Crimen repetundarum”. Revista de la facultad de derecho de México, Vol 58 N°250. Puede verse <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60933>. Disponible en internet desde el 2008. Págs 140, 141 y 142.

¹⁵ ROBLES VELASCO, Luis Mariano: “La lucha contra la corrupción en la república romana. Una nueva interpretación sobre la obra ciceroniana De officis”. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (R.E.D.S.) núm 11, Julio-Diciembre 2017. Puede consultárselo en <http://www.dykinson.com/derechoempresaysociedad>. Disponible en internet desde Julio de 2017. Pág. 119. “Marco Tulio Cicerón fue nombrado demandante principal (nominis delator) en el caso de Verres. Su plan consistió en presentar cuatro demandas por separado. Una por corrupción en el ejercicio de la magistratura (era gobernador de Sicilia y había traficando según constaba más de 400 ánforas de miel –Lex Aebutia del 133 a.C. que limitaba a 300 ánforas, la medida con la que podían comerciar los senadores-, cincuenta divanes, doscientas cuarenta candelabros de plata y oro, y noventa pacas de tejido de Malta); otra, por extorsión en la recaudación de impuestos (era responsable de recaudar las tasas por exportación de las mercancías que salían de Siracusa y no abonó impuesto alguno); la tercera por pillaje en propiedades municipales y privadas; y la cuarta por aplicación de castigos tiránicos e ilegales (como mandar a azotar a Publio Gavio a pesar que no dejaba de gritar “Soy Ciudadano Romano”). Fue condenado a la pena máxima según la Ley Cornelia de la pérdida a perpetuidad de todos sus derechos civiles, “de manera que la sombra de Cayo Verres no pueda volver a amenazar a sus víctimas ni suponer un peligro para administración de justicia en la república romana”.

En los albores de Chubut -esto es como territorio Nacional- tenía en principio la organización de justicia fundada a través de la ley N°1532, en donde se designaba un Juez multifuero (el mismo era elegido por el Ejecutivo Nacional con el aval del Senado de la Nación –Art. 33. Ley N°1532-) donde el procedimiento aplicable era el establecido para la capital de la Nación, debiendo este residir en la Capital del Territorio Chubutense y previo a ello haber prestado juramento ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (que a su vez actuaba como cámara de revisión de las resoluciones dictadas por estos jueces).

Ley de las Doce Tablas

Más allá de la cuestión histórica¹⁶ la Ley de las doce tablas tiene como importancia la determinación de ciertos delitos, la bipartición de las penas y la eliminación en parte del criterio teocrático, que vino a significar una la aplicación del principio de seguridad jurídica para Plebeyos y quienes en general no reunieran los beneficios de los que gozaban los Patricios. De esta manera podemos decir que es una ley base, puesto delimita el objeto y alcance de los principios y criterios que deben seguirse respecto de los institutos en ella tratados. Se desarrolla una división entre Derecho Público (Este era el encargado de regular la actividad del Estado, las relaciones que el mismo tiene con los individuos que integran la comunidad y las que pueden surgir con otros estados) y Derecho Privado (Entendido como aquel que rige las relaciones entre los particulares de una misma sociedad jurídica). Con respecto a las penas se puede observar una bipartición, se ve el surgimiento de las penas criminales (donde se lesionaban intereses públicos) y las penas civiles (donde se pretendía recomponer intereses de carácter patrimoniales o

¹⁶ NAMUR P.:“Curso de Instituciones de Historia del Derecho Romano”, Tercera edición corregida y aumentada. La Anticuaria. Bs.As. 1889. Pág.17

pecuniarios). A su vez, esta tiene la virtud de hacerlo accesible a las clases plebeyas eliminando la discriminación y aboliendo poco a poco la existencia de ciudadanos de segunda categoría.

Con relación al tema en análisis obtenemos importantes preceptos los cuales vienen dados por la Tabla IX que hace referencia exclusiva al Derecho Público imperante en la época. Si bien su contenido es escueto con respecto a varios temas específicamente menciona “pena muerte contra el juez o el árbitro nombrado por el magistrado que haya recibido dinero por pronunciar su sentencia”¹⁷, es así como a partir de la sanción de dicho texto normativo se comienza a perfilar con claridad la responsabilidad del funcionario público en el ejercicio de su función, siendo ello un complemento de la seguridad jurídica tan ansiada por el resto de los integrantes de la población que no fueran Patricios.

Con posterioridad a la sanción de este cuerpo normativo, se verán ciertos cambios con respecto a la aplicación de las penas capitales por ejemplo la pena de muerte ejecutada por el fuego, la crucifixión, la furca o la sepultura en vida (para las vírgenes vestales), mientras que las penas no capitales eran “Aqua et ignis interdictio” que dio origen al destierro (Exilium) junto con la infamia y la pérdida de la posibilidad de ocupar cargos públicos.¹⁸

La Constitución Provincial de 1957, viene a significar un avance –al igual que lo fue la Ley de las Doce Tablas para los Romanos- para la población Provincial, incluso guarda ciertos paralelismo históricos con la Ley de las Doce Tablas, puesto al momento de la sanción de la misma –La ley N° 14.408 modifica el estatus jurídico de los territorios nacionales transformándolos en provincia-, el Peronismo se encontraba proscripto y fue a través de la convocatoria realizada por

¹⁷ MOJER, Mario A.: “La Ley de las Doce Tablas”. Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata. La Plata. 1994. Pág. 57.

¹⁸ Ver. GALLI, Enrique V.: “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata”. Tomo. VII. Imprenta de la Universidad. La Plata. 1984. Pág. 373.

un Gobierno de Facto¹⁹, que tuvo lugar la convención constituyente que culminaría con la redacción de la Constitución de 1957, dando así pleno goce de los derechos -civiles y políticos sobre todo- a los ciudadanos de la provincia, enmarcándose la normativa dentro del ordenamiento del constitucional social propio de la postguerra.

De conformidad al art. 1 la Provincia organiza su régimen bajo la forma Republicana, en virtud del cual, se determina la existencia de responsabilidad del funcionario público, para hacer especial referencia a ellos en el art. 20. Siendo incluso necesario al momento de ocupar el puesto que el empleado o funcionario, fuere idóneo para tal tarea.

A3. El imperio

Organización

Con la caída de Marco Antonio, como consecuencia del triunfo de Octavio, este último obtiene la denominación de Augustus y la obtención a perpetuidad del título de “Imperator” iniciándose en el año 29 a.C. el Imperio Romano. Esta nueva época va a traer consigo grandes avances de todo tipo, desde la división en oriente y occidente del imperio (para facilitar su administración), hasta la incorporación de nuevos derechos para clases que con anterioridad eran desconocidas de tales facultades. Más allá de lo mencionado, con posterioridad el imperio se convirtió en una Monarquía de tipo absolutista, en el orden político sus poderes derivaban de la potestas tribunicia y del imperium preconsular. En cuanto a las funciones judiciales este podía intervenir tanto en cuestiones de índole civil como penal incluso actuaba como tribunal de apelación.

¹⁹ GATICA, Mónica y PÉREZ Álvarez Gonzalo: “Provincialización, corporaciones y política: la Convención Constituyente del Chubut en 1957”. Programa Buenos Aires de Historia Política. Puede verse en: <http://www.historiapolitica.com>. Puede verse desde 2012. Págs. 3 y 4.

Si bien se mantuvieron en un principio ciertas magistraturas de la República estas fueron perdiendo poder a favor del Emperador desde el cónsul, pasando por el senado, los pretores, cuestores, los censores y los ediles ceden facultades a favor del Príncipe (O emperador). Esta circunstancia generó la aparición de nuevas figuras en la administración, que trabajan para el Príncipe pero no poseían el poder de la magistratura incluso eran pagos y su poder era una derivación del poder imperial que poseía el Emperador.

Que los funcionarios públicos fueren pagos (En principio se les pagaba con dinero, pero durante los momentos de crisis se les podía abonar con raciones de comida y forraje para animales) vino a significar una de las grandes diferencias con la República donde los mismos actuaban en el ejercicio de su función de forma gratuita

La absorción de poder por parte del Príncipe no se vio, solo respecto de los funcionarios Romanos, sino que dicha forma de actuar se observa en la concentración que comenzó a implicar el ejercicio de la función pública y se plasmó también en la administración provincial, municipal, civil y militar, generando un nuevo paradigma de responsabilidades para los funcionarios.

Así surgen los prefectos dentro de estos se podía distinguir: “Praefecti praetorio”²⁰(en principio encargados de la guardia imperial para con posterioridad llegar a tener facultades judiciales entiendo como tribunal de alzada en causas civiles y criminales de las provincias); Los “Praefectus Urbis” (tenía a su cargo el control de la ciudad, la persecución de cultos prohibidos, vigilancia de los mercados, jurisdicción civil y penal y la posibilidad de castigar delitos contra la seguridad pública); “Praefectus vigilum” (era el jefe de la guardia policial nocturna que tenía el deber de evitar robos e incendios con autoridad para castigar los delitos contra la seguridad

²⁰ PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo: “Derecho Romano”. Tomo I . Ed. 2ª Tipográfica Editora Argentina. Bs. As. 1966. Pág. 212 y 213.

pública); “Praefectus annonae” (Encargado de la vigilancia a los víveres); “Praefectus aerari” (Encargado de la administración del tesoro público); Prefecto pretorio (funcionario imperial de más alta categoría actuando en toda las ramas que lo hacia el príncipe); “Procuratores” (encargados de la administración de la hacienda pública).

En cuanto al procedimiento se abandono la “coercitio” que poseía el magistrado a través de la “cognitio” extraordinaria culminando así las “quaestiones perpetuae” cambiando el carácter acusatorio a inquisitivo siendo las formas más ágiles. El *ius puniendi* comienza a concentrarse en el Príncipe. Se agrega la figura delictiva del “Concussio” (extorsión por prestaciones indebidas y de favores no debidos mediante amenazas); aumentan las tipificaciones del “*crimen repetundarum*” (como las indebidas concesiones, indebidos privilegios, etc.).

Se comienza a prescindir en la época Imperial de los antiguos presupuesto de la responsabilidad de la República donde la responsabilidad y la sanción estaban justificadas en la “*negligentia*” del funcionario o en los actuantes dolosos, siendo en la época Imperial punible la simple omisión, más allá de su contenido culposo o doloso. Se podría decir que el Código Teodosiano determino la responsabilidad en base a los siguientes criterios: culpa, negligencia, desidia, “*Segnitia*”, desidia. También se determinaron casos de responsabilidad objetiva cuando se cumplían los hechos que el legislador había previsto en la norma, en cuyo caso la pena se aplicaba directamente sin hacer cualquier investigación.²¹

²¹ QUINTANA ORIVE, Elena: “Régimen Jurídico de la Responsabilidad de los Funcionarios en Derecho Romano”. Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Puede verse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=33822>. Desde el año 2013. Págs 92 y 93. “...TRISCIUOGLIO señala que el acto ilícito dañoso realizado por un magistrado en el ejercicio de sus funciones, y perseguido con una acción privada ejercitada por el sujeto lesionado, generaba solamente una responsabilidad del administrador público que realizó el acto sin que concurriese la responsabilidad del “ente público”, ya fuese el *Populus Romanus* o el municipio, en nombre y por cuenta del cual aquel acto se llevó a cabo, y parece coherente con ello el hecho de que la jurisprudencia no encontrase la más mínima huella de una discusión acerca de la responsabilidad del entes públicos por los actos ilícitos cometidos por sus representantes o titulares. Además los romanos ignoraban la teoría de la representación en el ámbito publicístico según la cual el representante-órgano se identificaría

Con respecto a la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios derivada de actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, causantes de algún daño o perjuicio a los ciudadanos, nos encontramos con que en principio no estaban bien divididas las responsabilidades (Penal o civil) que pudiesen haber sido el resultado de un acto ilícito, este razonamiento se deriva de que únicamente un ciudadano perjudicado (o grupo de ellos en el caso de una acción de las que en la actualidad llamaríamos de clase) ejercita a través del procedimiento de la ley una acción privada dirigida exclusivamente a la imposición de una pena pecuniaria con el magistrado causante del daño.

Hay casos sin embargo donde el estado respondía civilmente como por ejemplo cuando se producía una expropiación y el monto de la misma estaba por debajo del verdadero valor venal de la cosa, el ciudadano se veía facultado para exigir el pago del valor real al estado y este debía abonarlo (“Ubi amplior pscitur quantitas”).

Con respecto a la responsabilidad disciplinaria Quintana Orive²², nos comenta que en el bajo imperio se realizó una reorganización de los oficios a cargo de Diocleciano y Constantino otorgándosele un carácter unitario y jerárquico donde el Emperador se encontraba en cabeza del sistema. Esta nueva organización se basaba en la existencia de categorías personales, de esta manera las dignidades se dividieron en cuatro categorías que comportaban títulos honoríficos: a) Ilustres, dentro de los cuales se encontraban los prefectos del pretorio, el prefecto de la ciudad, los “*praepositus sacri cubiculi*” y los “*Magistri militum*”; b) Los “*Spectabiles*”, que eran los

con el ente representado con la consecuencia de que resultase imposible imputar el daño causado por el funcionario que actuaba en nombre y por cuenta de la administración pública. Esto pone en evidencia que la responsabilidad del funcionario público en principio estuviera caracterizada por un fuerte sentido penalístico...”.

²² QUINTANA ORIVE, Elena: “Régimen Jurídico de la Responsabilidad de los Funcionarios en Derecho Romano”. Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Puede verse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=33822>. Desde el año 2013.Pág. 405 y 406.

condes del consistorio y los procónsules; c) “Clarissimi”, integrado por los demás pretores, cuestores y gobernadores de provincia; d) Los “Egregii”, título honorífico que se les daba a los que hubieran desempeñado honorablemente un puesto militar o civil. Otra manera de dividir las dignidades fue en efectivas (siendo aquellas desempeñadas por funcionarios en ejercicio efectivo) y honorarias (aquellas ocupadas con respecto a las vacantes que existían, en cuyo caso el nombramiento lo realizaba el Emperador por un tiempo determinado sin recibir emolumento alguno).

Dentro de esta nueva organización imperaban el deber de obediencia y respeto de los funcionarios inferiores a los superiores “Reverentia” u “honorificentia”. Se observan diversas disposiciones del código Teodosiano y del Código Justiniano castigándose con penas de multa el desacato o desprecio de los funcionarios inferiores.

Los funcionarios públicos gozaban de una jurisdicción especial la “Praescriptio fori”, en donde los altos funcionarios tenían derecho a ser juzgados por el prefecto de la ciudad o en caso de crímenes graves por el “comitatus” o por el emperador.

Por otro lado en las provincias los Gobernadores gozaban de cierta autonomía política y jurisdiccional, en la práctica eran débiles los mecanismo de control ejercidos sobre estos, por la administración central, lo cual generaba grandes situaciones de corrupción puesto eran los encargados de la recaudación de los municipios dentro de su provincia, sin embargo estaban sometidos al contralor del praefecto pretorium (más concretamente los palatinos) enviados por el “comes sacrarum largitionum”.

Otra situación que presentaba ciertas particularidades era la de los municipios quienes a su vez respondían civilmente en aquellas situaciones donde el actuar ilícito de un magistrado hubiera

generado beneficios del algún tipo para el municipio. La responsabilidad de aquellos que estaban encargados de los asuntos municipales era análoga a la de la que se aplicaba en la representación tutelar²³.

Para el ingreso a la función pública debía cumplir ciertos requisitos, como ser la edad, sexo, educación, honestidad y buena fama, origen social, situación económica, vinculación con la religión, el “codicilius”, el juramento, la matrícula, etc. Todos ellos debían cumplirse al momento en el cual el sujeto ingresaba a la misma.

Responsabilidad de los funcionarios por la salida de su cargo

La institución “reddere rationes” implicó la obligación de rendir cuentas de la gestión realizada transmitiendo a sus sucesores todos los documentos y libros de contabilidad que habían llevado en el desempeño de su función, incluso se prohibía el abandono del territorio a aquellos magistrados que no hubieren rendido cuentas de su gestión. (ej. La “Lex Lulia Repetundarum” obligaba al gobernador a depositar dos copias de la contabilidad referente a su gestión en dos ciudades de la provincia y presentar una tercera en el “aerarium” de Roma). A efecto de llevar adelante la rendición de cuentas se solían nombrar magistrados que se encargaban de revisar en el plazo de un mes la rendición de cuentas de quienes habían salido de la función.²⁴

Esta obligación encontraba su fuente en la obligación que tenía el tutor respecto del impúber.

La falta de cumplimiento de esta obligación o la adulteración de las cuentas a rendir podía tener grandes implicancias, puesto en el caso de otorgamientos injustificado de créditos o

²³ QUINTANA ORIVE, Elena: “Régimen Jurídico de la Responsabilidad de los Funcionarios en Derecho Romano”. Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Puede verse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=33822>. Desde el año 2013. Pág. 153.

²⁴ ROSSETTI, Luigi: “Le magistrature nell’Atene classica. Forme di controllo e forme di responsabilità”, en L’educazione giuridica” IV. Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi. Tomo 1. Profili storici. La tradizione italiana, Perugia, 1981, p. 2.

arrendamientos de cosas públicas efectuados de forma no clara se permitía observar como el sujeto que rendía la cuenta configuraba el delito de “Peculatus”. Las cuentas públicas incluso podían inspeccionar en un plazo de veinte años incluso cuando fallecía el funcionario podían ser investigados sus herederos –estos en el plazo de diez años- vencidos dichos plazos operaba la prescripción de la acción.

De forma conjunta con la obligación de rendir cuentas, el funcionario debía permanecer cincuenta días (tiempo prudencial) en la Provincia o Localidad en la que había actuado con la finalidad de hacerse responsable de alguna acusación (recordemos que en el imperio podía realizarse por cualquier persona) respecto a malversación de fondos públicos de forma conjunta con la entrega de los bienes que correspondían al tesoro si esto hubiere sido necesario. En caso de tener al acusado como culpable este debía entregar el cuádruplo de lo que hubiere robado, la mitad de eso iba destinado al fisco mientras que la otra mitad se debía entregar al ciudadano perjudicado.

En el caso de que el magistrado incumpliere con la obligación de permanencia se le juzgaba con una multa de cincuenta libras de oro que debería pagar al fisco.

B. Responsabilidad en la Ley de Indias. Apreciaciones generales.

El derecho Romano continúa no solo en Europa (a través de la legislación de Castilla)²⁵, sino que también es receptado por las leyes de indias²⁶.

²⁵ QUINTANA ORIVE, Elena: “Régimen Jurídico de la Responsabilidad de los Funcionarios en Derecho Romano”. Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Puede verse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=33822>. Desde el año 2013. Pág. 676 y 677.

²⁶ MARTIRÉ, Eduardo: “Las audiencias y la Administración de Justicia en las Indias. Del iudex perfectus al iudex solutus”. Editorial Histórica Emilio J. Perrot. 2 ed. Bs. As. 2009. Pág. 64 y 65. “... la implantación del sistema Audiencial en Indias significó ni más ni menos que extender a estos nuevos territorios de la Corona de Castilla su propio ordo iudiciario. Como bien se dice en una obra clásica para la materia, con las Ordenanzas para las Audiencias de Indias que eran en substancia el ordenamiento vigente para las Chancillerías de Valladolid y Granada, “España implementó en América las instituciones de Castilla, aprovechando los adelantos y fundamentos de la Ciencia del Derecho de de entonces”. De manera que las consideraciones

Ahora bien, conviene aclarar que si bien en principio se utilizó como columna vertebral la legislación de Castilla, los reyes debieron adaptar la normativa existente a las particularidades que surgían en lo que en aquel entonces era conocido como las “indias occidentales”, de esta manera se ve en la práctica jurídica como el Rey-legislador debe adecuar normativamente las circunstancias fácticas que acontecían, para brindar una solución a los conflictos que se presentaran del otro lado del mundo (Con las particularidades que ello implicaba como consecuencia de las características socioculturales del lugar). Se van a ir generando ciertos parámetros básicos que van a ser receptados por la legislación de Indias (Recopilaciones) y dentro de los cuales podemos nombrar a modo ejemplificativo los siguientes: El Rey mantiene un sistema de control de la actuación administrativa, el cual se plasma a través de las posibles denuncias que efectuaren los oficiales, superiores, allegados o ciudadanos o por el envío de oficiales –Pesquisadores, veedores y visitadores²⁷- encargados en la materia (control de los administradores).

Todos los funcionarios estaban obligados a rendir cuentas de su gestión a través del Juicio de residencia. Se castigaba con penas severas delitos como la traición, la apropiación de dinero público, el delito de falsedad, la aceptación de regalos, la celebración de contratos privados con los mismos por sí o por persona interpuesta, también se castigaba la negligencia la falta del

expresadas sobre los altos tribunales de justicia europeos y por ende castellanos, se pueden aplicar sin esfuerzo a los de las indias.”.

²⁷ DONOSO ANES, Alberto “Organización y Funcionamiento Administrativo y Contable de la Real Hacienda de Indias en Tiempo de los Austrias a la luz de la Legislación Aplicable”. De Computis “Revista Española de Historia de la Contabilidad”. Universidad de Sevilla. Puede verse en: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/17903/file_1.pdf;jsessionid=1E80DF6D118299C0C53F001F25ADF804?sequence=1. Desde el año: 2008.Pág.8. “Ya, desde los primeros viajes que se realizaron, se enviaron a los Oficiales Reales - Contador, Tesorero, Factor y Veedor- que constituirían la base sobre la que iba a descansar toda la organización burocrática de la Real Hacienda en los territorios indios¹³. Tal y como Haring (1957, p.5) indica, "Surge una real agencia del fisco constituida por un tesorero, un contador y un factor, o gerente de negocios, y a veces un veedor, o inspector de minas; tres o cuatro oficiales conocidos específicamente como Oficiales Reales, extremadamente importantes desde el punto de vista de la Corona, pues son ellos el canal a través del cual aquélla recogerá y percibirá sus rentas en América".

rendimiento y el ausentismo, incluso los funcionarios respondían civilmente por los daños que hubieren causado quienes se encontraban bajo su jerarquía en el ejercicio de las funciones atribuidas²⁸.

En rasgos generales (hasta las dinastías borbónicas que llevaron adelante la centralización de la administración) podemos decir que los funcionarios en las “Indias Occidentales” se clasificaban en Virreyes, Audiencias, Gobernadores, Capitanes Generales, Justicias Mayores, Cabildos, todos ellos actúan según nos menciona Lascano²⁹ bajo 4 principios rectores: 1) La designación del funcionario en principio correspondía al Rey; 2) Existía una comunicación directa con el Rey (saltado incluso Jerarquías); 3) La suplicación, el funcionario al recibir la normativa –Ley, resolución, cédula real, etc.- tenía la facultad de incumplir la norma solicitando al Rey que la modificase a fin de adaptarla a las circunstancias vigentes; 4) Acumulación funciones, sobre un mismo funcionario podían recaer varios puestos, así un Virrey podía a su vez ser Gobernador de una determinada porción de territorio.

B1. Las visitas. Las pesquisas y el Juicio de residencia.

En cuanto a las pesquisas, actuación de corte netamente judicial, que se daba al observar alguna irregularidad y a cargo de la cual se encontraba un Juez Pesquisidor –Juez de Comisión- que se encargaba de elaborar el proceso y presentarlo frente a la audiencia.

Las visitas

La Visita tenía caracteres de investigación y se daba cuando se suscitaba una situación delicada sin que sea necesaria la presencia de alguna irregularidad. La misma podía ser solicitada por el

²⁸ QUINTANA ORIVE, Elena: “Acerca de la recepción del Derecho Romano en las Partidas de Alfonso X el Sabio en materia de responsabilidad de los oficiales públicos en la Baja Edad Media. Precedentes romanos del “Juicio de Residencia”. Ed. Revue Internationale des droits de l’antiquité. N°59. Bélgica. Año 2012. Págs. 355 a 373

²⁹ LASCANO, Julio R. “Atribuciones, Conducta y Control de los Funcionarios Públicos en la Época Hispánica”. Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.1990. Pág. 89 y 90.

Rey, Virrey o la audiencia. Eran realizadas por un Visitador quien cobraba sus honorarios mientras dure su actuación. Este procedimiento era de tipo secreto (para que el visitado no disimulara sus excesos), era el consejo de indias el encargado de solicitarla, formando previamente una lista con los posibles visitadores (estos eran seleccionados con la anuencia del monarca). El visitador (que podía actuar de forma individual o acompañado de escribanos o contadores, según fuere el motivo de la visita) debía contar con las instrucciones en las cuales iba a fundar su actuar de forma conjunta con los datos personales del visitado, incluso llegado el caso se lo podía autorizar a la suspensión en el cargo. Una vez que el visitador presentaba el expediente de la visita al Concejo de Indias, estos dictaban la sentencia sin posibilidad de apelación.

El Juicio de Residencia

Al finalizar un funcionario³⁰ el ejercicio de sus actividades, este debía someterse al juicio de residencia con la finalidad de rendir cuentas respecto de su gestión. El proceso se daba en cuatro fases: 1) las pesquisas secretas; 2) los capítulos; 3) Las demandas; 4) Las querellas. Era un proceso breve que duraba cincuenta días aproximadamente³¹.

En cuanto al desarrollo del proceso, podemos decir, que el juez llevaba adelante pedidos de informes a distintas instituciones coloniales y revisaba los libros de la Real Hacienda local y del Cabildo (las acusaciones anónimas eran desechadas puesto eran muy difíciles de probar los extremos alegados en las mismas). Después de realizar las averiguaciones, el juez comenzaba a

³⁰ Debían comparecer todos los funcionarios coloniales virreyes, gobernadores, intendentes, corregidores, oidores, fiscales, alcaldes, alguaciles, etc. Era necesario tener sentencia favorable incluso para acceder a un nuevo cargo.

³¹ ANGELI, Sergio: "El Juicio de Residencia: documento inicial para la reconstrucción de la vida social y profesional de los oidores americanos (siglo XVI-XVIII)". Revista electrónica de Fuentes y Archivos. Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S.A. Segreti". Núm. 3. Córdoba, 2012. Págs. 185 y 186.

citar a los testigos (estos no debían ser enemigos del residenciado ni que hubieran recibido castigo por parte del funcionario. Los funcionarios entregan listas de personas que tenían animosidad contra ellos a fin de que fueran recusados). Los testigos debían brindar declaraciones concretas. La cantidad de testigos no estaba determinada, quedando esta al arbitrio de cada juez. Una vez que terminaba la averiguación secreta, se entregaban los cargos al residenciado y este presentaba contra estos su defensa. La acusación debía redactarse en lenguaje moderado debiendo ser esta concreta y detallada.

La segunda parte si se quiere consistía en una actividad pública, en donde el pueblo –en términos generales- podía interponer capítulos contra el residenciado (a diferencia de la etapa secreta no era necesario haber sido perjudicado por el residenciado).

Con toda la información recolectada el juez estaba facultado para dictar la sentencia, esta última debía determinar si el magistrado había obrado bien dentro del ejercicio de sus funciones. Es así, como la culpabilidad debía determinarse a partir de las informaciones recolectadas. Una vez que se anoticiaba al imputado del resultado de la sentencia, el juez debía enviar una copia de lo actuado al consejo de indias cerrando el caso.

La Provincia de Chubut, adopta los principios marcados por el Derecho Romano, para los funcionarios en las provincias y municipios (Donde se los obligaba a permanecer en el lugar de las funciones por un período no menor a 50 días), al igual que de Las Partidas de Indias y las plasma en su Constitución Provincial en el art. 154 donde se establece un plazo no menor a 3 meses³² (Norma que es ampliada por la LEY I- N° 231 -Antes Ley 4816- “Ética en la Función

³² Art. 154. C.P.CH.- El Gobernador y el Vicegobernador no podrán ausentarse de la Provincia sin autorización de la Legislatura, hasta tres meses después de haber terminado su mandato.

Pública” en donde se reconoce a través de sus arts. 37³³ la imposibilidad de ausentarse por más de 4 meses apenas culminada la función y en el art. 38³⁴ del mismo plexo normativo, la obligación de llevar adelante una revisión de la gestión realizada por el funcionario). Es así, como podemos observar que principios jurídicos al igual que instituciones que tuvieron sus inicios en el Derecho Romano, trascendieron al Derecho Hispánico para ser receptados por el Derecho Patrio y culminar en las normativas existente tanto a nivel de la Constitución Provincial como aquella normativa de rango inferior.

C. Responsabilidad en la Constitución Nacional de 1853 en confrontación a la Constitución Provincial de 1957

Sabido es que previo a la existencia del Estado Nacional se encontraban las Provincias (14 en total), primando en nuestra incipiente nación una amplia cantidad de normativa de índole Provincial, que tenía como finalidad administrar, sancionar, etc. las responsabilidades que pudieran llegar a surgir, pero sobre todo estas, iban dirigidas a contener el poder, la paz social y mantener la armonía³⁵ de la organización caudillesca.

La obra “Bases y Puntos de Partida Para la Organización Política de la República Argentina”- Juan Bautista Alberdi- fue uno de los pilares que se tomó en cuenta de forma conjunta con su proyecto de constitución para la sanción de la Norma Suprema en 1853, vino a significar un nuevo sistema que se estaba abriendo camino implicaba no solo la unión Nacional bajo un mismo manto de derechos, deberes y garantías, sino que traía consigo una nueva organización estatal, es

³³ Art. 37. LEY I- N° 231.- PROHIBICIÓN DE AUSENTARSE. Los funcionarios enunciados en el Artículo 16° no podrán cambiar de residencia en la provincia, hasta cuatro (4) meses de terminadas sus funciones.

³⁴ Art. 38. LEY I- N° 231.- REVISIÓN DE LA GESTIÓN. En dicho período podrá revisarse, por los órganos que ejercen el control posterior, la gestión llevada a cabo por el funcionario.

³⁵ LEVAGGI, Abelardo “Historia del Derecho Penal Argentino. Facultad de Derechos y Ciencias Sociales. Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Lecciones de Historia Jurídica IV”.Editorial Perrot. Bs.As.1978. Pág.118.

así como las provincias preexistentes al estado Nacional, delegaban en aquél facultades y competencias, con la finalidad de propender la existencia de este último. A partir de esta nueva organización concebida como República Federal, es donde van a comenzar a surgir los contenidos vinculados a la Responsabilidad del Funcionario Público³⁶, entendida esta, como uno de los institutos integrantes de la organización Republicana.

En el propio proyecto constitucional de Alberdi (que si bien se hace mención en principio en el art. 4³⁷ a la forma republicana de gobierno) en su art. 29³⁸ es donde hace expresa mención a la responsabilidad que acarrea el incumplimiento a las pautas de la Constitución. Ahora bien, de la constitución de 1853, solo se puede extraer como principios de Responsabilidad del Funcionario Públicos lo establecido por el Art. 1 (en donde se hace mención al concepto de República), lo establecido por los Arts. 15 y 16 CN en cuanto a las reprimendas de la venta de personas e incluso a la idoneidad para el cargo y específicamente el art. 29³⁹, este último (que se mantiene en igual redacción en la actualidad) iba dirigido a impedir los poderes despóticos que en la antigüedad se habían personificado en Juan Manuel de Rosas (es menester recordar que su tiranía fue motivo del exilio de Alberdi), al respecto el jurista escribiría: “La responsabilidad de los mandatarios es otro rasgo esencial del gobierno libre. Rosas se conservaría hasta hoy día de

³⁶ ALBERDI, Juan Bautista “Bases y puntos de Partida Para la Organización Política de la República Argentina. Estudio preliminar Gustavo Varela”. Ediciones Terramar. Bs. As. 2009. Pág.97. “la Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez. Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar y escamotear las libertades y garantías constitucionales”.

³⁷ ALBERDI, Juan Bautista “Bases y puntos de Partida Para la Organización Política de la República Argentina. Estudio preliminar Gustavo Varela”. Ediciones Terramar. Bs. As. 2009. Pág.233. “Art. 4º- La confederación garantiza a las provincias el sistema republicano, la integridad de su territorio, su soberanía y su paz interior”.

³⁸ ALBERDI, Juan Bautista “Bases y puntos de Partida Para la Organización Política de la República Argentina. Estudio preliminar Gustavo Varela”. Ediciones Terramar. Bs. As. 2009. Pág.237. “Art. 29º- El Presidente, los ministros y los miembros del Congreso pueden ser acusados por haber dejado sin ejecución las promesas de la Constitución en el término fijado por ella, por haber comprometido y frustrado el progreso de la República. Puede serlo igualmente por los crímenes de traición, concusión, dilapidación y violación de la Constitución y de las leyes”.

³⁹ Art. 29 CN. “El congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincias, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”. De forma concordante véase los arts. 227 y 227 bis del Código Penal Argentino.

gobernador de Buenos Aires, justificando en todos sus actos si no le hubiesen derrocado un ejército aliado de las provincias contra la resistencia de un ejército salido de Buenos Aires. La legislatura de esa provincia sancionó y legalizó la tiranía de Rosas, año por año, durante un quinto de siglo; y rehusó treinta y cuatro veces admitir la renuncia que hizo el tirano de su poder despótico. Pues bien: ni hoy mismo se le ocurre a nadie en Buenos Aires que esa legislatura sea responsable de las violencias que legalizó”⁴⁰.

Las provincias a través del nuevo texto constitucional, debían mantener los principios establecidos en la norma suprema de forma conjunta con su declaración de derechos y Garantías (Art. 5, 101, 102,103 y 105 -según CN 1853-). Es así, como se aplica el sistema piramidal establecido por el Art. 31 CN. Las Provincias en este nuevo esquema constitucional deben respetar los parámetros establecidos por la Constitución Nacional y en base a ellos dictar sus propias constituciones y normativa de índole inferior. Vemos como en todos los casos, la responsabilidad del funcionario Público va a surgir en principio del concepto de República (este instaurado en aquel, como una limitación a las facultades despóticas que poseían los Monarcas absolutistas, sus nobles y funcionarios subordinados)⁴¹.

Por aquellas épocas se consideraba que el Estado era irresponsable, ósea debía entenderse que el mismo carecía de cualquier tipo de responsabilidad, no fue sino a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que comenzó a hablarse de la responsabilidad estatal en

⁴⁰ ALBERDI, Juan Bautista “Bases y puntos de Partida Para la Organización Política de la República Argentina. Estudio preliminar Gustavo Varela”. Ediciones Terramar. Bs. As. 2009. Pág.167.

⁴¹ ALBERDI, Juan Bautista “Derecho Público Provincial”. Editorial Universidad de Buenos Aires. Bs. As. 1956. Págs.100 y 101. “La responsabilidad de los encargados de todo poder público es otro medio de prevenir sus abusos. Todo el que es depositario o delegatario de una parte de la soberanía popular debe ser responsable de infidelidad o abusos cometidos en su ejercicio. Para que la responsabilidad sea un hecho verdadero y no una palabra mentirosa, debe estar determinada por ley con toda precisión”.

numerosos precedentes⁴², para que luego se hiciera normativamente una posibilidad. Se comienza a fundar la responsabilidad del estado en los Arts. 14 y 17 CN que garantizan la inviolabilidad del derecho de Propiedad, el Art. 16 CN que consagra el principio de igualdad en las cargas Públicas, el art. 19 (*Alterum non laedere*)⁴³, el art. 28 CN (Principio de Razonabilidad) y el Art. 116 CN.

La primera Constitución de la Provincia de Chubut entró en vigencia el 30 de Noviembre de 1957, esto es, ciento cuatro años después de haberse sancionado la Constitución Nacional. La norma suprema Provincial, contiene varios artículos de su plexo normativo haciendo referencia directa a la Responsabilidad del Funcionario Público, entendida esta como un garantía para el habitante de la Provincia de Chubut, respecto a la tutela de sus derechos y garantías, como del erario público que estuviere en administración. Así es como desde el preámbulo de la primigenia constitución provincial pasando por los Arts. 1⁴⁴, 20⁴⁵, 109⁴⁶, 152⁴⁷, 162⁴⁸ y normativa complementaria dictada en el año posterior -1958-. De esta manera, con más de cien años de diferencia, se ve un avance trascendental en lo que respecta a la Responsabilidad y la mención

⁴² PERRINO, Pablo Esteban “La Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2015. Pág. 13. “El principio de inmunidad del soberano, además de limitar el reconocimiento de la responsabilidad estatal, impidió la demandabilidad del Estado Nacional ante la Justicia Federal. A raíz de dicho principio la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los pronunciamientos dictamos en los casos “Seste, Vicente y Seguich, Antonio”, El 29/9/1864 (Fallo 1:317) y “Gómez, José Cándido”, el 1/6/1865 (Fallo 2:36) sostuvo que para demandar al Estado Nacional era preciso obtener su consentimiento mediante el dictado de una ley del congreso (Venía Legislativa). En el año 1900 mediante la ley 3952 se eliminó tal requisito y se lo sustituyó por la exigencia de un reclamo administrativo previa a la promoción del pleito (Art.1º). Debido a la interpretación restrictiva de la ley se descartó su aplicación a los casos en que el estado actuaba como “poder público”. Por tal razón en el año 1934 a través de la ley 11.634 se modificó la ley 3952 y se estableció la aplicación del recaudo del reclamo previo para cualquier tipo de pleito tanto cuando obraba en “su condición de persona jurídica” como “de derecho público”.”

⁴³ Fallos: 308:1118; 320:1996; 325:11, etc.

⁴⁴ Art. 1.CPCh. -1957- “ La Provincia del Chubut, como parte integrante de la República Argentina, de acuerdo con el régimen federal de la Constitución Nacional, que es su ley suprema, organiza su gobierno bajo la forma republicana representativa y tiene el libre ejercicio de todos sus poderes y derechos que no hayan sido delegados al Gobierno Nacional”.

⁴⁵ Art. 20.CPCh.-1957- “Todo empleado o funcionario público a quien se le impute delitos en el ejercicio de sus funciones o faltas que afecten su actuación pública, estará obligado a acusar para vindicarse. Gozará del beneficio del proceso gratuito”.

⁴⁶ Art. 109.CPCh.-1957-“Los recursos que se destinen para la educación no podrán invertirse en otros objetos, bajo pena de destitución y la que corresponda por malversación de caudales públicos...”.

⁴⁷ Art. 152. CPCh.-1957-“... Serán responsables de todas las órdenes y resoluciones que autoricen, sin que puedan eximirse de responsabilidad por haber procedido en virtud de orden del Gobernador.

⁴⁸ Art. 162. CPCh.-1957- “Todo Funcionario que maneje bienes del patrimonio público o pueda disponer de ellos, deberá, por lo menos semestralmente, prestar rendición ante el Tribunal de Cuentas”.

dentro de los textos constitucionales de los perjuicios que el incumplimiento de dichos principios puede acarrear a quien los realice.

Claramente se puede observar como desde el inicio de los tiempos y sobre todo durante el período del Derecho Romano, la Responsabilidad del Funcionario Público o de quien administra o se vincula con bienes estatales está presente en diversas normativas y esferas. Puede incluso verse como avanza la técnica jurídica y los ámbitos obligacionales para los Funcionarios pero en el fondo no son más que un espejo de lo que primigeniamente fueron las normas establecidas por la sociedad Romana.

Capítulo II

La responsabilidad del Funcionario Público en Nación

2.1. Noción de funcionario Público

Para desarrollar de forma correcta un tema, en principio debemos demarcarlo y para ello es preciso conceptualizarlo, esto quiere decir, que a través de su concepto obtendremos la delimitación del tema y hacia donde queremos dirigirnos con su desarrollo.

En lo que respecta al concepto de Funcionario Público, como vimos en la parte histórica el concepto surge hace larga data, si bien no lo encontramos descrito como lo conocemos en la actualidad ya que durante la vigencia del Derecho Romano en la etapa del Derechos regio y republicano el mismo no existía, siendo equiparable conceptualmente al Funcionario Público (como lo utilizamos en la actualidad) el término “Magistrado” o “Magistratus”⁴⁹, es recién durante el imperio que se comienza a utilizar el vocablo “Functio” para asimilarlo al sujeto que realizaba actividades vinculadas a la cosa pública.

Etimológicamente el término “Funcionario” como lo usamos en la actualidad, podemos decir que proviene del Derecho Francés “Fonctionnaire” entendido este como toda persona que realiza una función pública.

⁴⁹ QUINTANA ORIVE, Elena “Régimen Jurídico de la Responsabilidad de los Funcionarios en Derecho Romano”. Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Puede verse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=33822>. Desde el año 2013. Págs. 25 y 26.

Una vez dicho esto conviene decir que la determinación del término y sus antecedentes históricos sumados a la variada doctrina existente sobre el tema permite llegar a la conclusión que estamos en presencia de un concepto discutido doctrinariamente de forma amplia, todo ello en virtud de las consecuencias que puede acarrear quedar o no comprendido dentro del concepto mencionado. Así se han suscitado los más grandes debates sobre todo respecto a si convendría o no distinguir entre Funcionario y Empleado Público teniendo en consideración el tipo de actuación a realizar o el sueldo a cobrar o las obligaciones o deberes que recaigan sobre los mismos.

Desde mi punto de vista, considero zanjada la cuestión terminológica y adhiero a los conceptos vertidos por Tomás Hutchinson, quien da un concepto amplio entendiendo como Funcionario Público a “todas las personas que realicen o contribuyan a que se realicen funciones administrativas”⁵⁰, en una conceptualización similar pareciera incurrir Gordillo⁵¹, en donde se deja de lado el aspecto vinculado a la designación, modalidad de contratación, montos que percibiére, obligaciones y deberes a su cargo, etc, en el mismo orden de ideas parece inmiscuirse Andrada⁵² haciendo específica mención en su obra a la “Convención Interamericana con la

⁵⁰ ROSATTI, Horacio “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegético”. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 2014. Pág. 283.

⁵¹ GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: La responsabilidad del estado. Cap. XVI”. 1a ed. Fundación de Derecho Administrativo. Bs. As. 2013. Págs 546 y 547.

⁵² ANDRADA, Alejandro Dalmacio “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2017. Págs. 229 y 230: “En la Convención Interamericana Contra la Corrupción, a la cual ya se encontraba adherido nuestro país por la ley 24.759, se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Son Funcionarios y agentes públicos a los efectos del art.9 de la LRE todas las personas humanas que en forma permanente o accidental, gratuita o remunerada ejercen una función o un empleo estatal”.

Corrupción”, a su vez Perrino⁵³ se enrola en una postura similar por último el Art. 77 del Código Penal⁵⁴.

Podría decirse que con este concepto, se genera cierta equiparación al Derecho Consumeril a través del cual, se determina la aplicación de la normativa (Ley 24.240) no al sujeto, sino a la relación jurídica que vincula al sujeto activo con el pasivo, esto es a la relación de consumo (Art. 3 Ley 24.240). Una vez dicho esto y extrapolando la situaciones correspondería entender que lo importante es la existencia de una Función Administrativa y así, el sujeto que realiza tal función detentara la calidad de Funcionario Público, con las responsabilidades que ello acarrea.

No es de importancia, que la función sea realizada de manera gratuita o remunerada, voluntariamente o no (omisión), de forma contractual o no contractual (de iure o de facto), habiendo accedido al cargo a través de una elección popular o un concurso público.

2.2. ¿A quienes se aplica la ley 26.944? ¿Cuál es su Jurisdicción y Competencia?

Ley 26.944 en el art. 9 establece lo siguiente: “La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o

⁵³ PERRINO, Pablo Esteban “La Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2015. Pág 223: “Según hemos destacado la norma utiliza los vocablos funcionarios y agentes públicos sin mayores precisiones, por lo que cabe entender que están alcanzados por aquella todos los sujetos que trabajan o prestan funciones para el Estado, en forma remunerada o gratuita, de modo permanente o accidental, de iure o de facto, que hayan accedido al cargo por elección popular o nombramiento de autoridad competente, sin importar su jerarquía”.

⁵⁴ Art. 77. Código Penal: “Por los términos “Funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”.

En principio se puede inferir que se aplicaría a los funcionarios públicos cuya actuación corresponda al índole Federal/ Nacional siendo ellos, Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete y Ministros secretarios de Estado directores, integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad federales, funcionarios y empleados de entes autárquicos y descentralizados, Empleados e integrantes de Universidades Nacionales. En orden al poder Legislativo estarían abarcados por la norma los Senadores y Diputados Nacionales de forma conjunta con los funcionarios y empleados del poder legislativo nacional. Por último y con respecto al Poder Judicial Nacional, abarcaría a los magistrados y sus funcionarios y nuevamente de forma conjunta los empleados judiciales (No ingresarían dentro del régimen, por no ser considerados funcionarios públicos los síndicos⁵⁵ designados en concurso preventivo). En fin se podría decir que todos aquellos que se desempeñan una FUNCIÓN ADMINISTRATIVA O COADYUDAN A DESEMPEÑARLA en la administración pública centralizada y descentralizada a nivel federal.

Incluso se podría decir que sería factible de aplicar la presente normativa en la índole Provincial siempre y cuando cada Estado Provincial adhiera a la presente Ley a través de una norma sancionada por su legislatura, e incluso están facultadas las provincias a regular todo aquello vinculado a la responsabilidad de sus funcionarios públicos por expresa autorización de la Constitución Nacional, quien en su Art. 121 (Ex 104) faculta a las mismas, en virtud de considerarla una facultad no delegada a la Nación. Siguiendo este orden de ideas el Art. 122 de la Norma Suprema faculta a las Provincias a darse sus propias instituciones locales (siempre y cuando estén en consonancia con el sistema republicano, representativo y federal –Art. 5 CN-).

⁵⁵ Fallos: 326:4445.

En cuanto a la jurisdicción y competencia, en principio podemos decir, que según surge del juego del Art. 9 de la Ley 26.944 con el Art. 1766⁵⁶ del Código Civil y Comercial de la Nación, correspondería en principio Juzgar los hechos realizados por los funcionarios Públicos federales en los Juzgados Contenciosos Administrativos Federales⁵⁷, que tengan competencia territorial en el lugar en el cual se haya practicado la “FUNCIÓN ADMINISTRATIVA” (puesto como se verá más adelante previo al inicio de un reclamo habrá que analizar si corresponde algún tipo de impugnación del acto administrativo⁵⁸ o si esta debe requerirse con la propia demanda según sea el caso, esto es sin impugnación en sede administrativa).

Por otro lado LAS NORMAS en cuestión, pretenden dejar en claro que los principios establecidos por el Código Civil y Comercial no serán de aplicación a los casos de responsabilidad que se ventilen respecto de Funcionarios Públicos Federales, dicho sea de paso se reenvía a la aplicación de los regímenes locales⁵⁹ (o nacionales según sea el caso), en cuyo caso, conviene aclarar que comienzan a suscitarse los inconvenientes propio de un orden normativo que lejos de aclarar y mejorar un régimen jurídico preexistente (Como lo era el de la Responsabilidad del Funcionario Público) viene a generar mayores dudas y desencuentros con la normativa Constitucional, así es como nos encontramos en presencia de una falta de regulación

⁵⁶ Art. 1766. CCyC: “Responsabilidad del Funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”.

⁵⁷ Ello con la finalidad de seguir el espíritu de la Ley 26.944, pero el caso no está resuelto por la doctrina ni la jurisprudencia, ya que se presentan conflictos de competencia variados, así por ejemplo en el fallo de la Cámara Civil y Comercial de la Capital Federal “Uriburu de Aldao” se entendió que en materia de servicios públicos todo aquello que se vinculara con la prestación de los mismos era competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por otro lado en las pretensiones resarcitorias por los perjuicios sufridos en el atentado a la Amia se determinó que la competencia en razón de la materia correspondía a la Justicia Civil (Fallos:320:1999).

⁵⁸ MERTEHIKIAN, Eduardo “La Impugnación Judicial de los Actos Contractuales”. Revista ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos. Nro. 347. Bs. As. 2015. Pág.553.

⁵⁹ En autos “Liberti, Atilio César (Suc)” CSJN, Fallos 235:571 del 10/08/1956, la corte **ah** establecido de antaño que no basta para apelar a la autonomía del derecho público para desconocer la uniformidad de la legislación de fondo, obtenida como una facultad propia que la Constitución Nacional otorga al Poder Legislativo en los términos del art. 75 inc. 12.

total en el Derecho Público respecto de la responsabilidad del Estado y sobre todo en el ámbito extracontractual (esto en referencia a la determinación y cuantificación del daño resarcible, relación de causalidad, factor de atribución, extensión del resarcimiento, riesgo o vicio de la cosa, legitimación, hecho de un tercero, relación entre la acción civil y la penal, etc.) en postura similar se enrola gran parte de la doctrina, es así como Pizzaro nos dice: *“Nosotros creemos que el derecho público provincial no puede establecer normas que regulen la responsabilidad por daños del Estado, particularmente en materia extracontractual, sobre la base de parámetros resarcitorios más laxos que los establecidos en el derecho de fondo, so riesgo de incurrir en notoria inconstitucionalidad”*⁶⁰.

Ahora bien, en cuanto a la sustanciación de la demanda, conviene mencionar al respecto ciertas cuestiones previas a tratar, en principio de existir un acto administrativo reprochable habrá que impugnar⁶¹ el mismo a través de la vía administrativa en dicha sede, puesto la firmeza del acto conlleva la imposibilidad de requerir el cumplimiento de la pretensión resarcitoria e incluso llegaría a entenderse como una aceptación del mismo, al gozar estos de la presunción de legitimidad en los términos del Art. 12 Ley 19.549, distinto es el caso en el cual estemos en presencia de responsabilidad extracontractual en cuyo caso de conformidad a lo establecido por el art. 8 de la Ley 26.944 (se puede pedir la nulidad del acto sin necesidad de agotar la vía con más los daños y perjuicios) e incluso lo determinado a través de la conjugación de los arts. 30, 31 y 32

⁶⁰ PIZZARO, 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”. Publicado en: LA LEY 16/09/2013. Cita Online: AR/DOC/2710/2013. Pág.3.

⁶¹ ANDRADA, Alejandro Dalmacio “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2017. Pág. 278.

de la Ley 19.549 que se condice con lo dictaminado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el conocido plenario “Petracca”⁶².

Por otro lado no existe consenso en si debe demandarse de forma conjunta al Estado y al Funcionario y este –el estado- a su vez una vez condenado deba accionar nuevamente contra el Funcionario (Todo ello en el hipotético caso de una falta personal), en cuyo caso tendría tres (3) años para iniciar las acciones correspondientes (Art. 9 26.944). Es así como Herrera⁶³ nos manifiesta el posible abanico de opciones respecto de las cuales el actor deberá decidir: “1) *Demanda exclusiva al Estado, para lo cual iniciará posteriormente otro juicio o lo traerá al proceso, contra el funcionario en caso de entenderlo incurso en “dolo” o “culpa”, o podrá iniciar un procedimiento administrativo de recupero de perjuicios, en el caso de que no hubieran actuado con “dolo” o “culpa” pero su actividad generó daños al erario público (en el ámbito federal la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y en el ámbito de la Pcia. De Bs. As. La ley 13.767 de Administración Financiera); 2) Demanda contra el Estado y contra el funcionario. Su responsabilidad es concurrente y, por lo tanto, el juez determinará la incidencia de uno y otro en el daño; 3) demanda exclusivamente al funcionario, acreditando su dolo o culpa en la sentencia, no tendrá acción alguna contra el Estado”.*

2.3. ¿Qué tipo de conductas (omisión y deber de actuar) regula la ley 26.944 respecto de los funcionarios públicos?

Como puede advertirse del propio Art. 9 Ley 26.944 que pregona “ La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una

⁶² “Petracca e Hijos SA y otros c. Gobierno Nacional. Ente Autárquico Mundial 78”, Pronunciamiento del 24 de Abril de 1986, LA LEY, 196-D, 10.

⁶³ HERRERA, Carlos A. “La Responsabilidad del Funcionario Público, Conforme la Ley de Responsabilidad de Estado y el Código Civil y Comercial”. Publicado en: RCCyC 2018 (agosto). Cita Online: AR/DOC/579/2018. Pág.8.

manera irregular, incurriendo en culpa o dolo las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen...”.

La Ley 26.944, se aplicará al funcionario, cuando este, actuando como órgano del Estado (en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas) a través de un actuar doloso/culposo (ósea de manera “irregular”) genere u omita un acto que conlleve perjuicios para con un sujeto de derecho determinado o determinable.

Para la determinación del daño debe seguirse un criterio objetivo (por estar la actividad dentro de las funciones que le corresponden sean estas regladas o no) y no subjetivo (por la condición de funcionario que reviste el sujeto).

Cabe resaltar, que la actividad (tanto de acción como de omisión) debe sustanciarse en “*el ejercicio de las funciones o en ocasión de ellas*” no bastando para su determinación una mera relación de tiempo y lugar, sino que la actuación lesiva se haya producido dentro del marco legítimo o aparente de las funciones⁶⁴. Es así, como hay que observar y tener presente la existencia exterior del acto o hecho de su orientación hacia un fin estatal, esto quiere decir interpretar objetivamente los hechos o actos como se presentan y que ellos mismos estén vinculados a actividades estatales en ejercicio o en ocasión de las funciones. Respecto al tema y en palabras de Andrada⁶⁵ se dijo que: “*A ese respecto, se han vertido dos opiniones. Un criterio subjetivo que manda examinar la voluntad o la intención del empleado, un criterio objetivo de acuerdo con el cual lo que hay que ver es la reconocibilidad externa, los caracteres con que se presenta objetivamente el acto o hecho, opinión esta última que es mayoritaria.*”.

⁶⁴ Conf. GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. FDA. Bs. As. 2013 T°I, cap. XII. Págs 3, 4 y 5.

⁶⁵ ANDRADA, Alejandro Dalmacio “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2017. Pág. 233.

Por otro lado, claro está, que para poder desarrollar una TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD, como se pretende (y de conformidad lo vengo sustentando a lo largo del presente) debemos recurrir al sistema de Responsabilidad del Código Civil y Comercial, contrario sensu a lo establecido por la Ley de Responsabilidad del Estado (26.944), puesto no existe en la actualidad un régimen propio del Derecho de Administrativo a nivel Nacional e imposible sería a mi criterio que exista a nivel local, puesto el dictado de los Códigos de fondo (Art. 75 inc. 12 CN) es una facultad constitucional propia del Estado Nacional y delegada por las Provincias (Arts. 5, 121, 122, 123 y 126 CN)⁶⁶.

Con respecto al deber de actuar y a la omisión, se puede decir que en principio que los mismos deben ser realizados a través de manifestaciones que se denominan “acciones”, estas, deben estar dirigidas a un fin determinado, (distinguiéndose del simple acontecer causal) produciendo una modificación en el mundo exterior, consciente o inconscientemente, para cuyo caso podrán con posterioridad ser o no imputables al Funcionario que las practique.

En el caso de la omisión⁶⁷ se puede advertir que el daño no proviene de hechos *in committendo* (comisión) sino en *in omittendo* (omisión⁶⁸), respecto a la realización de funciones que le son propias al funcionario, siendo estas provenientes de un deber de obrar. Ahora bien, como lo

⁶⁶ PARELLADA, Carlos A. “La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos”. Publicado en: LA LEY 16/09/2013. Cita online: AR/DOC/3185/2013.Pág 2.

⁶⁷ Respecto de la misma, podemos decir que se incorporo un importante precedente jurisprudencial con el dictado del fallo “Ferrocarril Oeste” (182:5), incorporando el concepto de “falta de servicio” a la doctrina y jurisprudencia nacional, vinculado esencialmente ello a un actuar omisivo.

⁶⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio”.Ed. Abeledo-Perrot.Bs. 1997. Pág. 494. “... desde esta perspectiva la omisión es una expresión que señala el comportamiento negligente, imprudente, imperito; en efecto la negligencia no es sino ausencia de diligencia; la imprudencia es ausencia de cautela, la impericia ausencia de competencia profesional y la inobservancia de las leyes y reglamentos es falta de observancia de un comportamiento debido”.

comenta Schiavo⁶⁹: “No es igual omisión que abstención (...). La omisión significa siempre olvido, negligencia, la segunda da idea de una inactividad general, por eso responde a una iniciativa que es el resultado de una volición del agente, aquélla puede ser concebida sin iniciativa alguna”.

Corresponde aclarar que el Juez a la hora de ponderar si concurre o no la reparación deberá observar que estemos en presencia de un obrar específicamente determinado por la ley y el ordenamiento jurídico entendido como una integralidad y no una simple referencia a cometidos estatales donde el deber de actuar quede diluido.

La omisión estrictamente hablando se configura cuando el sujeto no hace lo ordenado por el ordenamiento jurídico, implicaría una trasgresión a una manda, consistiendo la omisión efectivamente en la no realización de una conducta que era jurídicamente exigible, aunque la misma no estuviera específicamente ordenada, pero surja esta del “ejercicio u ocasión”, el art.9 26.944 claramente lo establece al decir “por no cumplir sino de manera irregular...”. Ahora bien, esta omisión debe distinguírsela de la comisión por omisión, en donde mediante un actuar positivo (ósea un hacer) se omite la realización de una tarea determinada por el ordenamiento jurídico. En el caso en el cual la omisión esté amparada en una causal de justificación (habría que ver en el caso concreto, puesto la imposibilidad de aplicar el Código Civil y Comercial, complejiza la situación) generaría que la omisión se torne jurídica quitándole la antijuridicidad al acto omitido dañoso.

⁶⁹ SCHIAVO, Carlos A. “Responsabilidades Emergentes de Omisiones en el Ejercicio de Control de las Actividades Aseguradoras”, en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad. Año V, N°17/20, p.130, nota 22.

En los casos donde exista un deber de actuar, la normativa lo que exigirá es una acción de un determinado modo para llevar adelante un actividad específica, este “deber de obrar” podría ser igualado a la comisión. Se puede mencionar aquí, la comisión por omisión en donde se provoca un perjuicio actuando, de manera que el sujeto realiza una actividad que no era la exigida por el ordenamiento, sería incumplir con ese “deber de obrar”. Entonces en estos casos hay una conducta positiva/activa del sujeto (tanto en la comisión, como en la comisión por omisión), que la diferencia de la omisión. Dicha conducta positiva/activa, es lo que genera la modificación de los parámetros establecidos dentro de los cuales el sujeto debía realizar la actividad.

2.4. Presupuestos de la responsabilidad.

En principio conviene aclarar que los presupuestos de la responsabilidad tienen como finalidad determinar qué requisitos y elementos esenciales deben contener los actos que van a conllevar la obligación de indemnizar. Los principios que se utilizan son aquellos que rigen en el ámbito del Derecho Civil, puesto ni la Ley 26.944, ni la doctrina y jurisprudencia administrativista establecieron sistemas propios tan completos como los que rigen en el derecho privado, el art. 3 de la Ley 26.944 establece una serie de requisitos por actividad o inactividad ilegítima (daño cierto debidamente acreditable por quien lo invoca y mensurable en dinero; Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado, la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado) al igual que el art. 4 por referidos en este caso a la actividad legítima (Daño cierto y actual debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva

entre la actividad estatal y el daño; ausencia de deber jurídico de soportar el daño; sacrificio especial en la persona dañada, diferenciando del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido), en todos estos casos el legislador no mencionó al Funcionario Público para la descripción de los elementos que determinarían los presupuestos de la responsabilidad, motivo por el cual correspondería la aplicación de los principios sentados por el Código Civil y Comercial (Ello en contraposición a lo establecido por texto del Código de fondo y a la Ley de Responsabilidad del Estado).

Ahora bien, ya son variados los precedentes en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha pronunciado⁷⁰ respecto del principio “Alterum non Laedere” y de la “Reparación integral” –Aunque el Código en la actualidad se refiere a “Plena”- los cuales tienen rango constitucional, ya que se hallan en forma implícita en la Constitución a través de lo establecido en el art. 19 de dicho texto y en el art. 33, para ser explícitos en los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía Constitucional del Art. 75 inc. 22. Esto quiere decir que cualquier tipo de limitación que se pretenda imponer fundada en la autonomía de una rama del Derecho no obsta a su aplicabilidad y con ella la de los principios de la rama que regulan dichas circunstancias.

2.4.1. Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad⁷¹, como presupuesto de la responsabilidad, podemos decir que debe interpretarse los términos del Art. 9 Ley 26.944 “...de manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas...” en el sentido de un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto, esto quiere decir, incluyendo al derecho

⁷⁰ Fallos CSJN: “Santa Coloma” 308:1160; “Gunther” 308:1118; “Lujan” 308:1119; “Peón” 321:487 y “Aquino” 327:3753.

⁷¹ La antijuridicidad, tiene su razón de ser y su fundamento jurídico en el Art. 19 de la CN de forma conjunta con los Tratados de Derechos Humanos del Art. 75 inc.22 del mismo plexo normativo. Ahora bien debe vincularse a ella, como principio gobernante en la materia el “Alterum non laedere”.

positivo (Constitución nacional, tratados internacionales, leyes en sentido formal y material, reglamentos y ordenanzas, prescripciones administrativas, instrucciones del superior jerárquico, normas emergentes de contratos especiales, etc.) el orden público, las costumbres, así como a los principios generales del derecho (Principios de Razonabilidad, de legalidad, etc.) e incluso al derecho natural siempre y cuando no exista una causa de justificación que avale dicha actuación.

Debemos considerar a la antijuridicidad desde el punto de vista objetivo, esto es como una contradicción del comportamiento desarrollado por el Funcionario, con el ordenamiento jurídico entendido como una integralidad aplicable al caso concreto sin ser necesario que la función esté reglada o sea discrecional (en este caso creo que conviene adoptar una posición amplia). Ahora tomando en cuenta este punto de vista, la misma (antijuridicidad) no estará sometida a cuestiones volitivas (puesto existen actos voluntarios que son ilícitos), sino por el contrario se caracterizará por su objetividad⁷².

No es necesario tampoco, que el incumplimiento, transgresión o falta al ordenamiento jurídico sea total, sino que basta con una mera actuación irregular, con un incumplimiento relativo, defectuoso, parcial o demorado.

Situación particular, pareciera presentarse en el caso de la función discrecional en donde se creería que actúa libremente sin sujeción normativa alguna, sin embargo esto no es correcto, puesto la actuación del funcionario estará limitada por el ordenamiento jurídico en su totalidad y cualquier actuar irregular que conlleve un perjuicio sería generador de responsabilidad por ser este antijurídico.

⁷² BUERES, Alberto J. "Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 3F Arts. 1708-1881 DERECHOS PERSONALES". ED. Hammurabi. Bs. As. 2018. Pág.133.

Por otro lado y en el mismo orden de ideas, bien relata Andrada⁷³ que en el caso de los profesionales que ingresen al ejercicio de un cargo que tenga vinculación con su actividad profesional, en estos casos “el ejercicio irregular” de los deberes o la antijuridicidad, se vinculara no solo con el ordenamiento jurídico, sino también con el incumplimiento de las normas propio de su arte o profesión.

En cuanto a las características propias, de la antijuridicidad en el caso de estudio, podemos decir que la misma es: a) Atípica, puesto no describe ni prevé todas las conductas antijurídicas que pueden ocurrir, sino que sienta un principio general de actuación (actuación irregular en el ejercicio de las funciones); b) Objetiva, siendo independiente de los factores subjetivos de atribución; c) Material, puesto la misma emerge cuando una conducta viola el ordenamiento jurídico considerado en su integralidad, es decir de manera global; d) Única, puesto el ordenamiento jurídico es solamente uno, un hecho es antijurídico o repugna a la totalidad del ordenamiento no solo a una rama en particular.

En cuanto a las causales de justificación (o exclusión de la antijuridicidad) podemos decir al respecto que de conformidad a los sostenido por Righi: *“es opinión dominante que las causas de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico, siendo por tanto indiferente que la realización del comportamiento típico, esté autorizado por una o norma de derecho penal o por otra rama del derecho”*.⁷⁴ Dicho esto, queda en claro que el código Penal y Civil y Comercial, no son los únicos regímenes jurídicos que contienen causas de justificación, sino que por el contrario estas se encuentran en la totalidad del ordenamiento jurídico. Es así como podemos dar a modo

⁷³ ANDRADA, Alejandro Dalmacio “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2017. Pág. 234.

⁷⁴ BUERES, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 3F Arts. 1708-1881 DERECHOS PERSONALES”. ED. Hammurabi. Bs. As. 2018. Pág. 147.

de ejemplo de causales de justificación y con carácter meramente enunciativo las siguientes: Estado de necesidad; Cumplimiento de un deber; Ejercicio de un derecho; Legítima defensa; El aborto terapéutico; El derecho de retención del acreedor sobre las cosas que se encuentran en su poder y son propiedad del deudor; El consentimiento del damnificado; Etc.

2.4.2. Factor de Atribución

El factor de atribución puede conceptualizarse como un presupuesto esencial de la responsabilidad que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño a quien corresponda.⁷⁵

De esta manera se establece a título de que se juzgara a un sujeto de derecho, esto debe entenderse de la siguiente manera, si estamos en presencia de un factor objetivo de responsabilidad, en donde los mismos se desarrollan sin ningún vínculo con la valoración subjetiva del agente como es el caso de los factores subjetivos de responsabilidad en los cuales el sujeto es juzgado a título de dolo o culpa (según surge del art. 9 Ley 26.944).

La principal distinción radica en los efectos que conlleva cada uno, así cuando estamos en presencia de un factor subjetivo y el daño se causa por un hecho ilícito debe probarse la culpa o dolo del agente para que nazca el deber de responder (sin perjuicio de que el responsable pueda librarse de responsabilidad determinando la ruptura del nexo causal como en el caso de los factores objetivos), contrario a esto, cuando el factor de atribución es objetivo el sujeto debe responder (más allá de toda atribución de título de dolo o culpa) siendo irrelevante la culpa del sujeto, salvo que demuestre la ruptura del nexo causal (por ejemplo la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no se debe responder, etc. Debemos tener en cuenta que para cada factor de

⁷⁵ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto “Responsabilidad por Daños-Elementos”. Ed. De Palma. Bs.As. 1993.Pág. 193.

atribución objetivo habrá un tipo particular de ruptura del nexo causal, entonces habrá que demostrar que la cosa que causo el daño no era riesgosa, que no había relación de dependencia, etc.).

En los factores objetivos el deber de resarcir se fundan en “el riesgo” (por generar un peligro para terceros); “el deber de garantía” (si bien el sujeto no generó ningún riesgo o conducta reprochable, pero la ley considera que el sujeto debe hacerse responsable, ejemplo de ello son la responsabilidad del principal por el dependiente, o la responsabilidad colectiva del grupo cuando es imposible identificar al autor, la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores de edad, etc.); “La equidad” (Se vincula con una idea de justicia, el clásico ejemplo de ella, es aquel en el cual habiendo un daño se tiene en cuenta el patrimonio del autor, las circunstancias del hecho y el patrimonio de la víctima).

En el análisis que nos ocupa el factor de atribución surge expresamente de lo establecido por el art. 9 de la ley 26.944 en donde se lee “... incurriendo en culpa o dolo,...”, esto claramente denota la existencia de un factor de atribución subjetivo en el cual el damnificado deberá probar la culpabilidad del demandado, ello en disidencia a lo establecido respecto del Estado en donde la responsabilidad es directa y objetiva según lo establece el Art. 1 del mismo plexo normativo.

Ahora bien respecto de la culpa o dolo, conviene hacer ciertas aclaraciones, en principio y volviendo al tema sin pretender ser reiterativo al no existir una Teoría de la Responsabilidad en el Derecho Administrativo la única opción que nos queda se condice con la aplicación que se ha venido dando hasta el presente a través de las resoluciones judiciales, consistente en aplicar los principios establecidos por el Derecho Civil.

Una tema no menor sería a su vez dilucidar si corresponde (tomando en cuenta como base los principios Generales del Derecho y sobre ellos el ordenamiento civil) que se aplique un factor de atribución subjetivo con relación a las actividades regladas donde respecto al actuar del funcionario se exige un comportamiento determinado, implicando en si un resultado (esto quiere decir que estaríamos en presencia de una obligación de resultado en relación a los procedimientos a realizar con independencia del resultado que pueda tener la aplicación de dichos procedimientos) en cuyo caso no correspondería la aplicación de un factor de atribución subjetivo sino por el contrario estaríamos en presencia de un factor objetivo para regir dicho actuar. No pasaría lo mismo con respecto a las actividades discrecionales en donde el funcionario, no se vería compelido a actuar de determinada manera por una norma que regule la actividad específica que realiza sino que se aplicaría a dicho caso los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico en su totalidad, visto este como un todo. Y ahora porque se plantea que en dichos casos no correspondería la aplicación de un Criterio Subjetivo, en principio si el régimen exige un obrar de determinada manera, el sujeto se obliga a un resultado específico (ese actuar exigido por el ordenamiento) y no otro, es por ello que en caso de ser compelido no podría demostrar su falta de culpa o no culpa, sino por el contrario debería tratar de demostrar una ruptura del nexo causal, como consecuencia de estar en presencia de un factor de atribución objetivo⁷⁶. El código de Vélez no reguló la situación, tampoco lo hizo el actual Código Civil y Comercial, siendo esto una creación doctrinaria y jurisprudencial pero que genera aún en la actualidad, grandes debates.

⁷⁶ BUERES, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 3F Arts. 1708-1881 DERECHOS PERSONALES”. ED. Hammurabi. Bs. As. 2018.Pág.247.

Una vez dicho esto, en cuanto a la culpa, en principio podemos decir que la misma debe ser entendida como una falta de diligencia por el agente, que no ejecuta la actividad (ya sea reglada o discrecional) de la forma adecuada, se toma como parámetro la conducta que hubiera desplegado una persona diligente en el mismo caso. A su vez, el concepto de culpa no puede estar vinculado al del “error en la conducta” ya que el mismo excluye la intención, siendo este uno de elementos esenciales de la voluntad⁷⁷, puesto el mismo podrá actuar como eximente o no según se verá oportunamente.

La doctrina civilista aprecia la culpa a través de dos sistemas: 1) Apreciación en abstracto en donde se toma en cuenta un tipo de referencia con el cual realizar la comparación (Ej. El buen padre de familia, las diligencias exigibles de tráfico, etc.⁷⁸ 2) Apreciación en concreto, en este sistema dejando de lado todo parámetro abstracto de comparación para que el juez a través de su apreciación evalúe las circunstancias del caso, esto es las condiciones del agente –virtudes, defectos-, la naturaleza de la obligación que era exigible al agente, etc. (a estas características el código Civil y Comercial agrega en su art. 1724 “las circunstancias de tiempo” –haciendo referencia al momento del actuar y las características que existían para ese entonces- y “las circunstancias del lugar” – esto quiere decir que no podrá exigírsele lo mismo al funcionario que se encuentra en la ciudad capital pleno de recursos que a aquel que se encuentra en una comuna rural-).

Ahora bien conviene aclarar, que deberá aplicarse una conjunción de ambas teorías al caso concreto y previo a ello deberá observarse si estamos en presencia de una actividad que este

⁷⁷ Según reza el Art. 260 del Código Civil y Comercial, “el acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”. Lo que se pretende es decir, es que la culpa es una desviación de la conducta exigible es por ello que se justifica el reproche.

⁷⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Teoría General de la Responsabilidad”. Ed. Abeledo- Perrot. 9ª.ed. Bs. As. 1997. Pág. 340.

reglada o no, puesto en dicha circunstancia considero que la pauta de interpretación deberá tomar como base, la exigibilidad normativa según sea el caso concreto. Entonces si bien la culpa deberá apreciarse en concreto esto no descarta que el juez pondere como hubiera obrado un hombre prudente (Ósea se aplicara una conjunción de criterios).

En cuanto a sus elementos podemos decir que los mismos son dos: a) La carencia de la diligencia debida y b) la falta de malicia puesto de existir sería dolo y no culpa. El atisbo de la existencia de estos elementos será esencial para el juzgador puesto permitirá que diferencie entre la culpa y el dolo en el caso concreto.

La culpa tendrá según lo visto una triple manifestación la cual se dará de la siguiente manera: 1) Imprudencia en el actuar del funcionario, donde este, no prevé por completo lo que podría suceder (sería hacer más de lo que se debe); 2) La negligencia del funcionario que se da a través de una omisión en la previsión o habiéndolo previsto no realiza la actividad necesaria para evitar el daño; 3) La impericia del funcionario que se materializa cuando el mismo desconoce o conoce mal la teoría o práctica de una profesión, arte u oficio⁷⁹.

En cuanto al dolo, podemos decir que el mismo existe cuando el daño es producido con intención, el sujeto quiere dicho resultado y con tal finalidad lleva adelante su accionar. De esta manera las características principales que presenta son la intención y la indiferencia respecto de los intereses ajenos. Por otro lado, podemos diferenciar distintos tipos de dolo: 1) Dolo directo, donde el sujeto quiere directamente el resultado dañoso y realizar todo lo necesario para que el

⁷⁹ Corresponde tener en claro que el Art. 16 de la Constitución Nacional exige al funcionario que el mismo actúe con "idoneidad", motivo por el cual no podría entenderse como el mismo al llegar al puesto que le corresponde podría actuar en desconocimiento de las funciones, arte o profesión que le sean asignadas de conformidad a lo requerido para el pleno desarrollo de sus actividades. Es así, como el requisito de la "idoneidad" parece en la práctica no ser más que una expresión de deseo sin que la misma se torne efectiva. Ejemplos de funcionarios inidóneos para el cargo que ocupan son sobreabundantes, tanto en el ámbito nacional como provincial, ello en el fondo conlleva un perjuicio para el administrado que se palpita en el mundo real y se traduce en estadísticas desfavorables y vulneración de derechos.

mismo se dé. 2) Dolo indirecto en donde el autor con la finalidad de obtener determinado resultado le es indiferente los daños que pueda causar⁸⁰ (Ej. Alguien coloca una bomba con la finalidad de matar a su enemigo y como consecuencia de ello mata a otras personas).

En todos estos casos debemos dejar en claro que la dispensa tanto del dolo como de la culpa se encuentran prohibidas, aceptar acuerdos que estén exceptúen de la responsabilidad sería alterar aún más los principios generales como lo podría ser el “Alterum non laedere”, el principio de reparación plena (el cual ya se ve limitado con la Ley 26.944), etc. El fundamento es bien claro, para que exista la obligación de reparar en principio debe existir el daño motivo por el cual si no existe, el mismo no estaría dentro de la esfera patrimonial del sujeto pasivo. Ahora lo que si no está prohibido es que una vez sufrido el perjuicio ósea existiendo el daño, el perjudicado dispense de la responsabilidad al autor siempre y cuando esté obrando en plenitud de sus facultades y sea titular de los derechos en pugna.

Una vez dicho todo esto respecto de la culpa y el dolo, podemos decir que la diferencia es notoria en un caso existe la previsibilidad (que no es lo mismo que previsión) pero sin mala fé, mientras que en los otros casos hay intencionalidad y previsión en cuanto a los efectos a ocurrir.

2.4.3. El daño y la relación de causalidad

En principio, se puede decir que no todo daño va a ser pasible de resarcimiento, sin embargo aquel que genere una modificación en la situación patrimonial de la víctima (entendido el patrimonio como un conjunto de bienes materiales e inmateriales), acarreará responsabilidad.

⁸⁰ ALTERINI Atilio Anibal, AMEAL Oscar José, LÓPEZA CABANA, Roberto M., “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”. Ed. Abeledo Perrot. 2ª ed. Bs. As. 2003. Pág.197.

Es así, como bien lo determino el Código Civil y Comercial en su Art. 1737 “*Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva*”. En principio este concepto sería de aplicación dentro del Ordenamiento Administrativo y es por ello que corresponde tenerlo presente a la hora de poder determinar la existencia un menoscabo.

Existiendo cierta precisión en cuanto a su conceptualización, podemos llegar a determinar ¿qué daños pueden o deben ser resarcibles y cuáles no? Para responder dicho interrogante habrá que tomar en cuenta dos elementos: a) Elemento material: constituido por el hecho físico; b) el elemento formal considerado como aquel menoscabo determinado por la ley.

Una vez entendido esto, se puede decir que procederá la reparación del daño, cuando concurren la lesión a alguna de las siguientes situaciones: 1) Violación a un Derecho Subjetivo, en cuyo caso el titular del derecho lesionado posee un poder de actuación exclusivo; 2) Ataque a un interés legítimo, se da en los casos en los que se atenta contra un marco de legalidad que protege al sujeto en determinada actuación⁸¹; 3) Lesión a un interés simple⁸²⁸³, la cual se da en aquellas situaciones donde si bien el sujeto en principio no carecería de capacidad para su exigencia, permitirían al juzgador facultar al sujeto lesionado a que se reclame la correspondiente indemnización, cuando estemos en presencia de que la lesión contraviene todo el ordenamiento

⁸¹ Un ejemplo clásico es aquel en el cual una persona participa de concurso público y pretende que se respeten las formalidades establecidas por la ley para el desarrollo del mismo.

⁸² SCBA, “PENSA, Ana J. c/ TRISTAN, Fernando J.”, Acuerdo 75617 19/02/02.

⁸³ En el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires, se admite la legitimación amplia a la hora de poder exigir el cumplimiento de los derechos.

jurídico, sin embargo en no todos los casos habrá o existirá la posibilidad de recibir indemnización según lo determina Bueres⁸⁴.

Por otro lado, el daño debe producirse en ejercicio u ocasión de las funciones que corresponden al cargo, ósea debe ser derivativa de la actividad que realiza el funcionario, si el daño se produce fuera de este abanico de posibilidades el funcionario responderá según sea el caso a título personal y no como funcionario público. Por lo tanto será vital la relación de causalidad entre el daño producido y que el mismo se haya generado dentro de un determinado ámbito de actuación que corresponda al sujeto como funcionario público.

Autores de relevancia en el Derecho Administrativo han discrepado respecto al fundamento de la responsabilidad y al interrogante de ¿cuál sería su base o su esencia? así Hutchinson⁸⁵ hace una descripción breve pero detallada diciendo: *“Para Bielsa, el fundamento jurídico de la responsabilidad de los agentes públicos es consecuencia del principio representativo fundado en la soberanía del pueblo, del cual los gobernantes por él elegidos o designados por los elegidos, son sus mandatarios, agentes o gestores. A su vez Marienhoff estima que son los principios propios del Estado de Derecho, los que dan fundamento a la responsabilidad de los funcionarios públicos, permitiendo afianzar la seguridad jurídica y las libertades públicas, principios comprendidos en nuestra Constitución Nacional.”* Desde mi punto particular de vista, considero que el fundamento de la responsabilidad debe radicar en la existencia de un daño, ya fuere hacia un tercero ajeno a la administración, contra otro funcionario de la administración o contra el

⁸⁴ BUERES, Alberto J. “El Futuro de la Responsabilidad civil:¿ hacia dónde vamos? “ En AA.VV., Derecho de daños, 2011. Pág. 776.

⁸⁵ ROSATTI, Horacio “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegético”. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 2014. Pág 303.

propio estado y es en esta alteración del status quo que provoca el daño donde radica su fundamento esto quiere significar una violación del Principio de no dañar o “Alterum non laedere” que surge de los principios del derecho así como específicamente se observa determinado en el Art. 19 CN y en los tratados con jerarquía constitucional del Art. 75 inc. 22⁸⁶.

Siguiendo este orden de ideas y en cuanto a la indemnización a percibir como consecuencia, del daño estimo, (y ello teniendo en consideración los principios generales del derecho y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional) que la misma deberá corresponder a la totalidad de los perjuicios sufridos por el sujeto pasivo o víctima del obrar del funcionario público, no tiene razón de ser más que el resguardo de los intereses económicos del estado (en caso de ser codemandado) o del funcionario público la existencia de una indemnización tarifada e incluso limitada en cuanto a los rubros. La aceptación de dicha circunstancia implicaría en principio una violación al principio de indemnización plena, más no menos sería una violación al derecho de igualdad (Establecido por el Art. 16 de Constitución Nacional) generando en el funcionario público un enriquecimiento sin causa y a su vez una situación de privilegio frente al resto de la sociedad, que lejos de evitar la consumación de perjuicios alentaría a su realización, puesto el sujeto se vería amparado jurídicamente por la normativa y no estaría constreñido al cumplimiento de la ley.

Una vez dicho esto, los daños que serán indemnizables a modo meramente enunciativo, podemos decir que serán los siguientes: 1) Daño patrimonial y extrapatrimonial; 2) Daño moral; 3) Daño emergente; 4) Lucro cesante; 5) Pérdida de chance; 6) Daño a la persona; 7) Daño al interés

⁸⁶ Los tratos internacionales con jerarquía constitucional tratan de manera sobreabundante el tema sirviendo de base y sustento jurídico para el deber de indemnizar incluso de forma integral. Así la D.A.D.D.H. (Arts. II; XVII; XVIII; XXIII; XXIV; XXVIII), D.U.D.H. (Preámbulo; Arts: 2;3;7; 10; 17; 28; 29), C.A.D.H. (Arts: 1; 2; 9; 10;21), P.I.D.E.S.C. (Arts: 2;3;5;11 inc.1), P.I.D.C.P. (Arts: 2;5;14), C.P.S.D.G. (Art. 5), C.I.E.D.R. (Arts: 1; 2;5), C.E.F.D.M. (Arts: 2;3;15), C.C.T.O.T.P.C. (Arts: 2; 14), C.D.N. (Arts:1;2;4).

negativo; 8) Daño al interés positivo; 9) Daño ambiental; 10) Daño cierto; 11) Daño Colectivo; 12) Daño compensatorio; 13) Daño contractual; 14) Daño directo; 15) Daño emergente; 16) Daño eventual; 17) Daño futuro; 18) Daño incierto; 19) Daño individual; 20) Daño injusto; 21) Daño inmediato; 22) Daño mediato; 23) Daño moratorio; 24) Daño psicológico; 25) Daño virtual; etc.

Con respecto a la relación de causalidad, si bien no se hace mención expresa en el Art.9 de la Ley 29.944, hay que buscar referencias y aplicación por analogía de lo sentado en el Art. 3 inc. c en donde se estipula con respecto a la relación de causalidad la aplicación de la teoría de la “Causa Adecuada” también utilizada en el Código Civil y Comercial de la Nación según dicta su Art. 1726 (sobre este punto y las diversos teorías ahondare con posterioridad).

Podemos conceptualizar a la Relación de Causalidad, en los mismos términos que lo hace Bueres, diciendo que es “la relación o conexión material y jurídicamente relevante que permite imputar objetivamente el resultado dañoso a una persona”⁸⁷.

De esta manera, Relación de Causalidad tiene una vinculación central para el derecho importando no solo al sujeto pasivo (con relación al daño) sino también al activo, ya que la misma determinara quien es el responsable por determinado actuar y hasta donde este deberá responder por tal evento dañoso, en los albores del derecho se conocía con el término de “Imputatio Facti”. Es por esto, que la Relación de Causalidad, cumplirá dos objetivos esenciales: 1) servirá para imputar a un determinado sujeto la realización de “x” acontecimiento dañoso. 2) permite determinar hasta donde se extiende la responsabilidad –que tipo de consecuencias deberá indemnizar el sujeto-.

⁸⁷ BUERES, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 3F Arts. 1708-1881 DERECHOS PERSONALES”. ED. Hammurabi. Bs. As. 2018. Pág.265.

Cabe mencionar, que este elemento de la responsabilidad implicará la existencia de fenómenos materiales, esto quiere decir que en el mundo real deberán atisbarse consecuencias observacionales (aunque no fueren a simple vista) siendo ello así con la finalidad de que se aplique una relación de causa/efecto, dentro de parámetros científicos, dejando de lado las interpretaciones mágicas o espiritistas. Para dar fundamento a ello se elaboraron distintas teorías tendientes a lograr un derecho más equitativo en sus soluciones, sobre todo aplicable al derecho penal, pero que luego fueron extendiendo su ámbito de aplicación a otras ramas del derecho, como el civil, comercial, administrativo, etc. Dentro de ellas podemos nombrar las siguientes:

1) Teoría de la Equivalencia de Condiciones (Glaser 1858-Von Buri 1860): La misma fue desarrollada en Alemania, conocida allí como “Aequivalentztheorie”, sostiene que todas las condiciones resultan equivalentes en la producción de un resultado, esto quiere decir que son todas necesarias y esenciales para la existencia del resultado, teniendo por si, el mismo valor e implicando la misma responsabilidad. Así podemos decir que estamos en presencia de indivisibilidad del resultado e imposibilidad determinar cómo ah influido el mismo en el actuar. Ahora bien para determinar cuándo nos encontramos frente a una condición, debemos aplicar la formula “Sine qua non”⁸⁸. En general se le critica a esta teoría que los nexos llevarían a desembocar en un infinito respondiendo incluso quien no tienen porque hacerlo, Binding ironiza al respecto diciendo “debería castigarse como coautores en el adulterio no solo a la mujer cohabita con el varón que no es su marido y a aquel que yace con ella, sino al carpintero que hizo la cama”⁸⁹.

⁸⁸ El mismo implica una abstracción mental a través de la cual se suprime el factor que se supone condicionante del resultado, si este condicionante del resultado se suprime y el resultado no se da, entonces no ha sido condición a la existencia del resultado.

⁸⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis “Tratado de Derecho Penal”. Ed. Losada. 2ª ed.Tº3. Bs. As. 1958. Pág. 567.

2) Teoría de la Causa Próxima (Francis Bacon): Sostenía que era imposible perseguir un hecho ilícito en todas sus consecuencias, motivo por el cual, debía entenderse como causa la condición que está más próxima en el tiempo al resultado, mientras que las otras serán meras condiciones. En la actualidad la teoría de la causa próxima ha sido abandonada por resultar un criterio simplista que puede conducir a soluciones disvaliosas, ya que no siempre el antecedente más próximo es el que genera el resultado.

3) Teoría de la Condición más Eficaz (Karl Von Birkmayer -1875-): sostiene que si bien hay condiciones y estas son necesarias para que se produzca un determinado resultado, es preciso que esta condición sea eficaz, siendo la verdadera causa, aquella que más ha contribuido a la producción del resultado.

4) Teoría de la condición de carácter más decisivo para la cualidad del efecto (John Kohler - 1890-): Sostiene que la calidad intrínseca de la condición comparada con la calidad del efecto, la que nos permite separarla de las demás y hacer de ella una causa en sentido propio.

5) Teoría de la Causa Eficiente (Stoppato- Cathrein- Pirson- De Ville): Considera que solo merece el nombre de “causa” aquello que por medio de su actividad da a otra cosa su existencia. Es así, como la condición no va a producir ningún efecto, sino que va a permitir que actúe la verdadera causa.

6) Teoría de la impronta continua del mal (Nöel Dejean de la Batie): Aplica lo que se conoce como el efecto cascada, en términos de Bustamante Alsina, considera “ que el seguimiento del resultado dañoso de cuyo resarcimiento se trata debe continuarse a través de los diferentes hechos defectuosos, de los cuales se derivan otros, hasta hallar en uno de ellos una culpa o un factor objetivo como el riesgo que al aparecer en el proceso causal lo interrumpe, para atribuir

responsabilidad a un sujeto indirectamente involucrado con el daño, el cual aunque no sea consecuencia inmediata de su hecho, se halla en una relación adecuada de causalidad”⁹⁰. Se le critica que en presencia de un hecho inicial culpable, esta teoría llega a los mismos resultados que el de la equivalencia de condiciones.

7) Teoría de la Condición Preponderante (Binding): Entendía que debía considerarse “causa”, a aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos a la producción del daño, ósea el acto que imprime la dirección decisiva para el efecto.

8) Teoría de la Causalidad Adecuada (J. Von Kries- L. Von Bar): En principio entiende que el derecho no puede considerar causados por un sujeto en particular todos los efectos que derivan del hecho dañoso, sino que solo aquellos susceptibles de previsibilidad (Juicio de previsibilidad), de acuerdo con el curso normal de la vida pueden ser tenidos en cuenta. Así si bien, todas las condiciones deben ser consideradas equivalentes para la producción del resultado, ya que de faltar alguna el mismo no se produciría, respecto al ámbito de la responsabilidad corresponde hacer un análisis en abstracto examinando si en general y de acuerdo con la experiencia es probable que una “causa” sirva para producir un determinado resultado, si encontramos tal condición pasará a ser considerada “causa”. Este juicio de previsibilidad del cual hablábamos al principio, surge como consecuencia de la aplicación de dos tipos de conocimiento: a) Saber Gnomológico, consistente en la probabilidad o posibilidad de un efecto según el desenvolvimiento de las leyes naturales; b) Saber Ontológico: atañe a la selección del caso concreto que deben ser retenidas o supuestas en el proceso de generalización o abstracción. Ahora bien la idoneidad de la acción debe darse en todo el proceso causal de forma regular.

⁹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Una Nueva Teoría Explicativa de la Relación de Causalidad”. Ed. La Ley. 1991-E1381.

Sin perjuicio de lo antes dicho, nuevamente nos encontramos sin normativa propia del Derecho Administrativo como pretende hacerlo la Ley 26.944 – Aunque por analogía podría aplicarse el Art. 3 inc. c -, debiendo acudir a los principios generales del Derecho, o si se lo quiere al propio ordenamiento prohibido por la ley en su aplicación, esto es al Derecho Civil. El art. 1726⁹¹ del Código Civil y Comercial de la Nación, adopta la teoría de la causa adecuada haciendo una descripción clara y concisa, incluso refiriéndose a la consecuencias por las que el sujeto que produce el daño deberá responder (Inmediatas y mediatas, en principio).

Ahora bien, entiendo que el sujeto deberá responder por las consecuencia inmediatas⁹² y las mediatas⁹³ más no por la consecuencias causales⁹⁴. Es por ello que habrá que analizar en el momento oportuno y teniendo en cuenta las características personales del funcionario si este en base a sus conocimientos científicos, arte u oficio pudo prever el desarrollo de los acontecimientos y hasta donde se podrían obtener resultados dañosos como consecuencia de ellos.

2.5. Causales de justificación y Eximentes de responsabilidad

Con respecto a las causales de justificación y eximentes de la responsabilidad, en principio podemos decir que tienen como resultado final que el Funcionario no responda por los perjuicios ocasionados.

⁹¹ Art. 1726.CCyC. “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

⁹² Según el art. 1727 consecuencias inmediatas son aquellas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. Ahora bien, para su determinación será necesario realizar un juicio abstracto, para prescindir de lo efectivamente sucedido y atender a lo que usualmente acontece y el grado de previsión que cualquier hombre razonable podría haber tenido en razón de su profesión o cualquier otra circunstancia.

⁹³ Por consecuencias mediatas el Código Civil y Comercial en su Art 1727 entiende que son aquellas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. Ósea que el vínculo entre la causa y el resultado no es directa ya que aparece otro hecho que determina o coadyuda a la realización del resultado.

⁹⁴ Nuevamente el art. 1727 CCyC entiende que son causales aquellas consecuencias que se vinculan con un hecho distinto pero que no pudieron preverse. En principio la imprevisibilidad será el límite de la responsabilidad, puesto en abstracto estas consecuencias no permitirían ser previsibles.

La ley 26.944 solo regulo aquellas eximentes de responsabilidad que operan sobre el nexo causal, dejando de lado las demás (tanto eximentes como causales de justificación). El Art.2 de la norma en comentario, hace referencia al “Caso Fortuito o Fuerza Mayor” y al “hecho de la víctima o del tercero por quien no se debe responder”. Al no estar regladas las restantes causales tanto de eximición como de justificación, parecería que el funcionario quedaría, limitado solo a las que se nombran expresamente en la ley, pero ello no es así, puesto la correcta resolución del problema tendrá como resultado la aplicación analógica del derecho para la solución de las controversias que puedan presentarse⁹⁵.

Ahora bien, conviene realizar una distinción, entre las causales de justificación y la eximentes de responsabilidad puesto las mismas se diferencian en demasía una respecto de la otra.

Las causales de justificación (Legítima defensa⁹⁶, Estado de Necesidad⁹⁷, Ejercicio Regular de un Derecho⁹⁸, Obediencia debida⁹⁹), operan sobre la antijuridicidad, esto quiere decir que tornan el legal el actuar que en principio sería ilegal quitado el elemento antijuridicidad de la ecuación, no correspondería en principio atribuir ningún tipo de responsabilidad al funcionario, puesto no estarían completos los “Presupuestos de la Responsabilidad”, generando que el acto que en principio era contrario a la normativa vigente se torne en legal.

⁹⁵ ANDRADA, Alejandro Dalmacio “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2017. Pág 184.

⁹⁶ La Legítima Defensa, se encuentra legislada en el Art. 34 incs. 6 y 7 del Código Penal y en el Art.1718 inc.b del Código Civil y Comercial.

⁹⁷ El Estado de Necesidad encuentra raigambre legal en el Art. 34 inc. 3 del Código Penal y en el Art. 1718 inc. c del Código Civil y Comercial.

⁹⁸ El Ejercicio de Regular de un Derecho haya su asidero legal en el Art. 34 inc. 4 del Código Penal y en el art. 1718 inc. a del Código Civil y Comercial.

⁹⁹ La obediencia debida, puede ser encontrada en el Art. 34 inc. 5 del Código Penal. Corresponde aclarar que la misma constituye una causal de justificación solo dentro del ámbito de la administración y no en el derecho privado motivo por el cual, no se encuentra legislada en el Código Civil y Comercial.

Estas, se fundamentan en la necesidad y en el principio del interés preponderante, en virtud del cual la tutela del ordenamiento jurídico en caso de colisión de dos intereses debe estar direccionada hacia la protección del interés superior o mayor¹⁰⁰, es por ello que ante una situación de conflicto que es de imposible elusión se torna legítimo el sacrificio de un interés menos valorado por el ordenamiento.

Es así, como en el caso que nos ocupa siendo de imposible aplicación en principio lo sentando por el Derecho Privado, habrá que acudir a otros órdenes jurídicos para desarrollar una teoría propia del Derecho Administrativo, que permita resolver los perjuicios que acontecen en torno a la temática. Habría que indagar en la casuística de los tribunales para determinar en los casos cuando concurre la aplicación de la misma¹⁰¹ y de esta manera poder sosegar los perjuicios que pudieran llegar a recaer para con el funcionario.

En cuanto a las eximentes de responsabilidad (Hecho del Damnificado, Hecho de un Tercero, Caso Fortuito y Fuerza Mayor, Imposibilidad de Cumplimiento, Consentimiento del Damnificado, Error, Fuerza Física irresistible y Amenazas de Sufrir un Mal Grave e Inminente)¹⁰², podemos decir que con respecto a estas, el acto dañoso concurre pero se genera en estos casos una ruptura del nexo causal, que conlleva la ausencia de responsabilidad, sin embargo no todas las eximentes operan de la misma manera, ni sobre los mismos elementos (esto en parte

¹⁰⁰ TRIGO REPRESAS, Félix “La Noción de las Eximentes y su Vigencia en el Derecho Argentino. Eximentes y Causas de Justificación. Los Presupuestos y las Eximentes”. Revista Derecho de Daños. Ed. Rubinzal Culzoni. N° 2006. Pág. 73.

¹⁰¹ Esto quiere decir que habrá veces que un caso pueda parecer a priori que recae en una causal de justificación, para después analizado este, en el ámbito judicial determinar que el mismo por ahí, implicó un exceso ejemplo de ello sobran en el ámbito policial con la legítima defensa.

¹⁰² Cada una de las eximentes tienen su regulación especial en el Código Civil y Comercial, así: Hecho del Damnificado Art. 1729; Hecho de un Tercero, Arts. 1731 y 1750; Caso Fortuito y Fuerza Mayor Arts. 513,514, 1730 y 1733; Imposibilidad de Cumplimiento Arts. 955, 956, 1732 y 1733; Consentimiento del Damnificado Art. 1720; Error Arts. 265 y 34 inc.1 del Código Penal; Fuerza física irresistible y Amenazas de Sufrir un Mal Grave e Inminente Art 276 CCyC y 34 inc. 2 Código Penal.

parecería ser una derivación de la teoría del delito más que del ámbito del Derecho Administrativo y Civil).

Así, el “Caso Fortuito y la Fuerza Mayor” operaran directamente sobre el nexo de causalidad eliminándolo y generado para el autor una eximente de responsabilidad. En el caso del “Error” de forma conjunta con la “la fuerza física irresistible y la amenaza de sufrir un mal grave e inminente” podemos observar que actúan sobre la voluntad del funcionario viciándola y no permitiéndole actuar con “discernimiento, intención y libertad”, generando de este modo la exención de la responsabilidad por dichos actos que conllevan la ausencia de culpabilidad y operando de esta manera sobre dicho factor. En cuanto a la “Imposibilidad de Cumplimiento”, podemos decir al respecto que genera una extinción con respecto a la obligación y por lo tanto la ausencia de responsabilidad. Por último, tenemos el caso del “Consentimiento del Damnificado” el cual opera también sobre el nexo causal, puesto si bien el hecho dañoso se produce y es ilegítimo¹⁰³ las consecuencias de este son sufridas por el sujeto pasivo, pero se da la situación que este acepta los perjuicios ocasionados eximiendo de responsabilidad al autor/ funcionario.

2.6. ¿La Responsabilidad es directa o indirecta? Y ¿Frente a terceros que tipo de responsabilidad se aplica? ¿Cuando el Estado es encontrado culpable el agente debe responder?

En principio conviene aclarar, que si bien la doctrina mayoritaria del mismo modo que la jurisprudencia han adoptado la teoría del órgano¹⁰⁴ por la cual se entiende que todo actuar

¹⁰³ En las causales de justificación el acto dañoso deja de ser ilegítimo, para tornarse legítimo siempre que concurran los requisitos determinados por el orden jurídico, mientras que en el caso del consentimiento del damnificado se permitiría una dispensa convencional de los perjuicios ocasionados debiendo soportarlos la víctima por propia voluntad, siempre claro está, que no sea contrario al ordenamiento jurídico.

¹⁰⁴ Se genera una distinción en el ámbito del Derecho Civil y Administrativo, puesto si bien la primer rama se fundaría en la teoría del mandato y la representación – aunque en la actualidad se pretende la incorporación de la teoría del órgano a través de la sanción de la ley 27.401- la segunda pretendería una superación doctrinaria al fundar sus tesis en la doctrina del órgano en virtud de la cual, todos los actos que realiza el funcionario público en el ejercicio de sus funciones u ocasión de las mismas, se

realizado por los funcionarios públicos en ejercicio u ocasión de las funciones que le son asignadas sería un actuar propio del estado por ende la ley 26.944 adopto la idea de que la responsabilidad del estado debería ser directa y objetiva, nuevamente la norma en comentario recae en otro error, puesto la persona estatal en principio debiera responder de forma indirecta¹⁰⁵ en los casos en los cuales el funcionario, actúa con culpa o dolo, por no estar dentro de las funciones que el Estado le asigna esto se condice con lo establecido con el Art. 1749 del Código Civil y Comercial en virtud del cual “*es responsable directo, quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión*”, motivo por el cual no se entiende porque el estado debería responder de forma directa.

En el caso de la ley 26.944, y según específicamente lo trata Hutchinson¹⁰⁶ y en forma semejante lo hace Herrera¹⁰⁷, se pueden presentar las siguientes situaciones: En principio la responsabilidad del funcionario público por su actuar doloso o culposo “en ejercicio u ocasión” de las funciones que le son asignadas será de forma directa, mientras que el Estado responderá también pero indirectamente y de forma objetiva –esto según lo que comente en el párrafo precedente- (pudiendo ser demandado de forma conjunta el funcionario y el estado, para con posterioridad este último, en caso de abonar la indemnización iniciar la acción de regreso correspondiente), la

entienden realizados por el propio Estado (dicha teoría fue incorporada jurisprudencialmente a partir del fallo “Vadell c/ Pcia de Bs. As. El 18/09/1984). Si aplicáramos el régimen Civilista, tendríamos que la responsabilidad estatal es indirecta, puesto los perjuicios que se ocasionan por el funcionario serian tratados a título personal y solo respondería el estado, cuando los perjuicios ocasionados fueren en “ejercicio u ocasión” de las funciones ello con fundamento en el arts. 1753/1763 –según el caso concreto- del Código Civil y Comercial (Este sistema abandonado en la actualidad jurisprudencial se inicio con el fallo “Devoto” en 1934).

¹⁰⁵ CUADROS, Oscar Álvaro “Responsabilidad por Daños y Estado.” Ed. Astrea, Bs.As. 2018. Pág 185 y 186.

¹⁰⁶ ROSATTI, Horacio “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegético”.Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 2014. Pág. 311.

¹⁰⁷ HERRERA, Carlos A. “La responsabilidad del funcionario público, conforme la Ley de Responsabilidad de Estado y el Código Civil y Comercial”. Publicado en: RCCyC 2018 (agosto). Cita Online: AR/DOC/579/2018. Págs. 7 y 8.

responsabilidad del estado con el funcionario serán concurrentes¹⁰⁸; si el perjuicio ocasionado tiene lugar como consecuencia de un actuar regular del funcionario (esto es, sin incumplir ningún tipo de norma a la cual este sometido en el ejercicio de sus funciones) en principio solo será responsable el Estado de forma objetiva y directa; ahora si el funcionario actúa fuera del “ejercicio u ocasión” de las funciones que le son asignadas responde de manera directa a título singular y no de forma concurrente con el Estado (Aunque creo que según el caso el mismo podría ser codemandado en virtud del deber de garantía y responsabilidad por los hechos del dependiente).

2.7. ¿El agente debe responder frente al estado? (La acción de regreso).

El Art. 9 de la 26.944 en su último párrafo establece “*La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización*” determinándose de forma *in fine* la “Acción de Regreso” por parte del Estado frente al funcionario que ocasiono un perjuicio habiéndolo subsanado económicamente el propio Estado. Se trata de una responsabilidad contractual y subjetiva donde el interés jurídico protegido es el patrimonio del Estado¹⁰⁹.

En principio correspondería decir que el fundamento o razón de ser de la Acción de Regreso radica en la equidad seguido dicho concepto –según lo entiendo personalmente- de una situación palpable que se corresponde con un Enriquecimiento Sin Causa e inmoral, puesto el Estado se

¹⁰⁸ La responsabilidad concurrente es una derivación del principio sentado por el Art. 1753 del Código Civil y Comercial en virtud del cual se describe la responsabilidad del principal por el dependiente. La misma se entiende como una responsabilidad de tipo objetiva, de conformidad a ello, la ley 26.944 ha adoptado la misma línea de ideas en los términos de su artículo primero. Por otro lado y en cuanto a la concurrencia corresponde posicionar al concepto dentro de los términos del Art. 850 del Código Civil y Comercial en virtud del cual se entiende por obligaciones concurrentes “... son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes”. Es así, como la obligación del funcionario será a título directo como consecuencia de su obrar, mientras que la del estado será a título indirecto de forma objetiva y según corresponda dentro de los términos del art. 1753 o 1763 del Código Civil y Comercial.

¹⁰⁹ IVANEGA, Miriam M. “Las incertidumbres de la ley 26.944: apuntes sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos”. Publicado en: DJ18/03/2015. Cita Online: AR/DOC/352/2015. Pág 1.

empobrece como consecuencia del proceder de un funcionario que habría actuado con culpa o dolo en el ejercicio u ocasión de las funciones que le fueren asignadas e incluso implicaría la falta de pago de la sentencia condenatoria si esta se hubiera dictado oportunamente.

La acción de regreso implicaría la posibilidad que tiene el Estado de retornar a la situación económica previa al pago de los daños y perjuicios derivados del daño ocasionado¹¹⁰.

En principio la obligación inicial de resarcir el daño producido se ve cubierta por el desembolso económico proveniente del Estado y procede a su extinción, es este último quien ahora se ve como acreedor – sujeto activo- de una nueva obligación frente a la cual el funcionario sería el deudor –sujeto pasivo- y que tendría como fin volver las cosas al mismo estado que se encontraban previamente al pago de la indemnización correspondiente. Corresponde tener siempre presente que el Estado Nacional, a los fines prácticos no es una entequeia, impalpable y de imposible determinación, sino por el contrario está integrado por la totalidad de los habitantes de la nación y son estos quienes directamente se ven perjudicados por el no ejercicio de la “Acción de Regreso”, que implicaría nuevamente la modificación patrimonial disvaliosas en los contribuyentes, puesto el dinero para zanjar la cuestión debería provenir de situaciones impositivas más gravosas.

2.7.1. Requisitos.

Ahora bien, para que concurra la acción es preciso que previamente se den un conjunto de requisitos que se deberán ponderar según el caso concreto a evaluar y que pueden ser resumidos de la siguiente manera: 1) El perjudicado por el actuar doloso/culposo del funcionario debe haber sido resarcido de los daños y perjuicios determinados previamente por sentencia judicial; 2) El

¹¹⁰ La necesidad de un reintegro surge de la propia normativa previo al dictado de la ley 26.944, claramente se observa dicha circunstancia en la ley 24.156 Art. 130, donde exige la retribución de lo pagado por parte del Estado como consecuencia de una indemnización por el obrar doloso o culposo de sus funcionarios públicos.

Estado, debe haber sido el sujeto encargado del pago de la indemnización de forma íntegra; 3) Se deberá tramitar un expediente administrativo con la finalidad de determinar si el funcionario es responsable o no (a título de dolo o culpa, siempre y cuando no se pueda determinar la responsabilidad individual que surja de la sentencia judicial), el mismo deberá contar con el respaldo documental correspondiente a lo cual podría sumársele testimonio o copia certificada de la sentencia de daños y perjuicios a través de la cual el Estado se vio obligado al pago. Es esencial el inicio del sumario administrativo cuando no se pueda determinar en la sentencia la persona obligada al pago, puesto para poder iniciar la acción por la vía judicial es necesario poder determinar el sujeto pasivo (si actuó de forma individual o conjunta, en este último caso la participación que habría tenido, etc.) y la cuantía del monto a reclamar; 4) En caso de que solo sea demandado el Estado Nacional, este deberá citar al funcionario como “tercero”¹¹¹ a fin de que con posterioridad se pueda iniciar la Acción de Regreso¹¹².

2.7.2. Discrecionalidad en su aplicación.

En cuanto a la discrecionalidad propiamente dicha, corresponde en principio, pronunciarse en contra de la misma, ello con fundamento, en que se generaría un Enriquecimiento por parte del Funcionario condenado al pago en detrimento del patrimonio Estatal que no sería ni más ni menos soportado económicamente por los contribuyentes.

Por otro lado, se generaría una situación de desigualdad que determinaría que algunos funcionarios estén exceptuados del pago (requiriéndose en dicho caso, previamente la sanción de una norma proveniente del Poder Legislativo – como representante del Pueblo de la Nación- con

¹¹¹ La CSJN ha dicho (fallos: 330:3888) Que: “Corresponde a quien solicita la citación de terceros acreditar que se trata de uno de los supuestos que autorizan a disponerla, esto es, que se invoque concretamente la presencia de una comunidad de controversia con las partes o que pueda mediar, en caso de existir una sentencia adversa, la posibilidad de encontrarse sometido a una futura acción de regreso contra ellas, esto es, para evitar que los terceros aleguen que la derrota fue consecuencia de la deficiente defensa. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-”.

¹¹² FASSI, Santiago C.- YAÑEZ, Cesar D. “Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado”. Ed. Astrea. Tomo I. Arts. 1 a 174. Bs.As. 2002.Pág. 529.

la finalidad de determinar los parámetros objetivos para la exigencia o no de la aplicación de la Acción de Regreso, suplantando la voluntad de representante de turno) mientras que otros no.

Por otro lado, aceptar que algunos funcionarios no respondan implicaría un ejemplo negativo para el resto de los mismos, puesto ante daños producidos observarían que no existe responsabilidad patrimonial efectiva alguna, generando una situación de irresponsabilidad y un régimen privilegiado frente al sistema del Código Civil y Comercial. En el mismo orden de ideas se enrola Hutchinson¹¹³ y Andrada¹¹⁴.

2.7.3. Prescripción.

En cuanto a la Prescripción de la Acción de Regreso, podemos decir que el plazo se encuentra determinado por el Art. 9 Párr. 3 Ley 26.944, siendo el mismo de 3 años, ello acorde al Código Civil y Comercial en referencia a las acciones de responsabilidad o daños (o Plazo “genérico” luego de la unificación de las responsabilidades, según lo entiende López Herrera¹¹⁵ en contraposición a Ivanega¹¹⁶).

Ahora bien, el párrafo en cuestión termina diciendo que el plazo de prescripción comenzara a correr “*a partir de que la sentencia firme que estableció la indemnización*”, situación que nuevamente genera una desigualdad y el sometimiento a un régimen especial y privilegiado con

¹¹³ ROSATTI, Horacio “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegético”. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 2014. Pág. 317.

¹¹⁴ ANDRADA, Alejandro Dalmacio “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2017. Págs 270-272.

¹¹⁵ LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. “La Prescripción de la Acción de Daños en el Nuevo Código Civil”. Ed. La Ley Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/420/2015. Bs. As. 2015.

¹¹⁶ IVANEGA, Miriam M. “Las incertidumbres de la ley 26.944: apuntes sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos”. Publicado en: DJ18/03/2015. Cita Online: AR/DOC/352/2015.Pág. 2.

respecto al Funcionario, sabido es que el cumplimiento de “Plazos Razonables” por parte del Poder Judicial Nacional es un principio a seguir, un Norte, que en la práctica tribunalicia no se efectiviza, a esto se le debe sumar el arduo y largo proceso de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional, lo que traducido en la práctica, implicaría que el Estado efectuaría las erogaciones dinerarias para el pago de la indemnización y una vez acontecido esto carecería de Acción de Regreso contra el Funcionario, por estar la misma prescripta. Es por ello, que correspondería contabilizar el plazo de prescripción a partir del efectivo pago de la indemnización, puesto de esta manera el Estado tendría tiempo de poder iniciar el sumario administrativo (si correspondiere) o directamente la Acción de Regreso.

Pretender defender la redacción actual del artículo conllevaría como se comento previamente a la existencia un régimen privilegiado que en la práctica implicaría la irresponsabilidad del Funcionario y un enriquecimiento incausado.

Situación no menor es la determinada por el Art. 2561 3º párr. del Código Civil y Comercial en virtud del cual se establece la imprescriptibilidad de las Acciones Civiles derivadas de los Delitos de Lesa Humanidad, al respecto, en principio podemos decir que chocaría con lo establecido tanto el Código Civil y Comercial como por la Ley 26.944, en cuanto hace referencia a la inaplicabilidad del Código Civil y Comercial y sus principios, cabe decir que en el caso en el cual un Funcionario Nacional cometiera un Delito de Lesa Humanidad, se le podrían reclamar los daños y perjuicios producidos no solo a él, sino también a sus herederos, al igual que permitiría la acción de reivindicación respecto a las cosas sustraídas, etc.

2.8. Daño punitivo y astreintes contra el funcionario.

El párr. 3° del Art. 1 Ley 26.944, establece que “*la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios*”, en principio no se sabe a que hace referencia si únicamente se refiere a los daños punitivos o a las astreintes o por el contrario de forma conjunta a ambas instituciones jurídicas.

En el caso del Daño Punitivo, el Art. 2 de la Ley 24.240, al considerar proveedor a las “*personas físicas de o jurídicas de naturaleza pública o privada*” establece la posibilidad de accionar (art. 40. 24.240) e imponer en los términos del Art. 52 bis. El daño punitivo siempre que estemos en supuestos de particular gravedad siendo está configurada cuando media una “*manifiesta y grave despreocupación*”¹¹⁷, esto quiere decir, que privar al damnificado de la posibilidad de reclamar el rubro del Daño Punitivo, cuando estemos en presencia de una relación de consumo (Art. 3 Ley 24.240) conllevaría a una violación a los principios constitucionales de integralidad¹¹⁸ en la reparación del perjuicio (Art. 33 y 75 inc.22 CN), igualdad (Art. 16 CN) y propiedad (Art. 17 CN), generando un beneficio para el Funcionario.

En el caso de las Astreintes¹¹⁹, podemos entender que son “condenas pecuniarias que los jueces se encuentran facultados para aplicar contra quienes, deliberadamente, desobedecen sus mandatos a fin de conminarlos a su específico cumplimiento. Funcionan como método conminativo y no sancionatorio, teniendo como único fin el cumplimiento de una obligación de hacer. Tienen

¹¹⁷ Conf. Autos: “Martínez Pedro Eduardo c/ Gire S.A. S/ordinario” Cam. Nac. Apel. Sala D- 2/08/2018.

¹¹⁸ Cierta doctrina –Rossati, Perrino entre otros- considerar que los daños punitivos son una sanción netamente punitiva que nada tiene que ver con la reparación integral al perjuicio sufrido por la víctima, circunstancia esta que está superada ampliamente en la doctrina, puesto no solo implican una sanción, sino que por el contrario conllevan una disuasión, de carácter preventivo, con la finalidad de evitar cualquier perjuicio que se pueda llegar a ocasionar y que verse sobre circunstancias similares al caso en el cual fueron aplicados. De hecho esta parte considera, que los mismos debieran ser extendidos a otros ámbitos del derecho e incluso con relación específicamente a la ley 24.240, los mismos deberían consistir en un porcentaje de las ganancias de los ingresos del sujeto dañador, no solo para evitar el daño sino también, para recuperar las posibles ganancias que hubiera obtenido como consecuencia del producto o servicio –debe pensarse que son sumas multimillonarias las obtenidas con productos o servicios defectuosos que son consumidos masivamente-.

¹¹⁹ Encuentran mención expresa en el Art. 804 del Código Civil y Comercial de la Nación.

carácter provisional y pueden ser dejadas sin efecto si el deudor desiste de su resistencia y justifica su actitud”¹²⁰. Cabe decir que en el caso específico de las Astreintes, la doctrina Mayoritaria considera que sería viable su aplicación¹²¹ y que el Artículo en cuestión (Art. 1 26.944), solo se referiría a los daños punitivos, por lo que no puede ser considerado una limitación en cuanto a su aplicación lo establecido por el Art. 804 del Código Civil y Comercial.

En principio, como ya se planteo oportunamente, el régimen derivado de la ley 26.944, tiene como finalidad limitar la responsabilidad del Estado y de forma conjunta la del Funcionario Público, en ese orden de ideas, creo un régimen tuitivo que desiguala al resto de la sociedad en referencia a la producción de perjuicios e incluso podría decirse, que admite tácitamente un favorecimiento a los mismos, puesto sin el funcionario no recibe una sanción por su actuar doloso o culposo abrirá el camino a que efectúe nuevos perjuicios en contra de los administrados, los mismos funcionarios o el Estado.

2.9. Prescripción liberatoria en la ley 26.944 Respecto del Funcionario Público.

El plazo de prescripción respecto de las acciones que puedan tener nacimiento como consecuencia de los hechos dañosos producidos por el funcionario en ocasión o ejercicio de sus funciones es de tres años contados a partir de sufridos estos o que la acción de daños este expedita¹²², según reza el Art. 9 2 Párr. de la Ley 26944 “*La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años*”.

¹²⁰ Conf. CNAT Sala I Expt. N° 24515/04 sent. int. 56181 29/9/05 “Santa Cruz, José c/ EFA s/ ind. art. 212” (V.- P.-).

¹²¹ BUERES, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 3F Arts. 1708-1881 DERECHOS PERSONALES”. ED. Hammurabi. Bs. As. 2018. Pág.709.

¹²² ANDRADA, Alejandro Dalmacio “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2017. Pág. 253.

Nuevamente nos encontramos con una regulación limitada, motivo por el cual, obliga al intérprete a aplicar por analogía los principios sustentados por el Código Civil y Comercial, en este orden de ideas se enrola Lopez Herrera¹²³, Parellada¹²⁴, Perrino¹²⁵, Andrada¹²⁶, etc.

Debemos destacar al respecto que en principio la Ley 26.944 en su Art.1 solo dispone que las normas del Código Civil y Comercial no sean aplicables a la Responsabilidad en la que pudiera incurrir el Estado, por otro lado el Art. 1766 del Código Civil y Comercial, sostiene que “*Los Hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*”, motivo por el cual, nada se dice expresamente con relación a la prescripción y por último y no menos importante, el Art. 75 inc.12 de la CN Establece como una facultad propia del Congreso Nacional el dictado del Código Civil, a tal fin el Art. 126 CN en el mismo orden de ideas entiende que el dictado del ordenamiento en comentario es una facultad delegada por las Provincias a la Nación, una vez dicho esto, debe entenderse que en cuanto al instituto de la Prescripción el mismo estará regido por las pautas del Código Civil y Comercial de la Nación en la totalidad de sus aspectos, motivo por el cual, me opongo a la postura jurisprudencial sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del caso “Larrabeiti Yañez, Anatole

¹²³ LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. “La Prescripción de la Acción de Daños en el Nuevo Código Civil”. Ed. La Ley Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/420/2015. Bs. As. 2015.

¹²⁴ PARELLADA, Carlos A. “La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos”. Publicado en: LA LEY 16/09/2013. Cita online: AR/DOC/3185/2013.

¹²⁵ PERRINO, Pablo Esteban “La Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2015.

¹²⁶ ANDRADA, Alejandro Dalmacio “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2017.

Alejandro y otro v. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento” del 30 de Octubre de 2007 en virtud del cual, se sostiene que las acciones civiles son prescriptibles respecto de los delitos de lesa humanidad, puesto parte de las obligaciones que acarrea la comisión de un delito es la reparación del daño, el cual debe efectuarse de forma plena, como lo vengo sosteniendo respecto de los funcionarios públicos.

Es así, como el art. 2561 3º párrafo del Código Civil y Comercial sostiene que "Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles", motivo por el cual, se podrán ejercer siguiendo el orden de ideas planteando previamente contra los Funcionarios Nacionales, Provinciales y Municipales que cometan dichos delitos.

2.9.1. Dispensa y Renuncia.

La prescripción tiene lugar cuando como consecuencia del transcurso de un lapso determinado de tiempo sumado a la inacción del acreedor se torna la obligación en natural careciendo esta de acción para exigir su cumplimiento, ello con fundamento en la “seguridad jurídica”. El Juez no está habilitado para decretar la misma de oficio, sino que esta debe ser solicitada a petición de parte interesada.

El Art.2550 del Código Civil y Comercial establece la posibilidad de que a través de una resolución judicial se dispense de la prescripción ya cumplida al titular de la acción cuando hubiere “*dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción*”. La norma en comentario implicaría una causal de suspensión anómala de la prescripción, generalmente la misma se funda en el ex Art. 3980 del Código de Vélez cuya nota fundada en Aubry y Rau sustentaba la dispensa para épocas de guerra o situaciones en las cuales hubiera sido imposible materialmente el ejercicio de la acción.

El instituto puede ejercitarse en cualquier momento incluso hasta un plazo de seis meses contados a partir de que se cesaron los impedimentos.

En cuanto a la renuncia, la misma se legisló en el Art. 2535 del Código Civil y Comercial y jurisprudencialmente¹²⁷ por la Corte Suprema, según el cual el deudor se cesa en la posibilidad de requerir la prescripción frente al acreedor de la obligación, motivo por el cual esta sigue vigente siendo plenamente exigible. En el caso que nos ocupa se daría, por ejemplo respecto del funcionario con; a) relación a la acción de regreso del Estado contra aquel; b) Con respecto a los daños producidos por el funcionario contra terceros.

2.9.2. ¿Cuándo hacerla valer?

Nuevamente es el Código Civil y Comercial quien establece en el Art. 2553 que la misma debe ser opuesta en: a) El plazo para contestar demanda en los procesos de conocimiento, ahora bien si el demandado fue declarado en rebeldía, no podrá hacer valer la prescripción; b) El plazo para oponer excepciones en los procesos de ejecución; c) En el caso de terceros interesados en la primera presentación.

2.9.3. Suspensión e interrupción.

La Suspensión de la Prescripción, encuentra regulación legal a partir del Art. 2539 del Código Civil y Comercial, consistiendo la misma en la en detención del computo del plazo¹²⁸, esto quiere decir que se paraliza el mismo, para reiniciarse cuando desaparezca la causal, ahora bien el plazo transcurrido no se extingue ni se pierde reanudándose oportunamente al momento de su suspensión.

¹²⁷ C.S.J.N. “Faifman, Ruth M. y otros c. Estado Nacional s/ Daños y Perjuicios” 10/03/2015.

¹²⁸ El plazo debe computarse en días corridos en los términos del Art. 6 del Código Civil y Comercial.

Se puede decir que estamos en presencia de una institución de excepción que otorga un beneficio, pero ello sin alterar el orden público teniendo su fundamento en la imposibilidad del acreedor para hacer valer sus derechos en determinadas oportunidades.

En cuanto a las causales de suspensión en el caso de los funcionarios públicos podemos mencionar de modo ejemplificativo: a) La interpelación auténtica (Art. 2451 CCyC); b) La mediación (Art. 2542);c) Se suspende entre la persona jurídica y sus administradores o personas que desempeñen la función de fiscalización durante el ejercicio de sus cargos (Art. 2542 inc. d CCyC); d) A favor y en contra del heredero con responsabilidad limitada, respecto de los reclamos que tienen por causa la defensa de derechos sobre bienes del acervo hereditario (Art. 2543 inc. e CCyC).

Por otro lado y en cuanto a la interrupción se encuentra legislada en el Art. 2544 del Código Civil y Comercial, la misma consiste en la detención definitiva del lapso de tiempo, tornando inexistente el tiempo transcurrido con anterioridad a la misma (sería en la práctica lo opuesto a la suspensión), así para que corra la misma se necesita de un nuevo lapso de tiempo. Esta para surtir efectos debe ser dirigida contra el deudor de forma judicial debiendo ser probadas por quien las alega.

En cuanto a las causales podemos decir que son las siguientes:1) El reconocimiento del derecho contra la persona que prescribe (Art. 2545 CCyC); 2) La demanda o petición judicial (Art. 2546 CCyC); La solicitud de Arbitraje (Art. 2547 CCyC); El reclamo administrativo previo, para el acceso al poder judicial (Art. 2548 CCyC); El ejercicio del derecho de retención (Art. 2592 CCyC).

2.10. La regulación de la responsabilidad en el Código Civil ¿Es posible que las provincias apliquen su propio régimen civil?

En principio algunos autores Iuspublicistas (Por así llamarlos) consideran que la facultad de legislar sobre la materia, podría ser llevada adelante por las Provincias e incluso por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pretenden derivar dichas facultades de lo determinado por los Arts. 121, 122, 129 y 75 de la Constitución Nacional. Así dichas las cosas, entenderían que las Provincias de forma conjunta con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tienen facultades propias y no delegadas al Estado Nacional, permitiéndoles establecer un propio régimen jurídico en relacionado a la Responsabilidad tanto del Estado, como de los Funcionarios Públicos que recaigan bajo su órbita.

Otra posición que considero la acertada, y compartida por ciertos autores¹²⁹ (al igual que lo estableció la Comisión 3 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹³⁰) considera con diferentes matices, que la Responsabilidad del Estado y por lo tanto del Funcionario Público son materias delegadas por las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la Nación. Esta posición es acorde a lo establecido con la Constitución Nacional, quien describe claramente en el Art. 1 que la Nación adopta la forma Representativa, Republicana y Federal, en consonancia con ello el Art. 5 establece que las Provincias dictaran para sí, una Constitución de acuerdo al sistema Representativo y Republicano en consonancia con los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional. En ese orden de ideas se delega por las Provincias a favor del Estado

¹²⁹ LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. “Comentario a los Arts. Del Nuevo Código Civil y Comercial” en RIVERA, Julio C.-MEDINA, Graciela (Directores). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V. Ed. La Ley. Bs. As. 2014. Ps. 10 y 11; ALFERILLO, Pascual “Comentario a los Arts. Del Nuevo Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”. Tomo VIII. Ed. La Ley. Bs. As. 2015. Pág.374; IBARLUCIA, Emilio A. “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o ley provincial?”. Publicado en: LA LEY 07/07/2014. Cita Online: AR/DOC/2129/2014.

¹³⁰ XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. **COMISIÓN 3: DERECHO DE DAÑOS. TEMA: “RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS AGENTES PUBLICOS”.** Celebradas en la Universidad de Buenos Aires en el Año 2013.

Nacional el dictado de los Códigos de Fondo (Art. 75 inc.12 CN) dentro de los cuales se encuentra el Código Civil y Comercial de la Nación, encargado este último de regular un sistema de responsabilidad Civil (Puesto el Código Penal, también regula un sistema de responsabilidad pero que se vincula con otro aspecto de la misma), congruente con ello es el Art. 126 de la CN en virtud del cual, las Provincias (por lo tanto los municipios que las integran quedaran igualmente limitados, de conformidad al principio de supremacía Constitucional que surge de los Arts. 5, 31, 75 inc.22, 123 y 126) no ejercen de forma alguna el poder que se hubiere delegado a la Nación.

Es así, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el voto en disidencia del Dr. Petracchi en los autos caratulados “Cena Juan Manuel c/ Provincia de Santa Fe”¹³¹ del 18/11/1999, fija los parámetros respecto a la imposibilidad de que un Estado Provincial dicte normativa respecto a materias que fueron delegadas a la Nación. Que en este mismo orden de ideas, por otro lado aceptar el dictado de normativa referente a la Responsabilidad tanto Estatal como del Funcionario Público por parte de Provincias y Municipios implicaría desvirtuar el propio Art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, que tuvo como finalidad, lograr la homogeneidad legislativa en ciertas materias para evitar los posibles conflictos –contradicciones y lagunas jurídicas- y para que de esta manera se cumpla con el Arts. 7 y 8 de la Constitución Nacional.

Por lo dicho, resulta incompatible con el sistema Constitucional actual el dictado de normas referentes a la responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos que tengan carácter local (Provincial o Municipal), aceptar la posibilidad contraria sería forzar los parámetros Constitucionales actuales creando situaciones inexistentes para amparar o fundar posiciones doctrinarias que llevarían a una incongruencia normativa, sumado a una sobreabundancia de

¹³¹ Fallos: 322:2817.

legislaciones que tornaría inaplicable el ejercicio de los Derechos Individuales por parte de los habitantes de la Nación contrariando los principios del Preámbulo de la Constitución Nacional y de su texto actual.

2.11. Diferentes tipos de responsabilidad de los funcionarios Públicos:

2.11. A. Responsabilidad Administrativa.

La responsabilidad administrativa del Funcionario será aquella que esté vinculada para con la administración en cuyo caso podrá consistir: 1) En la existencia de un régimen disciplinario que se hará efectiva cuando el funcionario transgreda una norma propia de la función pública que podrá culminar con la aplicación del régimen disciplinario pertinente¹³²; 2) Responsabilidad patrimonial la cual según Hutchinson¹³³ se divide en dos: a. Responsabilidad Administrativa patrimonial ordinaria que se da como consecuencia de los perjuicios económicos que crea el funcionario y son sufridos por el Estado –incluso los gastos derivados del pago de sentencias condenatorias- y b. Responsabilidad administrativa contable: entendida esta como aquella que surge de la obligación de rendir cuentas, cuando se maneja dinero público, tienen como ejemplo máximo “ Juicio de Rendición de Cuentas”.

2.11. B. Responsabilidad Penal.

El código penal Argentino es aplicable al funcionario público cuando su actuar se adecue al concepto de delito (Acción, típica, antijurídica y culpable) pudiendo los mismos ser dolosos o culposos según sea el caso y respondiendo este de manera directa por ser considerado el derecho

¹³² DE LA CANAL, Darío “La responsabilidad de los funcionarios públicos en su rol dentro de la sociedad”. Publicado en: RDLSS 2015-1. Cita Online: AP/DOC/1276/2014.Pág.4.

¹³³ ROSATTI, Horacio “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegético”.Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 2014. Págs. 290 y 291.

penal como un derecho de autor esto obviamente sin perjuicio de concurran otras causales que deberán ser evaluadas en los casos concretos según corresponda.

Cumplidos dichos recaudos y adecuada la conducta a alguna de las tipificadas en el Código penal, comenzará a regirse dicho comportamiento por la normativa en comentada, pudiendo estos ser desde delitos que lesionen la propiedad privada, pasando por aquellos que sean efectuados contra la seguridad pública, delitos contra la administración pública, delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, delitos contra la fé publica delitos contra el orden económico y financiero, etc.

2.11. C. Responsabilidad Política

Este tipo de responsabilidad recaerá sobre aquellos funcionarios que se encuentren en ejercicio u ocasión de sus funciones como consecuencia de una elección popular directa o indirecta (llamado vulgarmente puesto político) o incluso respecto de los cuales se requiera para la remoción un Juicio Político en los términos del Art. 53 CN, o la aplicación de una moción de censura (Art. 101 CN) la misma tendrá lugar por la adopción de medidas impopulares o incluso contrarias a derecho.

Capítulo III

La responsabilidad del Funcionario Público en Chubut

3.1. La responsabilidad en la Constitución Provincial (Art. 69 C.P.CH).

En principio, para tratar el tema en cuestión, conviene recordar que a nivel Nacional el Estado se inició con la doctrina de la “irresponsabilidad” fundada no solo en el antiguo Art. 100 de la norma suprema (que se refería a que el Estado solo podía ser actor nunca demandado), sino que también a ello se le sumaba “La teoría de la Doble Personalidad del Estado”, incluso por aquel entonces la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostenía esta postura en sus fallos¹³⁴.

Esta concepción comienza a cambiar con la irrupción del Código Civil de Vélez y con la sanción a nivel nacional de la ley N°675, requiriéndose a través de la misma una autorización legislativa para demandar al Estado Nacional, este sistema solo duro hasta la sanción de un nuevo cuerpo legal (la Ley N°3.952), en la cual se eliminaría la autorización legislativa en el caso de demandas contra el Estado Nacional, pero como contrapartida se obligará a efectuar el reclamo administrativo previo.

A través de una nueva normativa del Congreso, -esto es la Ley N° 11.634- se pone fin a la “Teoría de la doble personalidad del Estado Nacional” al mismo tiempo comienzan a surgir precedentes judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como lo es el caso “Tomás Devoto”¹³⁵ caso en el cual, por responsabilidad de funcionarios públicos (empleados del telégrafo) se comete un incendio por las “chispas desprendidas de un brasero deficiente”.

¹³⁴ Conf.Fallos: 1:317; 2:36; etc.

¹³⁵ Conf. "Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación" 22/09/1933. C.S.J.N.

Situación similar ocurrió en el caso “Ferrocarril Oeste”¹³⁶ donde el registro de la propiedad emitió un certificado de dominio defectuoso, la emisión de dicho documento debió ser realizada por un Funcionario -quien para ocupar dicho puesto debía cumplir con la idoneidad requerida por el Art. 16 de la Constitución Nacional-. Quien efectivamente tuvo que efectuar las erogaciones dinerarias para solventar la sentencia condenatoria fue al Estado de la Provincia de Buenos Aires, eso sí, de manera correcta -según mi postura- fue la adopción de una teoría de la responsabilidad indirecta por parte de la Provincia.

En “Vadell”¹³⁷ acontece nuevamente la misma situación con respecto al obrar de los funcionarios del registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, pero cambiando de postura y adoptando una nueva posición respecto a la responsabilidad siendo esta objetiva y directa entendiendo que los funcionarios son “órganos” del Estado y por ende su obrar sería el obrar Estatal.

En todos los casos mencionados quienes iniciaron la actividad que culminó en responsabilidad Estatal fueron Funcionarios Públicos. Lo que vemos en la práctica es que el Estado termina siendo el responsable de cargar con los perjuicios realizados por sus Funcionarios, debemos recordar la frase imperante en ciertos ámbitos políticos de la actualidad “El Estado Somos Todos”, no menos cierta, puesto un Estado sin Población carecería de existencia como tal (Entendiendo que la población es uno de los elementos que lo integran), pero quienes mantienen la existencia del Estado (Nacional, Provincial o Municipal) son los contribuyentes mediante sus impuestos y sobre estos es que verdaderamente reposa la obligación de resarcir los perjuicios que ocasionan los Funcionarios en el ejercicio u ocasión de sus funciones, motivo por el cual si bien

¹³⁶ Conf. Fallos Corte: 182:5.

¹³⁷ Conf. “Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización”. C.S.J.N. 18/12/1984.

el “Estado Somos Todos” económicamente su manutención no es realizada por todos y ello implica que en principio –como se sostuvo previamente- para ciertos casos, el Funcionario responda de manera directa y el Estado lo haga de manera indirecta resguardando su patrimonio y sobre todo el de los contribuyentes.

Teniendo en cuenta la breve enumeración de la normativa y jurisprudencia previa a 1957 efectuada –Con excepción de “Vadell”- y con los comentarios vertidos , conviene decir que la primera Constitución de la Provincia de Chubut (cuya entrada en vigencia fue en 1957), establecía en su articulado -de avanzada por aquel entonces- la responsabilidad del Funcionario Público Provincial, lo hacía a través del Art. 1¹³⁸ y 5¹³⁹ donde sentaba la adopción de la forma Republicana de gobierno, ello de conformidad a los principios establecidos por la Constitución de la Nación, para enfocarse plenamente en el tema de fondo en el Art. 20 el cual pregonaba *“Todo empleado o funcionario Público a quien se le impute delitos en el ejercicio de sus funciones o faltas que afecten su actuación pública, estará obligado a acusar para vindicarse. Gozará del beneficio del proceso gratuito”* teniendo como finalidad prevenir la existencia de “mal desempeño” en la función de quienes la detentaban.

Tanto a través de la adopción del sistema republicano en donde se entiende la “Responsabilidad del Funcionario Público” es uno de sus elementos integrantes, hasta lo que surge de la lectura in fine del Art. 20 de la Constitución Provincial de 1957, el Funcionario chubutense ha estado sometido a un régimen de responsabilidad, a través del cual se veía compelido en principio a

¹³⁸ Art. 1 de la Constitución Provincial de 1957. La Provincia del Chubut, como parte integrante de la República Argentina, de acuerdo con el régimen federal de la Constitución Nacional, que es su ley suprema, organiza su gobierno bajo la forma republicana representativa y tiene el libre ejercicio de todos sus poderes y derechos que no hayan sido delegados al Gobierno Nacional.

¹³⁹ Art. 5 de la Constitución Provincial de 1957. Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y que esta Constitución da por reproducidos, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno y que corresponden al hombre en su calidad de tal, como individuo y como integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad y busca el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social.

responder por su actuación en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas, para con posterioridad si correspondiere el Estado Provincial responder por los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado.

La Constitución de la Provincia de Chubut, fue modificada por última vez en 1994 con la finalidad de no convertirse en ley muerta, en dicha modificación se incorporaron gran cantidad de instituciones jurídicas tendientes a tutelar de mejor manera los derechos de los Chubutenses. Dicha reforma a diferencia de lo que ocurrió en Nación, vino a significar la posibilidad de exigir a los Funcionarios cierta calidad en el ejercicio de sus funciones que se vio amparada por los Arts. 67, 68, y 69 ubicados en el Título II, Capítulo I, generando de esta manera la posibilidad de demandar por daños y perjuicios a los Funcionarios que actuaren en mal desempeño de sus funciones, también se vinculan a la temática en cuestión la segunda parte de la Constitución Provincial, Sección IV “Juicio Político y Tribunal de Enjuiciamiento” (Arts. 198 a 214) y la Sección V “Órganos de Contralor” (Arts. 215 a 223) pero su estudio excede a la presente obra.

Es así, como lo establece el Art. 69 de la Norma suprema Provincial *“Todos los funcionarios públicos, electivos o no, y aun el Interventor Federal, en su caso, son solidariamente responsables con el Estado por los daños y perjuicios a que dé lugar el mal desempeño de sus funciones. En tales supuestos debe accionarse contra el responsable para que indemnice al Estado los daños que con su actuación le haya erogado. El estado y los municipios están obligados a hacer citar al juicio en que son demandados a los funcionarios o ex funcionarios que se encuentren en las condiciones precedentes y a ejercitar la pertinente acción de repetición”*.

La norma en cuestión, viene a implicar un adelanto técnico con notable redacción frente al vacío que se generó al respecto en la Reforma Constitucional a nivel Nacional, quedando exceptuados

de los temas a tratar por la Convención Constituyente según lo determino la Ley 24.309 (“Declaración de la Necesidad de su Reforma”) la responsabilidad de los Funcionarios Públicos.

El tema en cuestión, si se analiza en profundidad, tiene una importancia trascendental para la vida de la República y sobre todo del Estado, quienes administran salud, justicia, educación, seguridad, economía, sistemas energéticos, redes viales, redes fluviales, redes de comunicación, sistemas de producción, etc. son Funcionarios Públicos y los perjuicios que ocasionen en dicha administración para con los terceros o para con el Estado Provincial deben ser solventados de manera plena, en cuyo caso el dinero para pagar dichas sentencias condenatorias debería provenir del propio Funcionario y en el caso de que este careciera del mismo, el Estado Provincial o Municipal según corresponda debería solventar la indemnización, para con posterioridad ejercitar oportunamente la acción de regreso o repetición según lo establece el artículo en comentario.

3.2. Presupuestos del Art. 69 de la Constitución Provincial.

En cuanto a los presupuestos establecidos por el Art. 69 de la Constitución Provincial, al respecto cabe destacar que solo se hace mención expresa al “Mal Desempeño en las Funciones” lo que conllevará la obligación de indemnizar los “daños y perjuicios” que se ocasionen.

Del propio texto del artículo en mención se extrae que el Funcionario debe obrar en “Mal Desempeño en las Funciones”¹⁴⁰, pero ¿Cómo debe vislumbrarse este concepto a la luz de la normativa y jurisprudencia actual? Cabe decir al respecto que en principio el mismo se encuentra en consonancia con lo establecido por el Art. 53 de la Constitución Nacional en referencia a las conductas que permitan requerir el Juicio Político. Es así como debe interpretarse al mismo, esto

¹⁴⁰ Se puede observar claramente que se genera la primera distinción con la Ley 26.944 en donde se requiere de un “cumplimiento irregular de las funciones” según proclama el Art.9 de la Ley Nacional.

es como un concepto dinámico y abierto, que puede evocar distintas circunstancias según sea la situación a la cual debe avocarse y el Funcionario Provincial/Municipal y/o Federal según se verá más adelante que actúe dentro de dichas funciones.

Con respecto a el “Mal desempeño”, en principio hay quienes como el histórico Constitucionalista Joaquín V. González que consideraron al mismo como aquel que “*perjudica al servicio público, deshonren al país o la investidura pública e impidan el ejercicio de los derechos y garantías de la Constitución*”¹⁴¹, Gelli por su parte considera que el concepto tiene una doble concepción de acuerdo a quien se aplique, así para los integrantes del poder Ejecutivo (Presidente, vice, Jefe de Gabinete, Ministros) “*el mal desempeño supone una valoración político institucional no partidaria de los actos y omisión de los funcionarios teniendo a la vista resultados y consecuencias de aquel obrar para las instituciones o para la confianza pública que los ciudadanos debieran tener en los funcionarios*”¹⁴², la misma autora incluso considera como pasible de incurrir en la causal de mal desempeño aquella circunstancia en la cual el funcionario perciba inhabilidades o incapacidades sobrevinientes, actos notorios de vacío de poder, circunstancias de la vida privada que son escandalosas¹⁴³ en el segundo aspecto y aplicado a funcionarios del Poder Judicial, considera que los requisitos y exigencias deben ser incluso más duros para con estos de conformidad a que los mismos son inamovibles, por su parte Bielsa

¹⁴¹ GONZALEZ, Joaquín Víctor “Manual de la Constitución Argentina”. Ed. Estrada. Bs. As. 1951. Pág. 504.

¹⁴² GELLI, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”. Ed. La Ley. 4ta Edición ampliada y actualizada. Tomo II Arts. 44 al 129. Bs. As. 2015. Pág. 35.

¹⁴³ Sin ir más lejos tenemos el caso del Embajador Argentino en Chile, Oscar Spinoso Melo, quien durante el Gobierno Menemista ocupó dicha embajada y fue removido de la misma por actuaciones indecorosas. Más tarde un Periodista Chileno llamado Francisco Martorell publicaría a través de la editorial Planeta una obra titulada “Impunidad Diplomática” donde describiría las orgías de sexo y drogas organizadas por el funcionario, que a su vez eran utilizadas como medios de extorsión según los dichos del Periodista. No fue sino la propia C.S.J.N. mediante su fallo del 6 de Diciembre de 2006 en autos caratulados “Spinoso Melo, Oscar Federico c/ E.N. CM° de Relaciones Exter. Comer. Internacional y CultoC s/ empleo público” la que se pronunció al respecto, detallando que el funcionario debía conducirse decorosamente no solo en su vida pública sino también en la privada.

considera que *“la expresión mal desempeño del cargo tiene una latitud considerable y permite un juicio discrecional amplio, pues se trata de la falta de idoneidad no sólo profesional o técnica, sino también moral, como la ineptitud, la insolvencia moral, todo lo cual determina un daño a la función, o sea a la gestión de los intereses generales de la Nación. La función pública, su eficacia, su decoro, su autoridad integral es lo esencial; ante ella cede toda consideración personal”*¹⁴⁴, por último el maestro Sagües entiende *“es un concepto elástico equivalente a un tipo penal abierto. Comprende actos dolosos o culposos (...) que evidencian incapacidad para ejercer el cargo. El mal desempeño puede aludir a impericia técnica o falta de cualidades éticas para ocupar la magistratura en cuestión”*¹⁴⁵, por lo visto estamos en presencia de un concepto que es abierto, como se menciona al principio, pero que además debe adecuarse a cada caso concreto, juzgando las circunstancias del mismo y ponderando los intereses Provinciales y Municipales, dentro de las pautas que fijan la Constitución, la leyes, la Buena Fé, y las buenas costumbres.

A nivel provincial y referido a Magistrados y funcionarios la Ley V N°80 (Ex 4461), en su Art. 16, establece que es lo que se debe entender por “Mal Desempeño de las funciones”, siendo ellas:

- 1) Dejar de cumplir obligaciones que expresamente señalan las leyes y reglamentos que regulan sus funciones o disponga medidas de manifiesta arbitrariedad;
- 2) Dejar vencer los términos para dictar sentencia por más de tres (3) veces en un (1) año calendario, sin que pueda alegarse como justificación la falta de pedimentos de pronto despacho o reclamos del interesado;
- 3) Realizar actos o actividades incompatibles o prohibidas por la Constitución, las leyes y reglamentos que regulan sus funciones;
- 4) Cuando se resista o desobedezca las ordenes legítimas de sus superiores por vía de superintendencia y a los poderes y órganos de la Constitución.

¹⁴⁴ BIELSA, Rafael “Derecho Constitucional”. Ed. Roque Depalma. 3° edición. Bs.As. 1959. Págs. 599 y 600.

¹⁴⁵ SAGÜES, Néstor Pedro “Elementos del Derecho Constitucional”. T 1. 3ª Edición. Ed. Astrea. Bs. As. 2003. Pág. 691.

En las resoluciones del tribunal de Enjuiciamiento Provincial, incluso se ha determinado que el mal desempeño no requiere de la comisión de delitos¹⁴⁶ para que opere como causal de remoción sino de un actuar fuera de las pautas establecidas para el ejercicio del puesto¹⁴⁷ y que puede acarrear oportunamente responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, incluso el mal desempeño se podría configurar con la realización de actividades prohibidas a funcionarios¹⁴⁸.

Por otro lado y en cuanto al art. 69 de La Constitución Provincial, pareciera establecer un nuevo concepto en cuanto al desarrollo de la actividad del Funcionario tendiente a generar responsabilidad refiriéndose a ello con la frase “ mal desempeño de sus funciones ” olvidándose de la situación que generaba una distinción en cuanto a qué actividades acarreaban o no responsabilidad y en virtud de las cuales la doctrina elaboro gran cantidad de críticas, me refiero con ello “Al ejercicio u ocasión de la función”.

Así planteada la cuestión, cabe decir al respecto que la distinción no es menor, puesto con la frase “ejercicio de la función” se hablaría de aquellas actividades que se encuentran amparadas a través de la normativa que rige el actuar del funcionario público (llámese reglamento interno, régimen disciplinario, estatuto del empleado público, etc.), a lo que pretendo referirme es a la existencia de una actividad normada –aun en el caso de actividad discrecional puesto la misma tiene su

¹⁴⁶ Conf. "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA de la PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Denuncia Jueza de Familia de la ciudad de Esquel" (Expte. N°24 - F° 41 - Año 2002 - Letra C). Se remueve a la a la titular del Juzgado de Familia de la Ciudad de Esquel, por las sanciones recibidas como abogada matriculada y la existencia de un proceso penal de Estafa en su contra, sin estas haber sido notificadas oportunamente al Consejo de la Magistratura. Requisito esencial para mantener el puesto no solo el de la aptitud, sino el de la buena conducta.

¹⁴⁷ Conf."DAS NEVES, Mario y otro s/Denuncia Juez de Instrucción N° 4 de la ciudad de Puerto Madryn Dr. Jorge Luque" (expte. 28/04). En el fallo en comentario, se destituye al Titular del Juzgado de Instrucción N°4, por un ejercicio irregular de las funciones asignadas en su carácter de Juez de Instrucción, en el marco de una investigación por homicidio.

¹⁴⁸ "Superior Tribunal de Justicia de Chubut s/Denuncia (expte. N° 58/04 CM)" (expte. N° 31/04), en el caso en comentario un Juez de la Cámara de Apelaciones de Trelew, fue removido por el Tribunal de Enjuiciamiento, entre otras cuestiones por ejercer el comercio en el ámbito de la pesca, estando ello vedado por el antiguo Art. 22 del Código Comercial de la Nación.

razón de ser una norma- dentro de la cual se pueden generar perjuicios los cuales deben ser reparados de manera plena, mientras que en el caso de la frase “en ocasión de las funciones” se hace referencia a un tipo de actividad que surgiría como consecuencia del puesto que ocupa el funcionario pero que no se corresponderían con la propia función que realiza el sujeto, serían actividades que se podrían vincular y que surgen como consecuencia indirecta de sus facultades o ámbito de actuación, en estos casos se requiere poder determinar la existencia de una vinculación con el cual se pueda llegar a imputar responsabilidad al Funcionario y al Estado, no olvidemos que el Estado responde en los casos en los cuales el funcionario carezca de patrimonio para hacer frente a ello.

La Constitución, elimina esta distinción y directamente establece la frase “Mal Desempeño de sus funciones”, motivo por el cual parecería que no se genera distinción alguna, solo se requiere que el funcionario haya actuado dentro de las funciones y lo que resta establecer es ¿Cuándo se entiende que actuó como funcionario? Para cuyo caso, deberá apreciarse el caso concreto con la finalidad de arribar a una solución loable teniendo en consideración las reglas que se establecen para la actividad que desarrolla el mismo, sin embargo, conviene aclarar que corresponde integrar el concepto de “ocasión de las funciones” y ello con la finalidad de amparar aquellas circunstancias dentro de las cuales los Funcionarios en razón del cargo o puesto que detentan pueden llegar a generar daños y perjuicios para con los terceros, pudiendo quedar indemnes en cuanto a una posible indemnización, por carecer el funcionario de patrimonio suficiente y verse limitados a través de lo establecido por el artículo en comentario, solo a demandar al funcionario y no al Estado Provincial, por no admitir la responsabilidad en ocasión de la función.

Pasando en limpio lo dicho, debe existir responsabilidad en “ejercicio u ocasión” de las funciones no solo para satisfacer el derecho a la indemnización plena sino con la finalidad de cumplimentar

con lo requerido en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional del Art. 75 inc.22 CN.

Por último, en contraposición a lo que sustenta el reconocido Constitucionalista Provincial Gerosa Lewis¹⁴⁹, esta parte considera que el Art. 69 de la constitución Provincial hace referencia no solo al caso de que un particular demande al Funcionario y al Estado, sino también a diversos casos como puede ser el caso de que la Provincia demande por daños y perjuicios a un funcionario municipal, o el de un Municipio que demande por daños y perjuicios a un Funcionario Provincial o el caso en que la propia Provincia demande al Funcionario por los daños y perjuicios sufridos, en cuyo caso no estará dentro del ámbito del Contrato Administrativo como lo menciona el notable constitucionalista provincial, sino por el contrario será materia civil de conformidad al propio Art. 69 y a la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual¹⁵⁰. Al respecto no considerar como posible la demanda de daños y perjuicios del propio Estado (Municipal/ Provincial) contra el Funcionario, implicaría avalar como mínimo un enriquecimiento sin causa por parte de este último sin perjuicio la existencia de otras figuras aplicables al caso.

3.3. Presupuestos para la responsabilidad civil.

Con la sanción de la ley 26.994 “Nuevo Código Civil y Comercial”, se ha generado una nueva cosmovisión referente a la responsabilidad, que si bien no abandona los parámetros básicos¹⁵¹

¹⁴⁹ GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás “Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut. Declaraciones, Derechos, Garantías, Deberes y Políticas de Estado Artículos 1 a 123”. Tomo I. Autor editor: Ricardo Tomás Gerosa Lewis. Esquel. 2002. Pág 258 y 259.

¹⁵⁰ VIVAS, Mario Luis “Unificación de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino. Principales Aspectos”. Puede verse en: www.pensamientocivil.com.ar. Desde 07/02/2017.

¹⁵¹ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Esquel, “L., M. E. c/ Provincia del Chubut s/ Accidente de Trabajo” (Expte. N°: 208 – Año: 2019 CANO). En los autos de referencia la Cámara Civil y Comercial de la

estos son: antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad, viene en ciertos aspectos a generar claridad en relación a los conceptos y finalidades de la misma, que en épocas pasadas se encontraban debatidos por la doctrina (Ej. La función de la responsabilidad¹⁵², la responsabilidad contractual y extracontractual, etc.) y que en ciertos casos particulares parecieran quedar aclarados mientras que en otros no tanto.

Es así, como los presupuestos de la responsabilidad operan como elementos esenciales que deben tenerse en cuenta a la hora de imputar responsabilidad al productor del daño, creando así el surgimiento de la obligación de reparar el perjuicio ocasionado. De este modo, cuando se cumpla con la los presupuestos de la responsabilidad (que los mismos tengan existencia) generaran en la persona que los sufre un derecho subjetivo que implicara la existencia de una acción contra el Funcionario, con la finalidad de reclamar los daños y perjuicios.

Como se viene sosteniendo en relación a la responsabilidad del Funcionario Público chubutense, es el propio Art. 69 de la Constitución Provincial el que establece la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios. Este artículo al entrar en vigencia con la reforma que sufrió la norma suprema provincial en 1994 tuvo en su espíritu, hacer referencia a la reclamación civil de los daños y perjuicios, ello motiva a entender que en la actualidad, no exista otra normativa aplicable al caso que no sea la del Código Civil y Comercial de la Nación, aun estándose a lo establecido por la Ley Provincial I N°560 “Responsabilidad del Estado” que en el caso del Art. 13 remite al propio Art.69 de la Constitución Provincial.

Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, sostuvo que para que exista responsabilidad se deben cumplimentar ciertos elementos, ellos son: Antijuridicidad, Factor de Atribución, Daño y relación de causalidad. A través de la existencia de los mismos el dañado puede efectuar la reclamación pertinente para obtener una indemnización integral si correspondiera.

¹⁵² Art. 1708. CCyC “Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y su reparación”.

3.3.1. Antijuridicidad.

Con la finalidad de no ser repetitivos diremos al respecto que el Art.69, hace mención expresa al reclamo a los “daños y perjuicios” y “...Mal desempeño en las funciones” en cuyo caso quedaría en claro que la antijuridicidad a la que se refiere permitiría pensar que sería aquella que deriva del Código Civil y Comercial, dicha interpretación no es correcta, puesto en principio como lo mencione previamente el accionar antijurídico va a obedecer a la totalidad del ordenamiento jurídico¹⁵³, no solo a los Códigos de Fondo, sino que también a la normativa provincial teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto para su aplicación.

Con ello debe dejarse en claro que no existe una relación entre antijuridicidad y ilicitud más que de género y especie, la ilicitud hará referencia a una rama del derecho, requiriendo que ella se configure para que actúe según corresponda el tipo penal, mientras que la antijuridicidad obedece a una concepción más amplia que tiene relación con la totalidad de derecho y no solo con una única rama de él¹⁵⁴.

De esta manera la antijuridicidad¹⁵⁵ en cuanto actuar se refiere, va a consistir en una actividad de acción u omisión que permite al sujeto obrar en contra de la totalidad del ordenamiento, (traducido no se requiere que viole todo el ordenamiento jurídico sino ciertas normas tendientes a generar responsabilidad).

¹⁵³ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Esquel, Noviembre del 2019, “U.D.L. c/ D.R.J.A. y otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°:117-Año:2017 CANO). En el voto del Dr. Früchtenicht se hace expresa mención a la antijuridicidad vista no solo en referencia a normas específicas, sino como una violación al ordenamiento jurídico en su totalidad.

¹⁵⁴ Conf. “M.M.L. c/ P.C. SRL s/ Accidente de T. (Acción Común)” Expte. N°: 169 Año 2019 CANO). El Dr. Flass en su voto hace un análisis sintético pero concreto en relación a la cuestión de la ilicitud y la antijuridicidad.

¹⁵⁵ La antijuridicidad encuentra su fundamento normativo en los Art. 19 y 75 inc.22 CN, mientras que en relación a la carta suprema a nivel provincial podemos decir que la misma surge de la conjugación del preámbulo con varios artículos entre ellos y a modo meramente enunciativo el 10, 19, 22, etc.

Dentro de los parámetros establecidos por el Código Civil y Comercial de la Nación, la responsabilidad tiene distintas finalidades, por una parte la Prevención del Daño y por la otra la función resarcitoria del mismo.

La antijuridicidad no escapa a esta doble función y debe ser interpretada dentro de la misma según la función que cumpla la responsabilidad, aunque si bien algunos autores pretendan sostener que en la función preventiva la antijuridicidad debe ser formal¹⁵⁶, idea con la cual discrepo puesto entiendo que la misma debe obedecer a parámetros de materialidad dicho en otros términos debe ser material, entendido este último concepto, como violación a los deberes de prevención de daños, teniendo como límite esta antijuridicidad material en la función preventiva la causal de justificación, para de esta manera evitar la existencia de un sistema intervencionista que paralice la actividad humana, en el mismo sentido se pronuncia López Herrera “Solo puede ser antijurídica una omisión si existe un deber legal de actuar para prevenir el daño. Esa antijuridicidad no tiene que ser formal, sino comprensiva del ordenamiento jurídico todo. Es decir, que allí donde existe un deber de actuación impuesto por la ley, reglamento, tratado internacional o por una tendencia jurisprudencial, se podrá plantear la acción preventiva”¹⁵⁷.

Así lo dicho según el Art. 1710 CCyCN la antijuridicidad preventiva estará en principio determinada por las siguientes conductas: *“a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o no disminuyen la magnitud de un daño*

¹⁵⁶ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “La función Preventiva de la Responsabilidad Civil. Antijuridicidad Formal o Material”. RCyC 2016 (Abril), 3; DJ 14/09/2016. Considera que la antijuridicidad debe ser formal y no material, porque a su juicio no sería aceptable una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño y el autor da el ejemplo del automotor que circula, si bien el mismo puede generar daños, permitiría a cualquier persona estar legitimada para limitar la circulación de los vehículos debiendo iniciarse acciones preventivas para aquellos vehículos que no reúnan los requisitos de circulación (según la ley 24.449).

¹⁵⁷ LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina”. Ed. La Ley. 1ra. Ed. Tomo IV. Bs As. 2015. Pág 998.

del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) No agravar el daño si ya se produjo”, las conductas descriptas son meramente enunciativas, dejando abierta la puerta a más causales.

En este orden de ideas, todo Funcionario, se podrá ver compelido al cumplimiento de los principios sentados por el Art. 1710 CCyCN y ello en virtud de actuar en forma contraria a la función preventiva establecida por la normativa, queriendo significar que actúa de manera antijurídica en su obrar tanto a través de medidas proactivas como omisivas que culminen en un daño o perjuicio para un tercero.

Así es, como el principio de antijuridicidad preventiva de daños incluso se encuentra establecido en la Constitución Provincial -con anterioridad a la existencia del Art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación- más específicamente en el Art. 59¹⁵⁸ “Mandamiento de Prohibición”, a través del cual se puede requerir ante el poder Judicial el cese de una actividad realizada por el Estado o un Funcionario, que acarrea o puede llegar a acarrear perjuicios para un sujeto de derecho y que va en contra de las normas¹⁵⁹.

Este mandamiento de Prohibición encuentra clara vinculación con la Acción Preventiva del Art. 1711 en virtud de la cual ante un actuar positivo –acción- o negativo –omisión¹⁶⁰- de quien realiza una actividad o tiene a su cargo un deber de prevención (se debe entender como se dijo previamente que la regla en materia de prevención debe ser la libertad, ello con evitar absurdos),

¹⁵⁸ Art. 59. CPCH. “Si un funcionario o autoridad pública ejecuta actos expresamente prohibidos por las normas, el perjudicado puede requerir del juez competente, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o autoridad pública”.

¹⁵⁹ Esta frase “En contra de las normas” debe ser entendida como contraria al ordenamiento jurídico en su totalidad, puesto debemos recordar que en principio estamos hablando de una norma de jerarquía Constitucional Provincial, por ende la misma tiene normas superiores a las cuales el funcionario o Estado, deben respetar y con ello adecuar sus conductas a estas.

¹⁶⁰ El actuar omisivo antijurídico en la faz preventiva se da, cuando se requiere por parte del ordenamiento jurídico que el funcionario actúe de determinada manera.

por otro lado no se requiere la existencia de un daño –en esto se diferencia del Art. 59, puesto del mismo tácitamente podría entenderse que deberá existir cierto perjuicio ya que habla de “perjudicado”- bastando que el mismo sea previsible en su producción, tampoco requiere la existencia de un factor de atribución objetivo o subjetivo –no se busca endilgar responsabilidad a ningún sujeto menos resarcir un daño puesto en principio el mismo no existe- incluso en cuanto a su legitimación activa se establece una conceptualización amplia al respecto requiriéndose en los términos del Art. 1712 CCyCN un “interés razonable” culminando el proceso con una sentencia (Art. 1713 CCyCN) que deberá sustanciarse en un proceso sumario (Art.59 CPCH) y que dispondrá de oficio o a pedido de parte obligaciones de dar, hacer o no hacer, así el juez deberá ponderar en el caso concreto que obligación impondrá al Funcionario, con la finalidad de evitar la causación del daño y los perjuicios.

La faz preventiva se encuentra ampliamente tutelada por el ordenamiento jurídico provincial y Nacional, ello con la finalidad de evitar ocasionar daños o perjuicios, puesto en principio si bien la responsabilidad civil posee una faz resarcitoria, cuya piedra angular es la plenitud (termino que se utiliza en la actualidad puesto en la vigencia del Código Civil se hacía referencia a la integralidad), en muchas ocasiones dichos resarcimientos por más plenos que fueren, no permiten retornar a la situación previa a sufrir el perjuicio ello sobre todo en el ámbito del derecho ambiental o en aspectos vinculados a los daños a las personas.

En cuanto a la antijuridicidad en su faz resarcitoria corresponde en principio tomar como norte lo establecido por el Art. 1717¹⁶¹ CCyCN, así como bien dije al comienzo del tema, la nueva concepción del Código Civil y Comercial abandona la posición de Vélez, en donde se requería de culpabilidad identificando a la antijuridicidad de forma subjetiva esto es con actos dolosos o

¹⁶¹ Art.1717 CCyCN “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otros es antijurídica si no está justificada”.

culposos que transgredían una norma expresa ósea la antijuridicidad era formal y subjetiva en contraposición a la actual que es objetiva – no depende de la subjetividad de quien realiza la acción-, material – la antijuridicidad se corresponde con la totalidad del ordenamiento jurídico sin embargo puede o no acarrear responsabilidad según la rama del derecho-, atípica –no se encuentra específicamente determinada por la ley, ello en virtud del principio del alterum non laedere y el Art. 19 CN (“...ni perjudiquen a un tercero...”)- .

Ahora en su faz resarcitoria se debe evaluar a la antijuridicidad como todo actuar contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad no requiriéndose de una norma expresa, debe entenderse como una contradicción entre un comportamiento determinado y el ordenamiento jurídico en su conjunto (Derecho positivo, Derecho Natural, Principios Generales del Derecho, Buena fe y Costumbres) que puede conllevar la obligación a resarcir los daños según se den o no los elementos de la responsabilidad en el caso concreto (en los casos en los cuales opera una causal de justificación, no corresponderá por ejemplo indemnización alguna).

La antijuridicidad y el deber de resarcir también surgen de lo determinado por los Arts. 1716 y 1749 CCyCN en virtud de los cuales se toma como fuente del deber de responder la existencia de un deber de carácter general y el incumplimiento de una obligación. De los mismos se extrae que la antijuridicidad se refiere específicamente a la conducta lesiva y no al daño.

En cuanto a las conductas que llevarán al Funcionario a responder, en principio serán aquellas que dependan de una determinada acción, implicando la producción de un resultado por medio de un movimiento consciente o inconsciente, no se limitará la interpretación en los términos del Art. 260 CCyCN, sino por el contrario, se ampliará la posibilidad de generar responsabilidad incluso a aquellos actos que no sean realizados con intención, discernimiento y libertad, luego de

acontecido se podrá determinar si corresponde o no aplicar una causal de justificación o eximente de responsabilidad.

Teniendo en consideración lo previamente enunciado –incluso al pronunciarme sobre el régimen federal-, los tipos de actuares que generan responsabilidad a través de un quiebre de la juridicidad podrán ser clasificados de la siguiente manera: 1) Acción: se dará en aquellas situaciones en las cuales existe una norma que dispone no realizar determinada conducta y el Funcionario la realiza, podría llegar a ser el caso de la actividad reglada cuando el funcionario se extralimita o realiza acciones contrarias a las establecidas para el órgano; 2) Comisión por omisión: consiste en un actuar positivo, el funcionario teniendo un deber específico de actuación no lo realiza, en este caso el perjuicio se causa por el propio funcionario; 3) Omisión: en estos casos, se produce la abstención de una acción que en principio es determinada por el ordenamiento de forma genérica - se vincula con el deber jurídico de obrar- implica un acto negativo del sujeto, consistente en el no cumplimiento.

Por otro lado respecto de la antijuridicidad y la actividad reglada – entendida esta cuando la actividad que debe desarrollar se encuentra preestablecida a través del ordenamiento normativo y el Funcionario no tiene necesidad de actuar librado a su simple voluntad- es fácilmente deducible cuando el sujeto irrumpe la norma y su actuar es antijurídico, puesto con simplemente observar cual es la actividad que debía desarrollar impuesta por el reglamento interno, por los estatutos o por las normas se podrá vislumbrar su violación.

El Funcionario dentro de los términos mencionados (actividad reglada), debe para con el Estado una determinada actividad que se corresponde con su función, lo que genera una obligación de resultados, no solo respecto del Estado -que a mi juicio puede reclamar los daños y perjuicios que

se ocasionen-, sino también para con el particular, en cuyo caso se generara una nueva situación procesal al momento de realizar el reclamo judicial. En estos casos la existencia de la antijuridicidad es fácil de determinar.

Más difícil es determinar la antijuridicidad, cuando estamos en presencia de actividades que son discrecionales, en cuyo caso el funcionario posee ciertas libertades de actuación al no tener un norma que mande a realizar o comportarse ante determinado supuesto de una manera pre-establecida, es así que Gordillo¹⁶² establece ciertas limitaciones al actuar discrecional “1) *La razonabilidad*¹⁶³: que el autor entiende que la actividad será irrazonable cuando: a. No se den los fundamentos en los cuales se sustenta; b. no se tengan en cuenta los hechos acreditados o estos fueran públicos y notorios; c. no exista una proporción adecuada entre los medios empleados y el fin que se desea lograr. 2) *Desviación del poder*: a. cuando el funcionario actúe con venganza o un fin personal; b. Cuando el funcionario actúe con un fin administrativo pero que no sea el querido por la ley. 3) *Buena fe*: cuando el funcionario utilice la potestad pública con artificios o artimañas para llevar a engaño o error a un administrado” dichas limitaciones deben ser acompañadas de aquellas impuestas por la totalidad del ordenamiento jurídico, puesto el funcionario en su actuar representa al Estado y no se puede pretender que un Estado incumpla la normativa vigente por más que en la vida practica esto sea moneda corriente.

¹⁶² GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”. 1a ed. Fundación de Derecho Administrativo. Tomo 9 Primeros Manuales. Cap. VIII. Bs. As. 2014. Págs. 183 y 184.

¹⁶³ Conf. Conf. Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia, y Minería del Sup. Trib. De Chubut “S., S. E. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 24.928 – Año: 2.018). En el mismo orden de ideas que se viene planteando el Dr. Panizzi se pronuncia en referencia a la razonabilidad que debe obrar como limitante a la facultad discrecional de la administración siendo uno de los requisitos para que el poder judicial pueda ingresar a controlar dicho tipo de actividades discrecionales por parte de la administración

3.3.2. Factor de atribución.

Respecto al factor de atribución el mismo se conceptualizo al desarrollar la responsabilidad del Funcionario Público en los términos del Art. 9 de la ley 26.944, sin embargo podemos decir que consiste en la imputación de la responsabilidad, pudiendo ser la misma objetiva (entendiendo que la responsabilidad se atribuye por la ley, la equidad, la creación de un riesgo, etc.) o subjetiva (en donde la responsabilidad se funda en la culpabilidad, esto es en el actuar doloso o culposo según corresponda).

El Art. 69 de la Constitución Provincial al hacer referencia a los daños y perjuicios, nos lleva a determinar que rige con respecto a la responsabilidad del Funcionario Provincial el régimen del Código Civil y Comercial Nacional, esto implica que según sea el caso concreto podrá aplicarse un sistema de responsabilidad cuyo factor de atribución sea objetiva o subjetiva (En principio será subjetivo).

Al respecto conviene hacer un breve análisis histórico, cabe decir que la reforma a la carta magna provincial en 1994 incorporó al artículo en comentario y pretendió si se lo quiere fundar la responsabilidad en los términos del derogado 1112 del Código Civil, una vez dicho esto con referencia a aquel artículo la doctrina mayoritaria consideraba que imponía un factor de atribución subjetivo respecto a la responsabilidad del Funcionario Público, esto significa que quien pretendiera accionar en contra del mismo debía demostrar la existencia de dolo o culpa en su actuar, para que fuera pasible de indemnizar los daños ocasionados.

En el caso de la Constitución Provincial siendo esta previa (1994) al Código Civil y Comercial la misma hace expresa mención a la corriente imperante al momento de su sanción que se vinculaba con la idea incluso establecida en la constitución de 1957 en virtud de la cual no se podía generar

irresponsabilidad respecto de los funcionarios públicos en el ejercicio u ocasión de la función, motivo por el cual entendió que correspondía la aplicación del Derecho Civil y tal fue el caso que estableció con claridad la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios a dicho Funcionario que hubiera actuado en “mal desempeño” de sus funciones.

Una vez dicho esto y con respecto al factor de atribución, podemos decir que en principio habrá que observar la actividad y el sujeto que reclame o interponga la pretendida acción, pero en términos generales el factor de atribución será subjetivo para el Funcionario.

¿Qué se pretende significar con ello? En principio entiendo que el funcionario debe responder solo a título de dolo o culpa, pero también le correspondería responsabilidad de tipo objetiva, ello en virtud de la actividad/función que realice y quien reclame los daños y perjuicios por dicha actividad o función.

A lo que pretendo referirme con ello, es que si estamos en presencia de una actividad reglada en donde el Funcionario debe cumplir mecánicamente ciertas actividades nos encontraríamos en presencia de una obligación de resultados (ello en concordancia con el Art. 1723 CCyCN) para con la administración, en estos casos el Funcionario solo podría liberarse de la responsabilidad civil demostrando una ruptura en el nexo causal (el Art. 1722 CCyCN es claro al respecto) siempre y cuando el Estado haya sido el actor, en el mismo caso, estando en presencia de una función reglada pero respecto de la cual no se exigen resultados el particular podrá exigir la indemnización que le atribuye los daños y perjuicios pero solo a través de un factor de atribución subjetivo¹⁶⁴ en los términos del Art. 1724 CCyCN.

¹⁶⁴ Lo planteado se puede ejemplificar de la siguiente manera, si tenemos una actividad X que se encuentra reglada respecto de la función que el sujeto A debe cumplir con independencia del resultado al cual arribe dicha actividad –siempre y cuando el reglamento, estatuto o normativa no se lo exija-, nos encontramos en presencia de una obligación de resultado para con la administración, puesto al sujeto A se lo contrata para la realización de dicha actividad.

Por otro lado el particular, también podrá demandar al Funcionario aduciendo un factor de atribución objetivo, cuando estemos en presencia de una actividad que implique un resultado concreto o cuando el funcionario se haya obligado dentro del ejercicio de sus funciones –ya fuere consecuencia de una actividad reglada o discrecional- en los términos del Art. 1722 CCyCN.

En los casos de imputación objetiva del factor de atribución, se generan grandes beneficios procesales, puesto comienza a regir el principio de las cargas dinámicas en virtud del cual, quien se encuentran en mejores condiciones de probar deberá realizar dicha actividad, ello con independencia de lo sustentado por el Art. 1734 y 1735 CCyCN.

En muchas ocasiones del ejercicio de la actividad el Funcionario está en posesión o contacto con información o datos que hacen a la causa/expediente, en cuyo caso para el Estado o el propio particular les es de gran dificultad acceder a los mismos, no es extraño por ejemplo que el Funcionario cuando es interpelado –sobre todo en el ámbito de la responsabilidad penal- destruya información o datos que corresponden a su actuar, generando una imposibilidad probatoria que incluso puede culminar con la irresponsabilidad del mismo, en estos casos, claramente el Juez de conformidad a lo sentado por el Art. 1735 CCyCN podrá aplicar la doctrina de las cargas dinámicas para que la parte que se halla en mejor situación las suministre.

En el caso de la actividad discrecional la situación pareciera ser otra, en principio daría rienda a la aplicación del factor de atribución subjetivo para con el Estado, sin embargo nuevamente

Ahora bien la actividad desarrollada por A, puede generar perjuicios para con los terceros, en cuyo caso estos particulares deberán iniciar el juicio de daños y perjuicios tomando en consideración un factor de atribución subjetivo o no según sea el caso. El estado al momento de realizar la contratación o incluso al momento de tomar juramento (Art. 11 CPCH), entiende que quien va a ingresar en la función es idóneo para ocupar el cargo/puesto y de esta manera desempeñar la función requerida de forma acorde a la normativa, la idoneidad en el ejercicio (Art. 16 CN y Art. 67 CPCH) es un requisito incluíble que implica saber de lo que se está haciendo y consiste en una obligación de resultados para con el Estado.

habría que analizar cada caso concreto puesto nuevamente si el Funcionario se obliga a un resultado, el particular debe obtener dicho resultado.

Ahora bien, en cuanto a los factores aplicables los mismos podrán ser –dependiendo del caso concreto-:

- a. La garantía: Se da en aquellas situaciones en donde si bien, el sujeto no actúa con culpa o dolo, tampoco lo hizo generando un riesgo, pero igualmente genera un perjuicio. Es así como a través de la garantía debe responder un sujeto para resarcir un daño que en principio resultaría injusto soportar, como por ejemplo la responsabilidad del principal por su dependiente (Art. 1757 CCyCN) o el deber de indemnidad de la ley 24.240.
- b. El riesgo: Teoría cuyo nacimiento se da en Francia¹⁶⁵, para con posterioridad extenderse a todo el mundo occidental. Considera que, quien es dueño o guardián de una cosa riesgosa y como consecuencia de la actividad que realiza genera un daño debe responder por su accionar. Son actividades lícitas que acarrear un riesgo potencial. El Art. 1757 y subsiguientes amparan dicha teoría. Según la casuística habrá que analizar el caso concreto para realizar una aplicación del 1757 y 1758 en relación a las actividades que pueda realizar un Funcionario público.
- c. La equidad: Tuvo su incorporación a partir del Art. 907 del Código Civil, en donde la responsabilidad se afincaba en la posibilidad que tenían los jueces de mejorar la situación de la víctima de un perjuicio en razón de su posición y la posición o situación del victimario, pudiendo aplicarse en los términos del 1718 inc. c, 1742, 1750 en cada caso obrando y actuando de forma disímil.

¹⁶⁵ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Esquel, Abril del 2020, “M.M.L. c/ P.C. SRL s/ Accidente de T (Acción Común)” (Expte. N°: 169 Año 2019 CANO).

3.3.3. Relación de causalidad.

La relación de causalidad en el ámbito provincial respecto a los daños y perjuicios que cause el Funcionario por el mal desempeño de sus funciones, ya fueren estas efectuadas en ocasión o ejercicio de la función, implicara la posibilidad de vincular el actuar del sujeto con los daños perjuicios producidos determinado la existencia de un vinculo material y jurídico relevante, siempre y cuando el Funcionario haya actuado en pleno ejercicio de sus facultades sin que recaiga en el caso concreto una eximente de responsabilidad que rompa el nexo causal.

Entonces la vinculación de la función realizada por el sujeto y el daño producido es verdaderamente un nexo causal que deberá dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Quién es el autor del daño? ¿Quién debe responder? ¿Hasta dónde debe responder el autor del daño por los perjuicios ocasionados? ¿Existe alguna causal que rompa este nexo?

En parte la respuesta a dichos interrogantes es lo que doctrinariamente se conoce como causalidad material- la relación entre el hecho del agente y el daño que permita determinar la existencia de causalidad desde el punto de vista de las ciencias naturales, implicando en ciertas casos una relación de causa/efecto-, y causalidad jurídica-que el nexo sea el adecuado-¹⁶⁶ y causales de ruptura del nexo.

Pero más allá de lo dicho previamente en el análisis del régimen nacional impuesto por la ley 26.944, en cuyo caso y específicamente en lo vinculado a la relación de causalidad se aplica al caso del Funcionario provincial, el interprete deberá tener en cuenta a la hora de realizar la adjudicación del daño y pretender iniciar el juicio, cual es el vínculo que une al sujeto con el daño efectuado, este vínculo no puede ser una mera relación de correlación, *“La correlación es un*

¹⁶⁶ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Esquel, Abril del 2020, “M.M.L. c/ P.C. SRL s/ Accidente de T. (Acción Común)” (Expte. N°: 169 Año 2019 CANO). Conf. El Voto del Dr. Frúchtenicht.

enlace lineal entre dos variables; ella significa un vínculo cuantitativo. La correlación indica el grado de linealidad en el enlace de esas variables conexas. En cambio, el nexos y el análisis causal van más lejos; el nexos causal es una relación compleja entre dos variables; la causalidad es un vínculo cualitativo entre ambos eslabones de la cadena, lazo que precisa el sentido de la relación, el camino de la causa al efecto”¹⁶⁷.

Con respecto al interrogante de ¿Quién es el autor del daño? Y ¿Quién debe responder? En principio pareciera justo decir que el Funcionario que ocasiona el perjuicio es quien deberá responder, pero en ciertas ocasiones en particular, puede presentarse la situación, en virtud de la cual, a través de un factor objetivo de atribución quien deba responder no sea precisamente quien ocasiono el daño con su actuar, claros ejemplos de ello se pueden suscitar en los casos establecidos por los Arts. 1750 y 1756 CCyCN.

Más simple pareciera ser dar respuesta a dichos interrogantes en el caso de encontrarnos en presencia de un factor de atribución subjetivo, puesto en dicho caso, el Funcionario responderá de manera directa por los perjuicios que él ocasione a título de culpa o dolo, ello claro está, podrá cambiar en aquellos supuestos en los cuales actúe en conjunto o a través de un equipo un cuyo caso habrá que determinar la existencia o no de concurrencia de responsabilidades aunque igualmente el funcionario responderá por lo que le corresponde como consecuencia de su actuar.

Ahora bien, ¿quien deberá probar el nexos causal? En principio podemos decir que quien afirma la existencia de la relación causal, deberá suministrar los elementos de prueba necesarios, para que

¹⁶⁷Conf.Cam. Apels. Civ. Com. Trelew, Sala A, 02/10/2015, “QUIROGA, M. S. c/ P., J. y Otra s/ Daños y Perjuicios”, (Expte: 204 – Año 2015 CAT), Voto del Dr. López Mesa, Sumario Nro. 000082.

determinar su existencia¹⁶⁸, esta posición se condice con lo establecido por el Art. 1736 CCyCN, sin embargo la misma, puede llegar a ceder de conformidad a lo determinado por el Art. 1735 CCyCN o incluso cuando concurren los casos de excepción que establece el propio Art. 1736 CCyCN (Cuando lo determina una ley o cuando surja de presunciones).

Si nos encontráramos en presencia de un factor de atribución objetivo, el actor solo deberá probar la causalidad material entre el hecho y el daño, debiendo el demandado acreditar una ruptura de dicho nexo causal con la finalidad de exonerarse de responsabilidad.

Ahora bien, ¿Qué se deberá reparar? En otros términos ¿Cuál es la extensión del resarcimiento? en los términos del art. 1726 CCyCN se deberá reparar “...las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles” que tuvieran vinculación con el hecho dañoso. Los Arts. 1727 y 1728 CCyCN establecerán con claridad irrefutable cuales son las consecuencias y hasta donde es el límite por el cual se debe responder en cada caso concreto.

Por último, lo establecido por el Art. 1726 CCyN viene a implicar la adopción de la teoría de la causalidad adecuada, al mismo resultado llega nuestra jurisprudencia provincial¹⁶⁹.

Por último podemos decir al respecto que la relación causal se determina en función de la probabilidad y posibilidad del resultado atendiendo a lo que corrientemente acostumbra a suceder conforme a las reglas de la experiencia y el curso normal de los acontecimientos, básicamente

¹⁶⁸ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Trelew, Sala A, 02/10/2015, “QUIROGA, M. S. c/ P., J. y Otra s/ Daños y Perjuicios”, (Expte: 204 – Año 2015 CAT), Voto de la Dra. Spoturno, Sumario Nro. 000100.

¹⁶⁹ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Esquel, Abril del 2020, “M.M.L. c/ P.C. SRL s/ Accidente de T. (Acción Común)” (Expte. N°: 169 Año 2019 CANO) y en el mismo sentido: Cam. Apels. Civ. Com. Trelew, Sala A, 11/08/2015, “SANCHEZ, Nelson Omar y otros c/ DENADEI, Daniel Ángel y otra s/ Daños y Perjuicios”, Expte: 67 – Año 2015 CAT, Voto del Dr. Velázquez, Sumario Nro. 000049.

buscar indagar si la acción u omisión era o no apta o adecuada conforme al curso normal y ordinario de las cosas.

3.3.4. El daño.

El daño es uno de los elementos que configura la existencia de responsabilidad civil¹⁷⁰, el mismo como bien se menciona previamente – en el capítulo correspondiente a la responsabilidad del Funcionario a nivel nacional- encuentra su regulación y conceptualización a partir del Art. 1737 CCyCN.

El Articulado del Código Civil y Comercial de la Nación resulta plenamente aplicable al caso, siendo así el sistema jurídico que debe de resolver el reclamo por daños y perjuicios derivado un acontecimiento ocasionado por un Funcionario Público Provincial o Municipal “en ejercicio u ocasión” de sus funciones siempre que no recaiga sobre el caso concreto una causal de justificación o eximente de responsabilidad.

Sin pretender ser reiterativo, en el momento en el cual un Funcionario causa un daño y/o perjuicio, la víctima sufre un hecho u acto que implica más allá del mismo, un menoscabo en su situación patrimonial naciendo de forma inmediata la obligación de indemnizar (salvo el caso de existir una causal de justificación o una eximente de responsabilidad).

De no cumplirse con dicha indemnización se genera un situación de doble beneficio, en primer orden se vislumbra la existencia de un de régimen privilegiado donde el Funcionario se aprovecha de su situación de tal, para no hacer frente a las obligaciones que le son propias y que genera en “ejercicio u ocasión” de las función que detenta, en segundo orden y no menos

¹⁷⁰ Conf.Cam. Apels. Civ. Com. Trelew, Sala A, 31/08/2015, “SANDOVAL, Eduardo Emilio y otro c/ JOSE, Xiomara Elizabeth y Otros s/ Daños y Perjuicios”, Expte: 96 – Año 2015 CAT. Voto del Dr. Velázquez, Sumario Nro. 000066. En igual sentido: Cam. Apels. Civ. Com. Esquel, Noviembre del 2019 “ U.D.L. c/ D.R.J.A. y otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°: 117 Año 2017 CANO).

importante es el enriquecimiento sin causa que reposara sobre los hombros del funcionario como consecuencia del deber de resarcir los perjuicios ocasionados¹⁷¹ que surgen a partir de la obligación nacida como consecuencia del daño producido.

Ahora bien, ¿Qué es lo que corresponderá indemnizar? El principio general lo sienta el art. 1738 CCyCN, en virtud del cual no se hace una distinción como lo hacia el código de Vélez entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, ello con la finalidad de abarcar la mayor cantidad de casos posibles, de esta manera el daño será o no patrimonial, según sea el interés lesionado, debiendo el Funcionario que ocasione el perjuicio indemnizar ambos según corresponda o no en el caso concreto.

El funcionario, sin embargo no responderá por cualquier daño que ocasione, sino por el contrario, el mismo debe reunir ciertos requisitos, intrínsecos para que pueda generar responsabilidad en los términos del Código Civil y Comercial de la Nación.

Estos requisitos surgen de lo establecido por el art. 1739 CCyCN, en virtud del cual se requiere que el daño sea: a) Directo/indirecto: El daño directo debe ser entendido como aquel que se sufre la propia víctima –Ej. Casos en los cuales un funcionario atropella a un peatón-, mientras el indirecto será aquel que sufra un sujeto distinto de la víctima, pero por cuestiones que estén vinculadas a dicho daño primigenio o lesión a un tercero –Ej. En el caso mencionado previamente, el daño directo lo sufrirá la persona atropellada, pero el indirecto lo sufrirá el familiar de la persona atropellada que deberá incurrir en gastos para los cuidados médicos, etc.-; b) Actual o futuro: La existencia de un daño actual, hace referencia al daño sufrido a la brevedad de forma inmediata, mientras que el daño futuro implicaría un daño que puede llegar a ocurrir

¹⁷¹ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Trelew, Sala A, 22/12/2015, “VITANCUR, Johana y Otras c/BAEZA, Hugo Alberto y Otra s/ Daños y Perjuicios”, Expte: 367 – Año 2015 CAT., Voto del Dr.López Mesa, Sumario Nro. 000119

con certeza –Ej. De daño futuro se da en muchos casos de contaminación provocada por verter tóxicos y afectar napas, etc.-;c) Ciertamente y subsistente: Para que el daño sea cierto, se requiere que exista, ósea que tenga existencia en el mundo real, ya que un daño hipotético no sería viable para generar en el Funcionario la obligación de resarcir, sobre todo por existir en ciertas esferas de la administración, las cuestiones políticas no justiciables – instituto jurídico frente al cual me opongo por vulnerar según lo creo, la posibilidad de contralor, por parte de los ciudadanos a través del poder judicial-, mientras que el daño sería subsistente en aquellos casos en los cuales no hubiera sido reparado, ahora bien no debe entenderse como exoneración de responsabilidad del Funcionario que la propia víctima repare el daño, puesto en este caso el mismo permanecerá subsistente.

Como ya se mencionara previamente la legitimación para reclamar según surge del juego de los arts. 1737 CCyCN – a su vez debe tenerse en cuenta el art. 1741 CCyCN- es amplia, puesto el 1737 CCyCN pone sobre la mesa la existencia de daños sobre derechos subjetivos, pero también sobre intereses (incluso de incidencia colectiva).

Con respecto al interrogante ¿Qué tipo de reparación corresponde? El Funcionario en los términos del Art. 1740 CCyCN deberá realizar una reparación “PLENA”¹⁷² del daño y perjuicio ocasionado, debiendo pagarlo a través de la indemnización fijada por el juez (en caso que corresponda, puesto para lesiones al honor o la intimidad e identidad de la persona se puede agregar la obligación de mandar a publicar la sentencia) permitiéndosele a la víctima volver al estado anterior al cual se encontraba antes de sufrir el daño.

¹⁷² La reparación ya no se considera como integral en el ámbito civil y comercial, puesto según lo establece el propio Código, tendrá limitaciones como consecuencia de la extensión del resarcimiento, las limitaciones por razones de equidad, las limitaciones por convenciones, las limitaciones por imputación de consecuencias. Ahora bien estas limitaciones que mencione previamente –de forma enunciativa- deben ser entendidas como la excepción y no la regla.

Lo indicado por el Art. 1740 CCyCN y lo establecido por el Art. 69 de la CPCH, por los Arts. 15, 17 y 19 y por el Art 75 inc.22 CN, son la base a través de la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha ido pronunciando¹⁷³ en situaciones de referencia respecto al tema tratado.

Este principio de reparación plena, tiene una excepción establecida por el Art. 1742 CCyCN, consistente en la atenuación de la responsabilidad por parte del juez con fundamento en la equidad. En estos casos el autor del hecho deberá peticionar al juez para su aplicación, debiendo alegar y probar los extremos que a continuación se mencionan: a. Situación de la víctima; b. desproporción entre los patrimonios de las partes; c. Las circunstancias del hecho. Habrá que analizar si corresponde o no aceptar por parte del juez la atenuación ya que uno de los requisitos constitucionales para que el Funcionario sea tal, es la idoneidad motivo por el cual, la existencia de daños y perjuicios debiera verse drásticamente disminuida puesto en principio el sujeto se encuentra capacitado para realizar la tarea que tiene a su cargo.

Por otro lado y en cuanto a la prueba del daño, como regla general se puede decir que deberá ser acreditado por quien lo invoca¹⁷⁴ (Art. 1744 CCyCN), sin embargo dicha regla tiene excepciones:

- 1) Las presunciones: estas pueden ser legales o judiciales, son legales cuando vienen impuestas por la ley, en cuyo caso pueden admitir prueba en contrario—presunciones “iuris tantum”— o no admitir prueba en contrario -Presunciones “iure et de iure”—. Por otro lado son judiciales aquellas en las cuales el juez a través de la falta de prueba infiere valiéndose de las reglas de la experiencia y la sana crítica, un resultado posible (en consonancia con ello el Magistrado deberá cumplir con los requisitos establecidos por el Art. 163 inc. 5 del CCyCN);

¹⁷³ Conf. “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.” C.S.J.N. Fallos, 327:3753.

¹⁷⁴ Conf. Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia, y Minería del Sup. Trib. De Chubut “P.X. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Ordinario (Contencioso administrativo)” (Expte. N°24577-P- 2016).

2) Los daños notorios de los hechos: así Carestia¹⁷⁵ los define como “*Aquellos cuya existencia es conocida por la generalidad de los ciudadanos, en el tiempo y el lugar en que se emite la decisión; que forman parte de la cultura normal propia de un determinado círculo y no pueden ser desconocidos por el órgano judicial*”.

3.4. Causales de Justificación.

En cuanto a las causales de justificación se puede decir que las mismas que actúan sobre la antijuridicidad quintándola y tornando el actuar que en principio pareciera contrario al ordenamiento jurídico, en legal.

A diferencia de lo que ocurre a nivel Nacional con la Ley N° 26.944, en el ámbito provincial al estar vigente el Art. 69 CPCH, las causales de justificación serán aquellas establecidas por el ordenamiento jurídico en lo que a esta obra respecta.

Al leer el 1717 CCyCN, podemos extraer, que el mismo hace referencia a cualquier acción u omisión, por lo tanto las causales de justificación en principio importaran la existencia de una acción por parte del sujeto que conllevará la necesidad de que ese actuar este amparado por una causal de justificación para no tornarse en antijurídico, de esta manera la acción u omisión nunca logra cumplir el elemento de antijuridicidad, puesto es el propio ordenamiento jurídico el que avala el actuar o no según sea el caso concreto.

En la actualidad el art. 1718 CCyCN es el encargado de desarrollar la temática siendo la primera norma que hace expresa referencia a las causales de justificación, ubicando a las mismas en un único texto ordenado y sistematizado. Con anterioridad se aplicaba la analogía para fundar la

¹⁷⁵ Carestia Federico S, en BUERES, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 3F Arts. 1708-1881 DERECHOS PERSONALES”. ED. Hammurabi. Bs. As. 2018. Pág. 494.

vigencia de estas (Aunque en el caso del ejercicio regular de un derecho se utilizaba el Ex 1071 CC), debiendo el interprete remitirse al Art. 34 del Código Penal de forma conjunta con ciertos artículos del Código Civil.

Así planteada la cuestión, las causales de justificación son una excepción al principio de no dañar al otro o “*alterum non laedere*” contenido en el Art. 19 CN, que implica el fundamento de la antijuridicidad.

Las causales de justificación tienen como finalidad esencial tutelar los intereses superiores que puedan llegar a estar en juego ante la colisión de los mismos.

Al momento de evaluar el juez deberá ponderar el caso concreto en particular para no generar un situación de inequidad que torne en meramente intrascendente lo estipulado por la normativa. Por otro lado, el magistrado deberá observar la situación en la que se encuentra el funcionario, no habiendo un verdadero pie de igualdad entre estos y los particulares o incluso autonomía de la voluntad que rijan el caso (puesto los vínculos que se generan entre particulares se rigen por pautas fundadas en principio en acuerdo de voluntades, mientras que las relaciones que se entablan a través del Estado y sus funcionarios con los particulares –aunque debieran ser en igualdad de condiciones- sientan ciertos beneficios a favor de los primeros que no se encuentran en otras relaciones jurídicas).

Por último resta decir, que la existencia de una causal de justificación deberá ser acreditada por la o las partes demandadas.

3.4.1. Ejercicio regular de un derecho.

El mismo se encuentra contenido en el Art. 34 inc.4 del CP y en el Art. 1718 inc. a del CCyCN en virtud del cual se establece que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación no puede configurar ningún acto ilícito¹⁷⁶, este artículo a su vez debe ser relacionado con los Arts. 9 y 10 CCyCN.

El Art. 9 sienta el principio de buena fe, mientras que el Art. 10 hace mención expresa al abuso de derecho, ambos artículos actuarán como limitantes al ejercicio regular de los derechos, dicho de otro modo, tornarán en antijurídica la conducta que en principio sería legal.

El Funcionario deberá actuar dentro de las facultades que establecen el reglamento y el ordenamiento jurídico, cualquier exceso que se cometa en el ejercicio de la función u en ocasión de ella podrá (siempre que reúna los requisitos) considerarse un abuso de derecho según surge del Art. 10 CCyCN, el factor de atribución será objetivo y permitirá ordenar al juez que la situación vuelva al estado anterior o incluso que se indemnice al perjudicado.

Si el Funcionario actúa dentro de las facultades regladas o discrecionales, pero siempre dentro de lo establecido por el ordenamiento jurídico¹⁷⁷ y teniendo en cuenta la buena fe, la moral y las buenas costumbres del lugar en el cual desarrolla su función no deberá en principio responder por los daños y perjuicios que ello genere, motivo por el cual, en ciertas ocasiones estará avalando el actuar del sujeto el ordenamiento jurídico de conformidad a la función que cumple, ejemplo de ello pueden ser los médicos de Hospitales Públicos, los Policías, etc. O incluso un docente en el

¹⁷⁶ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Esquel. 26/05/2003 “A.W. c/ C. DEL O.S. s/ Sumario” (Expte. N° 333/02 CAN0). voto del Dr. Moisés.

¹⁷⁷ Conf. .Cam. Apels. Civ. Com. Trelew, Sala B, 19/02/2002 “A.M. c/ Municipio de la localidad de Camarones s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°17.329-año 2001). Voto del Dr. Vergara.

ejercicio de la libertad de cátedra en cuyo caso no responderá por dichos siempre que no lesione el honor de terceras personas¹⁷⁸.

De esta manera para que la causal no se configure y el funcionario deba responder se requerirá de la concurrencia de dos elementos: a) el ejercicio irregular o abusivo de un derecho, el mismo significara, que el Funcionario actúe por sobre su función, más allá de su fin y que dicho actuar conlleve un abuso que repugne al sentido de la ley, a la ley, a la buena fe, a la moral y a las buenas costumbres –en si lo que se buscara es que el actuar referente a un derecho subjetivo, no implique el detrimento de la totalidad del ordenamiento jurídico-; b) la necesidad de que el resultado obtenido como consecuencia del ejercicio irregular vuelva al estado anterior al mismo o que implique la posibilidad de indemnizar el perjuicio ocasionado.

3.4.2. Legítima defensa.

La legítima defensa encuentra su regulación en el Art. 1718 inc. b CCyCN y 34 incs. 6 y 7 del CP. Se puede conceptualizar a la misma como lo menciona el Dr. Jiménez de Asúa¹⁷⁹ “*La legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o por tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla*” en similar sentido lo ha determinado la Cámara Civil y Comercial de Pto. Madryn¹⁸⁰.

El Art. 1718 inc. b CCyCN claramente fija las pautas para determinar cuándo concurre la misma siendo estas: a. En principio la legítima defensa puede ser propia o de terceros, esto significa que la víctima podrá defenderse a sí misma o un tercero ajeno a la agresión podrá tomar intervención

¹⁷⁸ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Trelew, Sala B, Mayo de 2019 “C.R. c/ B.G.R. y Otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 542-Año 2018 CAT). Voto Dr. De Cunto.

¹⁷⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis “Tratado de Derecho Penal”. Ed. Losada. Tomo IV. Bs.As. 1953. Pág. 26.

¹⁸⁰ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Pto. Madryn, 4/02/20 “N.A.J. c/ P.L.B. s/ Daños y Perjuicios (Expte. N° 126 Año 2016).

en defensa de la víctima; b. “*Por un medio racionalmente proporcionado*”, el medio para repeler la agresión debe ser equitativo a la agresión que se pretende repeler -no puede actuarse en exceso (Art. 35 CP.)-, así al respecto el Maestro López Mesa¹⁸¹ en mención a una sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, se ha pronunciado aduciendo que deberá evaluarse el medio empleado si el mismo apareció como idóneo según la razón, aunque, habrá que tener en cuenta a su vez, circunstancias de lugar, edad, sexo, condiciones físicas, situaciones jerárquicas, etc. En una palabra, el Juzgador a la hora de evaluar deberá determinar si en el caso concreto existió proporcionalidad con el medio empleado para repeler la agresión ilegítima; c. Agresión actual o inminente: en cuyo caso se hace referencia a un actuar (ya fuere por acción aunque también por omisión) que ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados. En este requisito la agresión debe ser real, factible, posible, de forma actual o futura pero certera en cuanto a su consumación. El actuar que repela dicha agresión, a su vez debe ser actual y una respuesta inmediata a dichos acontecimientos, puesto de no ser así estaríamos en presencia de una venganza; d. ilícita y no provocada: En principio la agresión debe ser contraria al ordenamiento jurídico, esto significa que no deberá estar avalada por ningún actuar estatal en el ejercicio del poder de policía¹⁸², función pública o cumplimiento de un deber. Es por ello que la ilicitud de la agresión debe ser observada de forma objetiva independientemente del sujeto que la realiza y de sus características personales; e. No provocada: lo cual implica que quien pretende ejercitar una legítima defensa, previamente a ejercitarla no debe haber actuado en forma tal de determinar al agresor en su actuar para con posterioridad aducir una agresión ilegítima e ilegal, dicho en otros

¹⁸¹ LÓPEZ MESA, Marcelo J.- PASARÍN, Carolina A. “La Legítima Defensa en el Derecho Argentino. Segunda Parte”. II Editores. Revista Argentina de Derecho Civil N°4. Bs. As. 2019.

¹⁸² No podrá iniciarse legítima defensa del actuar realizado por los oficiales policiales o de quienes tienen facultades de contralor respecto de los individuos que se encuentran en la provincia, puesto el orden jurídico avala la actividad de dichos funcionarios a través de la normativa.

términos quien invita a pelear a otro no podrá con posterioridad aducir legítima defensa salvo claro está situación de excepcionalidad con respecto a los medios empleados. En estos casos el sujeto que agrada para incitar a otro será el verdadero agresor. Por otro lado, tampoco puede tomarse como valedera la legítima defensa de la legítima defensa.

Cabe hacer mención que el propio Art. 1718 inc.b establece que quien sin ser agresor ilegítimo sufra un daño como consecuencia de la aplicación de la legítima defensa, tiene derecho a la reparación plena del perjuicio, esto significa que los Funcionarios en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas que cumplan con su deber y reciban por parte de un sujeto un actuar que este considera que se da dentro de los parámetros de la legítima defensa, deberá indemnizar los perjuicios que ocasione, puesto como ya mencionamos uno de los requisitos vitales, para quitar la antijuridicidad, es que el actuar no sea lícito o amparado por el ordenamiento jurídico.

La legítima defensa por lo tanto, podrá ser utilizada a favor como en contra de los funcionarios, en cuyo caso cuando estos estén actuando dentro de las facultades legales derivadas de su cargo o función no podrán recibir contra dicho actuar una defensa legítima sin embargo en los casos en los cuales estos se extralimiten y rompan con las mandas legales el perjudicado –siempre que se cumplan los requisitos previamente enunciados- podrá accionar en los términos del Art. 1718 inc. b y/o 34 incs. 6 y 7 según corresponda.

Por último y con respecto a que bienes se pueden tutelar a través de este instituto cabe mencionar que comprende a la totalidad de los bienes jurídicos que integran el patrimonio de un sujeto.

3.4.3. Estado de Necesidad.

El Estado de necesidad como causal de justificación encuentra su regulación en el Art. 34 inc. 3 CP y Art. 1718 inc. c CCyCN.

La normativa regula la institución de forma clara y precisa. En términos simples la Cámara Civil y Comercial de Pto. Madryn ah definido al mismo como: “*situación en la que se halla una persona que para apartar de sí o de otra un peligro inminente que amenaza sus bienes personales o patrimoniales, causa legítimamente un mal menor a un tercero, que no es autor del peligro*”¹⁸³

Para que pueda configurarse esta causal de justificación es necesario, que concurren ciertos elementos a tener en consideración: 1. Mal actual o inminente: el mismo consiste en la existencia un perjuicio real, efectivo, que acontecerá contra el sujeto o un tercero. El daño debe estar por producirse, no puede haberse producido, puesto no tendría convalidación con la causal de justificación que estamos tratando; 2. Inevitable: El daño que se realiza debe ser la única forma de prevenir el daño mayor, es por ello que se hace referencia a la inevitabilidad del mismo; 3. Que se amenace al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en el hecho suyo: El sujeto que pretende ejercitar el estado de necesidad, no debe haber contribuido a su causación, esto implica, que no debe haber puesto de si para la existencia del daño que se pretende evitar, tanto en lo que pudiera afectar a su persona, como a la de un tercero; 4. Que el mal que se evita sea mayor al que se causa: Es la esencia del estado de necesidad, la razón de ser la causal de justificación es la posibilidad de realizar un daño con la única finalidad de evitar uno de mayor envergadura. Se obliga al sujeto a evaluar en el caso concreto la existencia de los bienes jurídicos en juego y ponderar cuál es más importante, para de esta manera estar avalado por el orden jurídico a ocasionar el daño.

¹⁸³ Conf. Cam. Civ. y Com. Pto Madryn, 23/05/2012 “R.M.G. c/ D.E. y Otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°218-Año 2011) y también según lo establecido en: Cam.Civ. y Com. Sala B. Trelew. 14/05/19 “C.R. c/ B.G.R. y Otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 542 Año 2018 CAT). Vto. Dr. De Cunto.

En el caso del Estado de Necesidad a diferencia de lo que ocurre con otras causales, de justificación, el juez estará facultado en los términos del 1718 inc. c CCyCN a imponer una indemnización, para el sujeto que tuvo que soportar el daño (para evitar el mal mayor), cuyo fundamento será la equidad, la razón de ser de ello es que el daño sería totalmente injusto para quien lo debe soportar.

Los funcionarios que obraren en Estado de Necesidad, según lo mencionado deberán indemnizar –en los términos que el juez lo estime pertinente- los daños y perjuicios que hubieren ocasionado a terceros de manera justificada.

Como bien se menciona previamente la indemnización se fundara en la equidad, motivo por el cual, en principio se entiende que estará en pugna con el principio de integralidad en la reparación, pero no con el de la reparación Plena que sostiene nuestro Código Civil y Comercial, ello implica la existencia de morigeración o incluso eliminación de ciertos rubros.

3.4.4. Obediencia debida.

Con respecto a la obediencia debida, la misma no encuentra regulación en el Código Civil y comercial, algunos autores¹⁸⁴ consideran que estamos en presencia de una causal de justificación únicamente aplicable al ámbito de la administración pública, motivo por el cual no correspondería tratar a la misma en dicho ordenamiento jurídico sino que debiera mantenerse en el ámbito del Art. 34 inc. 5 CP.

El posicionamiento doctrinario descripto previamente, aduce graves errores técnicos puesto en principio si entendemos que estamos en presencia de una causal de justificación, la misma

¹⁸⁴ BUERES, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 3F Arts. 1708-1881 DERECHOS PERSONALES”. ED. Hammurabi. Bs. As. 2018. Pág. 155. Ello conforme lo que expone Fumarola al comentario del Art. 1718.

operara sobre la antijuridicidad sacándola de los elementos necesarios para exista responsabilidad civil y tornando de esta manera la conducta en licita.

Si se entiende que la antijuridicidad es referente a la contravención de una norma que integra el ordenamiento jurídico entendido este último como una totalidad y no como la violación a un precepto jurídico específico de una rama determinada del derecho, se generan las razones necesarias para entender que la obediencia debida como causal se aplica a la totalidad del ordenamiento y no solo a una rama del derecho en particular.

Corresponde aclarar que la posición que sustenta no aceptar a la obediencia debida como una causal de justificación dentro del ámbito del derecho privado, pero si en el ámbito del público, pretende generar una falsa posición respecto a los principios y fundamentos de una rama del derecho en particular en detrimento de las restantes, esto quiere decir, que nada obsta a que si bien en el ámbito del derecho público se aplique la obediencia debida, también pueda hacérselo en el ámbito del derecho privado –incluso por la utilización de la analogía ya que no hay norma específica en el Código Civil y Comercial-, puesto como se comento ut supra, la antijuridicidad es una sola, sin importar la rama jurídica en la que estemos actuando, así es, como este orden de ideas es sustentado por cierta jurisprudencia¹⁸⁵ provincial.

Con respecto al tema a tratar, si bien el Art. 34 inc.5 CP posee una redacción escueta, lo esencial es observar los términos que derivan del mismo para poder entender en que situaciones se aplicará, en principio se requiere de una relación jerarquía en la que un Funcionario se encuentre subordinado en su actuar a otro de una jerarquía superior –debiendo este último tener dirección técnica sobre aquel que se encuentra por debajo-, quien ordenará al de jerarquía inferior la

¹⁸⁵ Conf. Cam. Civ. y Com. Pto Madryn, 23/05/2012 “R.M.G. c/ D.E. y Otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°218-Año 2011). Vto del Dr. Vivas.

realización de una determinada actividad que en principio contraría o repugne al ordenamiento jurídico, esto conlleva aun que sin existir la causal de justificación la misma se tornaría de hecho en antijurídica.

Una vez que el funcionario subordinado recibe la orden de realizar determinada actividad este si la realiza responderá de forma directa por los perjuicios que ocasione frente a terceros siempre que estemos en presencia de actos que fueren atroces o inhumanos o incluso aquellos que impliquen según el conocimiento del hombre común un ilícito, puesto en dichos casos el funcionario subordinado podrá rehusarse al cumplimiento sin que ello conlleve responsabilidad para él.

La causal de justificación creo que operará en aquellas circunstancias en donde la orden verse sobre una actividad con ciertos grises en cuanto a su legalidad, siendo en última instancia el juez quien deberá decidir si corresponde la indemnización en los términos del Art. 69 CPCH o si por el contrario estamos en presencia de una causal de justificación.

3.4.5. Consentimiento del damnificado.

La regulación del consentimiento del damnificado encuentra asidero legal en el Art. 1720 CCyCN, previamente no se encontraba legislado en el Código Civil de Vélez, sino que su aplicación obedecía normativa foránea a dicho cuerpo legal.

Básicamente el consentimiento de damnificado quita la antijuridicidad y por lo tanto la responsabilidad civil al autor de un perjuicio, siempre y cuando este haya brindado la información veraz y adecuada.

Para que concurra el mismo se precisa de libertad (esto implica un acto practicado en los términos del Art. 260 CCyCN) y a su vez que el damnificado reciba la información esencial para poder adoptar la decisión que considere viable, ósea que la clausula –en caso de que fuera a través de un contrato- no debe ser abusiva (oportunamente deberá observarse como juega la ley 24.240 dentro de este aspecto), obviamente es necesario que el consentimiento se dé con anterioridad al acto que genera daño y que quede debidamente registrado (ello en ejercicio de la autonomía de la voluntad).

Ahora, bien el consentimiento del damnificado, no servirá de aval para realizar cualquier daño por parte de los Funcionarios públicos, sino que el mismo tendrá ciertos limitantes, como la vida, la salud, la integridad psicofísica, etc. En una palabra, solo podrá otorgarse el consentimiento respecto de bienes que sean disponibles por el damnificado.

La causal en comentario permitirá que el Funcionario pueda perder la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados pero con ello no genera la quita de antijuridicidad a la tutela de bienes jurídicos superiores como los son los previamente enumerados, así si el damnificado otorga su consentimiento para perder la vida, quien realice el acto será pasible mínimamente de la sanción determinada por el Art. 79 del Código Penal. Es por ello, que no podrá concurrir ni dolo ni culpa por parte del autor del acto, puesto la causal de justificación carecerá de validez y tornara el actuar en antijurídico.

3.5. Eximentes de responsabilidad.

Con respecto a las eximentes de responsabilidad, puedo decir que las mismas operaran sobre la relación de causalidad rompiendo el nexos causal, esto las diferencia claramente de las causales de justificación que previamente traté en donde las mismas operaban sobre las antijuridicidad.

De conformidad a lo dicho, las eximentes de responsabilidad están constituidas por un hecho que es ajeno al sindicado como autor, siendo de obligatoriedad la distinción de la situación en las cuales hay inexistencia de nexo causal y de cuando hay una ruptura del nexo de causalidad, que se da mayoritariamente cuando el autor ha tenido algún tipo de intervención en la cadena causal pero el hecho no le es atribuible materialmente.

De esta manera una de la formas de eximirse de responsabilidad y con ello de la de la indemnización – mediante la ruptura total o parcial del nexo de causalidad¹⁸⁶ según corresponda de daños y perjuicios es la determinación de la ruptura del nexo causal, el cual deberá ser acreditado por el demandado¹⁸⁷, ahora bien el sistema procesal chubutense requiere de una rigurosa acreditación, nuestra jurisprudencia¹⁸⁸ provincial ha dicho que se podrá en ciertas ocasiones de dificultad en la probanza recurrir a las presunciones siempre que estemos en presencia de hechos precisos y concordantes.

3.5.1. Hecho del damnificado.

El hecho del damnificado encuentra su regulación en el Art. 1729 CCyCN, el mismo opera como una causal de ruptura total o parcial del nexo de causalidad, lo que implicará la limitación o no en la responsabilidad, lo vital es que el damnificado haya producido o contribuido a producir el daño¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Conf. . Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew. 27/02/18 “M.J.B. c/ H.R. y Otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 158- Año 2017 CAT). Según voto. De la Dra. Spoturno.

¹⁸⁷ Conf. Cam. Civ. y Com. Esquel. 13/02/08 “E.H.R. c/ OROS, L.D. s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°149/07 CANO). Según voto. del Dr. Magallanes. En el mismo orden de ideas Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew 25/08/08 “S.J.D. c/ A.C.W. y/u Otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°22.717- Año 2008 CAT). Según voto. Del Dr. López Mesa.

¹⁸⁸ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew. 19/04/07 “C.A.M. y otras c/ L.D.A. s/ Daños y perjuicios” (Expte. N°21796- Año 2006 CAT). Según voto. del Dr. Velázquez.

¹⁸⁹ Conf. . Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew. 12/05/20 “A.R.S. c/ G.F.H. y Otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°253- Año 2019 CAT). Según voto. de la Dra. Spoturno.

Cuando el funcionario actúe generando un perjuicio, habrá que observar cual es la participación del damnificado en el hecho que conlleva el perjuicio, puesto según el caso podrá eximirse total o parcialmente de responsabilidad al Funcionario que lo ocasiona.

Ahora ¿Por qué se habla de hecho del damnificado y no de víctima? en principio se tiene como finalidad ampliar el concepto puesto en el antiguo caso de “la culpa de la víctima”, este solo quedaba circunscripto al sujeto pasivo directo, dejando de lado otros actores que podrían ser incorporados, todo ello en base a la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada en conjugación con la teoría del acto jurídico, ya que si se habla de “hecho del damnificado” también podrá tomarse en cuenta aquellos no efectuados con discernimiento, intención y libertad que podrían acarrear la irresponsabilidad y con ello la no ruptura del nexo causal (es por ello que la teoría de la causalidad adecuada es la que pondera el sistema) para eximir de responsabilidad.

Así vista la cuestión, lo relevante será la ruptura del nexo causal¹⁹⁰, como consecuencia de un hecho¹⁹¹ que fuere efectuado por el damnificado.

Lo importante a la hora de solucionar la determinación de responsabilidad, será la aplicación de la teoría de la Causalidad Adecuada, en base a ella se determinará o no si el damnificado ha contribuido con su actuar a la producción del daño y en que medida.

Por ello quien ocasiona una situación dañosa en principio no se eximirá de responsabilidad aduciendo “el hecho del damnificado” ya que deberá probar dicha ruptura del nexo de causalidad.

Así sentadas las cosas, el Art. 1729 CCyCN deberá conjugarse con el Art. 1710 CCyCN, en virtud del cual, toda persona deberá tratar de evitar la realización de daños, el artículo en

¹⁹⁰ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A. Comodoro Rivadavia. 29/09/16 “G.E.L. c/ C.L.G. s/ Sumario (Daños y Perjuicios)” (Expte. N° 650/2015). Según voto. Dr. Jalil.

¹⁹¹ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala B. Trelew. 08/09/14 “B.A.O. y Otra c/ M.H. y/u Otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 121- Año 2014 CAT). Según voto. del Dr. Lucero.

comentario, hace referencia a “*toda persona*” independientemente de las características del sujeto (capaz o incapaz, física o jurídica), motivo por el cual sienta una regla general que deberá ser tenida en consideración por el Juez a la hora de fallar¹⁹².

Por otro lado el Art. 1729 CCyCN habla de casos de excepción “...*excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo o de cualquier otra circunstancia especial*”.

3.5.2. Caso fortuito o fuerza mayor.

La eximente en comentario encuentra su regulación a lo largo del ordenamiento jurídico nacional en pluralidad de normas (Código Penal, Ley de Defensa al Consumidor, Ley General de Ferrocarriles, etc.), en lo que a respecta a este trabajo se tomara como base el Art. 1730 CCyCN.

En principio podemos decir que el Código Civil y Comercial equipara el caso fortuito o fuerza mayor en términos de sinonimia, cabe decir al respecto que tanto los casos que recaigan en un ámbito como en el otro deberán cumplimentar con los mismos requisitos para su desarrollo.

En ambas circunstancias que se menciona en el título, el nexo causal se rompe porque los acontecimientos son extraños, no acostumbran a suceder dentro de lo normal y ello conlleva que el Funcionario no deba responder por el daño producido puesto no existe acto de ninguna de las partes intervinientes en la relación jurídica.

Ahora la eximente pierde virtualidad como consecuencia del acuerdo de voluntades o cuando la normativa expresamente lo determine, ello conforme el Art.1730 CCyCN que reza: “*Excepto disposición en contrario*”.

¹⁹² Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew. 04/11/19 “V.S.C. y Otros c/ A.S.B.J. y Otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°465-Año 2018 CAT). Según voto. de la Dra. Sporturno.

En cuanto a los requisitos que debe reunir la causal, podemos decir que son los siguientes: 1) Imprevisibilidad: cabe decir al respecto que requiere ser imposible de tener en consideración que acontezca el hecho o situación que de ningún modo se contaba con que fuere probable. En cuanto a la determinación de la imprevisibilidad corresponde, que no haya podido ser previsto por el hombre diligente medio; 2) inevitabilidad: implica que el funcionario no pueda evitar su realización u acontecer, motivo por el cual genera la ruptura del nexo causal; 3) Extraneidad: Se requiere que el acontecimiento que genera la ruptura del nexo causal haya sido ajeno a las partes, esto significa que fuera extraño a ellos motivo por el cual el acontecimiento se constituye en la verdadera causa adecuada del daño producido y es en virtud de ello que se genera la ruptura del nexo causal.

Los tres requisitos¹⁹³ mencionados previamente deben concurrir en su totalidad de forma conjunta para que se pueda configurar la causal y de esta manera eximir de responsabilidad al Funcionario.

Ahora bien, siguiendo lo establecido por el Art. 513 del Código Velezano, el nuevo ordenamiento establece ciertas excepciones a la eximente en comentario a través del Art. 1733.

Así las cosas, si se asume el cumplimiento (Art. 1733 Inc. a CCyCN) el Funcionario no podrá eximirse de la responsabilidad ocasionada por el caso fortuito o fuerza mayor, en estos casos se requerirá una clausula expresa para no contrariar lo establecido por el Art. 948 del mismo ordenamiento; tampoco se eximirá el funcionario cuando la ley¹⁹⁴ lo establezca (Art. 1733 inc.b CCyCN); En los casos de mora (Art. 1733 inc. c CCyCN) se sigue con lo pautado por el 513 del

¹⁹³ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew. 02/10/2018 “ F.S.E. y Otras c/ W.M.D. y Otros s/ Daños Perjuicios” (Expte. N°59 Año 2017 CAT). Y también Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew. 28/05/19 “ T.A. c/ T. EL 22 S.R.L. y Otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°525- Año 2018 CATP).

¹⁹⁴ De conformidad a la ley 17.048 Art. 4.1.b.

Código de Vé; En el inc. d se da la situación de “culpa” del funcionario o si se tuviera en consideración el riesgo o vicio de la cosa (inc. e); por último tenemos el caso del un acontecer delictual en donde el Funcionario debiera hacer restitución de lo percibido y esto hubiere sufrido daños, en cuyo caso responderá de forma plena.

3.5.3. Hecho de un tercero.

La eximente en comentario, encuentra asidero jurídico en el Art. 1731 CCyCN, el mismo detalla que podrá operar total o parcialmente según sea el caso, debiendo el demandado demostrar la incidencia del hecho del tercero en el nexo de causalidad.

El tercero debe ser entendido como una persona ajena, alguien que no tenga ningún tipo de vinculación, por lo tanto no corresponderá la aplicación de la presente eximente, al caso de los dependientes o personas que entren en contacto con la cosa por expresa o presunta voluntad del dueño o guardián.

Como venimos detallando deberá el intérprete servirse de la aplicación de la Teoría de la Causalidad Adecuada¹⁹⁵, con la finalidad de resolver si en el caso concreto concurre o no la posibilidad de aplicación de dicha eximente.

Nuevamente conviene aclarar que la norma en comentario hace referencia expresa al “hecho de un tercero” motivo por el cual no se tomará en cuenta si el tercero obra en los términos del Art. 260 CCyCN (esto es actuando con discernimiento, intención y libertad)¹⁹⁶, lo único que se

¹⁹⁵ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew. 04/05/12 “M.M.E. c/ Municipio de Rawson s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 460-Año 2011 CAT). Según voto. Dr. Velázquez.

¹⁹⁶ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala B. Trelew. 22/03/16 “ C.A. y Otra c/ E.W. y Otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°508- Año 2017 CAT). Según voto. Dr. De Cunto.

requiere es que se reúnan los requisitos del caso fortuito (Estos son, extraneidad, imprevisibilidad, inevitabilidad)¹⁹⁷.

3.5.4. Asunción de riesgos.

El instituto en comentario determina su actuación dentro de los términos del Art. 1719 CCyCN, cuando el Funcionario asume un riesgo dentro de una determinada actividad o cuando el administrado asume el riesgo frente al Funcionario, en cuyo caso lo que se produce sería una ruptura del nexo causal conllevando la exención de responsabilidad total o parcial según corresponda al caso concreto.

Parte de la doctrina considera que deberá asociárselo al hecho del damnificado, para que esta opere como verdadera eximente de responsabilidad. Ahora bien, el hecho que provoque la interrupción del nexo causal deberá ser de una gravedad significativa trascendental para que pueda acarrear como resultado la ruptura¹⁹⁸.

Es así que de la lectura del Art. 1719 CCyCN se puede discernir la existencia de una doble regulación: 1) Exposición a una situación de peligro en cuyo caso se genera daño y por lo tanto derecho a indemnización; 2) Exposición a una situación de peligro que genera daño pero como consecuencia del acontecer causal, es posible de aplicar los principios establecidos para el hecho del damnificado.

Una vez sentados estos principios nuevamente la prueba, quedará en poder de la parte que decide hacer valer dicho instituto en juicio, para cuyo caso el juez deberá evaluar las circunstancias del caso y la prueba producida dentro del expediente.

¹⁹⁷ Conf. Cam. Civ. Y Com. Sala A. Trelew. 07/12/07 “F.A.M. c/ M.J.A. y/u otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°22.185-Año 2007 CAT). Según voto. Dr. Velázquez.

¹⁹⁸ Conf. Cam. Civ. Y Com. Sala A. Trelew. 11/08/15 “S.N.O. y Otros c/ D.A.Á. y Otra s/ Daños y Perjuicios (Expte. 67- Año 2015 CAT. Según voto. Dr. López Mesa.

3.5.5. Imposibilidad de cumplimiento.

La imposibilidad de cumplimiento como causal de ruptura del nexo deriva del Caso Fortuito, cuando se reúnen los requisitos establecidos por el Art. 1732 CCyCN, se genera la posibilidad de que se tenga como resultado la extinción de la obligación y con ello la innecesidad de responder por los daños y perjuicios ocasionados.

El Funcionario no deberá responder, si respecto a la obligación asumida se genera una imposibilidad objetiva y absoluta no imputable al mismo, motivo por el cual este quedará irresponsable frente al acreedor y a su vez sin necesidad de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

En cuanto a los requisitos que se derivan de los arts. 955 y 1732 CCyCN, de forma breve se puede decir que son: a) imposibilidad posterior: La misma debe concurrir luego de asumida la obligación, ya que nadie se puede obligar a lo imposible; b) Imposibilidad Objetiva: Cuando es independiente a toda circunstancia particular o de carácter subjetivo que este atravesando el deudor de la obligación; c) Imposibilidad Absoluta: La prestación no debe poder cumplirse de ninguna forma ya fuere porque el objeto de la misma desapareció, etc. Sin embargo no se aplicará en aquellos casos en los cuales la prestación se hubiera tornado más onerosa. Por último está imposibilidad debe ser encausada dentro de los principios de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de derechos; d) Imposibilidad Definitiva: significa que el acontecimiento que genere el incumplimiento debe perdurar por la totalidad del tiempo y no debe existir respecto de la misma la posibilidad de cortes intempestivos que posibiliten o hagan viable la prestación y el cumplimiento de la obligación (salvo los casos de excepción contemplados por el Art. 956 CCyCN).

Si se reúnen la totalidad de los requisitos comentados previamente y a ello se le suma que no existe ni culpa ni dolo del deudor, el resultado que se producirá será la extinción de la obligación que conllevará la irresponsabilidad del Funcionario.

Ahora si el juez determina que el funcionario actuó con dolo o culpa y como consecuencia de ello se generó la imposibilidad de cumplimiento este será responsable de los daños y perjuicios ocasionados por su actuar debiendo indemnizar, según lo determine una sentencia judicial.

3.5.6. Hecho del príncipe

Párrafo aparte merece el hecho del príncipe que en principio pareciera tener ciertos rasgos a través de los cuales se los podría asimilar al caso fortuito y fuerza mayor –más específicamente la fuerza mayor¹⁹⁹- y de esta manera estar incorporado a los eximentes de responsabilidad estatal establecidos por la ley “I N° 560” Art. 2 Inc. A, lo cierto es que es un instituto jurídico independiente que constituye un supuesto de responsabilidad del Estado.

Lo importante sin embargo a los fines de este trabajo es analizar la responsabilidad que tiene el Funcionario frente al Estado por los actos realizados que terminan con un Estado Provincial y/o Municipal abonando una indemnización que en definitiva paga el contribuyente (Puesto los Funcionarios solo administran el dinero de los contribuyentes).

Previo a ello, es menester conceptualizar el instituto jurídico con la finalidad de delimitarlo, así es que con respecto al hecho del príncipe se puede decir que el mismo acontece cuando se produce un desequilibrio económico-financiero en la ecuación del contrato como consecuencia de un

¹⁹⁹ Conf. Cam. Apels. Civ. Com. Esquel. 5/02/19 “S.L.A. c/ Municipalidad de Lago Puelo s/ Ordinario” (Expte. N°61 Año 2018 CANO). Según voto. Dr. Flass.

actuar administrativo cuya razón de ser es el interés público y sin tener esta variación en la ecuación económica-financiera vínculo alguno con el riesgo empresarial.

Si bien existe un interés público en las modificaciones de ciertas pautas para tutelar si se lo quiere los intereses de una mayoría, esto no obsta a que el Funcionario que incurre en dichos actos responda por los daños y perjuicios ocasionados al Estado ¿Qué significa esto? En principio implica entender que el funcionario al modificar las pautas de contratación, genera un perjuicio para el contratante quien demandara oportunamente al Estado Provincial o Municipal para que se repare el daño. Entonces al existir un daño, implica que existió un actuar de Funcionario que lo genero, motivo por el cual el funcionario debiera indemnizar los daños ocasionados al Estado como consecuencia de los montos que debió desembolsar el Estado para paliar la supuesta indemnización por los daños y los perjuicios ocasionados.

Creo que sería sano que el Funcionario responda por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la responsabilidad Estatal que surge al determinarse la existencia del hecho del príncipe ya que no sería equitativo que el contribuyente nuevamente deba aportar para indemnizar los actos realizados por quien generalmente no es idóneo o racional en el ejercicio de su función y mucho menos respeta el derecho de propiedad (Art. 17 CN).

3.6. Responsabilidad Solidaria.

El Art. 69 CPCH, de forma clara establece la solidaridad del Estado Provincial o Municipal con él o los Funcionarios, por los daños y perjuicios que estos hubieran ocasionado.

La norma además de estar subsumida dentro de los principios generales de la responsabilidad civil (Esto es, deber de garantía, responsabilidad del principal por el dependiente, etc.) trata de

brindar a la persona perjudicada por el actuar del Estado un patrimonio más líquido –en principio- donde pueda efectivizar el cumplimiento de la sentencia indemnizatoria.

La solidaridad se regirá por lo establecido del Art. 827 CCyCN en adelante y en su caso por el Art. 1751 CCyCN, según corresponda a cada caso concreto.

Esta relación de solidaridad se establece entre el Estado y el Funcionario, sin perjuicio de que pueda existir pluralidad de sujetos activos que con su actuar hayan incidido en el perjuicio acontecido, por otro lado hay que tener en consideración, que el Estado será solidario siempre con ellos sin perjuicio de la posterior acción de repetición²⁰⁰.

Ahora bien, si hay varios funcionarios comprometidos en el actuar dañoso, habrá que determinar si el daño tiene su origen en una misma causa²⁰¹, en cuyo caso se aplicara los principios de las obligaciones solidarias (independientemente de la solidaridad individual que posee el Estado con el Funcionario), mientras que en el caso en el caso en el cual hubiera pluralidad de causas los principios a aplicar serían los de las obligaciones concurrentes (nuevamente en este caso igualmente el Estado es solidario con el Funcionario, independientemente de la causa generadora).

3.7. ¿Responsabilidad directa e indirecta?

Podemos decir que la responsabilidad del Funcionario será directa por los daños y perjuicios ocasionados por mal desempeño en el ejercicio u ocasión de las funciones, estos son requisitos esenciales, puesto que si el daño y/o perjuicio escapa al ejercicio de la función, el Funcionario

²⁰⁰ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala B. Trelew. 18/05/20 “G.G.S. y Otro c/ F.D.M. y Otro s/ Daños y Perjuicios (Expte. N°449- Año 2019 CAT). Según voto. Dr. Cunto.

²⁰¹ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew.30/07/08 “P.C.A. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°22.675- Año 2008 CAT). Según voto. López Mesa.

dejará de ser tal y responderá por los hechos propios, sin la presencia de la solidaridad Estatal establecida por el Art. 69 CPCH.

Entonces la responsabilidad del Funcionario será en principio directa y subjetiva, mientras que la del Estado será directa –puesto el propio Art. 69 establece que es “solidaria”- y objetiva (en el mismo orden esgrimido se pronuncian los Arts. 1 y 13 Ley I N°560).

Ahora si el daño se produce como consecuencia del ejercicio u ocasión de la función el funcionario no responderá, lo hará Estado (Provincial o Municipal) puesto se requiere que el ejercicio se efectúe acompañado del requisito del “mal desempeño” en su función o de “manera irregular” según lo menciona el Art. 13 de la ley I N°560.

En los casos en los cuales se demande directamente al Estado (por convenir desde el punto de vista de la estrategia procesal –factor objetivo de atribución, etc.-) siempre que el Funcionario hubiera actuado en “mal desempeño” de su función, el Estado podrá iniciar la demanda por los daños y perjuicios sufridos. En estos casos convendrá que el Estado cite como tercero obligado al Funcionario que actuó con mal desempeño para evitar nuevos procesos en el futuro (Art. 32 Ley I N°231 y Art. 95 Ley XIII N°5).

Ahora, cuando el damnificado decidiese demandar solo al Funcionario, este como se dijo previamente responderá a través de un factor de atribución subjetivo y de manera directa, pero la víctima se verá limitada -en cuanto al cobro de la sentencia indemnizatoria- por el patrimonio del Funcionario.

3.8. ¿El caso del Interventor Federal en la Constitución de la Provincia de Chubut contraria lo establecido para la responsabilidad de los funcionarios Nacionales según lo normado por la Ley 26.944?

En cuanto a la intervención federal y en relación a lo establecido por el Art. 69 CPCH, se genera una situación que debe ser resuelta a través de la aplicación del principio de supremacía constitucional.

Así lo mencionado puede sustentarse de la siguiente manera - y refiriéndose exclusivamente al tema que nos ocupa- teniendo en consideración los artículos de la Constitución Nacional, en principio el Art.31 sienta las bases para determinar la supremacía de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, por sobre las leyes federales la cuales incluso se encuentran por sobre las Constituciones Provinciales (Art. 5 y 123).

Ahora bien, las Provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal (Art. 121 CN), situación que coligue la facultad de decretar la intervención de una provincia (más allá de los motivos del caso concreto) corresponde al Congreso Federal (Art. 75 inc. 31 CN) y al Poder Ejecutivo Nacional en momentos de receso del Congreso (Art. 99 inc. 20 CN) –siempre que se convoque simultáneamente- como consecuencia de ser una facultad delegada por las Provincias al Gobierno Federal, se entiende que la designación del Interventor será efectuada por los Poderes –Legislativo y Ejecutivo- Nacionales en cuyo caso nada tendrá que ver el orden institucional provincial (Es así como se podría contrariar el Art. 11 CPCH, a través del cual se pretende que el interventor jure en base a la Constitución Provincial) en la elección del Interventor, motivo por el cual este responderá por los daños y perjuicios que ocasione en los términos de la ley 26.944 y no en los términos del Art. 69 CPCH.

Más aun algunos de los supuestos establecidos por el Art. 6 CN, son la vulnerabilidad del sistema republicano y representativo, situación que implica la no existencia de un orden institucional y el efectivo cumplimiento del Art. 5 CN, motivo por el cual, se sustituyen a las autoridades locales con la finalidad de mantener la supremacía constitucional que conlleva la organización provincial dentro de los parámetros fijados por el Art. 5 CN.

De esta manera, jurídicamente la designación le corresponde en la jerarquía constitucional a órganos superiores, motivo por el cual se regirá por la normativa federal los perjuicios que pudiere ocasionar su intervención descartándose la aplicación de cualquier régimen legal de orden local incluso las propias constituciones provinciales por encontrarse estas debajo de las leyes federales en el sistema piramidal que coloca a la Constitución Nacional en su cúspide.

3.9. La idoneidad en el Cargo ;Es una Obligación de medios o resultados?

Respecto de la idoneidad en el cargo la misma se ve plasmada en nuestra Constitución Nacional de 1853 en el Art. 16 CN teniendo como finalidad permitir y asegurar a los Argentinos tomar parte de la administración del gobierno (situación que les estaba vedada cuando existía el virreinato) eh implicando para lograr dicho objetivo que el habitante nacional fuere idóneo.

En este mismo orden de ideas se pronuncio la Constitución Provincial de 1957 a través del Art. 38 CPCH, para con posterioridad en la reforma de 1994 utilizarse de base del actual art. 67 CPCH que sienta ciertos cambios en la parte final del mismo.

Una vez planteada su ubicación Constitucional respecto al tema en cuestión, podemos decir que la jurisprudencia provincial conceptualizo a la idoneidad como: “aptitud que debe reunir el

postulante para ocupar un cargo vacante”²⁰², mientras que la R.A.E. al hablar de idoneidad nos remite al término idóneo definiéndolo a este último como “adecuado y apropiado para algo”.

Una vez conceptualizado el tema y delimitado, podemos decir que para ingresar al Estado Provincial y Municipal en principio se requiere que el aspirante demuestre la idoneidad para cumplir las funciones que requiere el cargo, ellas se podrán evaluar mediante un examen de oposición (que consistirá en un examen escrito u oral) y antecedentes (que hará referencia a las acreditaciones –académicas, profesionales, etc.- que la persona logro a lo largo de su vida para ocupar dicho puesto), con la finalidad de evitar cualquier tipo de privilegio que vulnere los principios constitucionales de igualdad e idoneidad que surgen de la Constitución Nacional y Provincial, pero que a su vez son la base del sistema republicano de gobierno.

Este sistema de idoneidad mensurado a través de concursos de oposición y antecedentes tienen como finalidad evitar en la práctica que el partido político de turno ingrese sus allegados a la administración, sin ser estos idóneos y vulnerando el principio de igualdad²⁰³ implicando a su vez discriminación y teniendo como resultado el regreso al sistema previo a la vigencia del Art. 16 CN que comente al principio del tema.

Según lo dicho, por otra parte, cuando el aspirante cumplimenta con dichos requisitos (idoneidad y concurso de oposición y antecedentes) y logra acceder al puesto para el cual concurso, surge – más allá de otros tipos de responsabilidad y deberes- una obligación de resultado para con el Estado que consistirá en la realización con aptitud de la función que se le asigno como consecuencia del concurso ganado y ello independientemente de que fuere necesario para el

²⁰² Conf. Cam. Civ. Y Com. Esquel.14/05/02 “C.P.E. c/ MUNICIPALIDAD DE EPUYEN s/ Recurso Contencioso” (Expte. N° 47/00 CANO). Según vto Dr. Margara.

²⁰³ Conf. Cam. Civ. Y Com. Esquel.13/04/15 “ M.S.A. c/ MUNICIPALIDAD de GOBERNADOR COSTA s/ Contencioso Administrativo” (Expte. N° 187/12 CANO). Según vto. Dr. Flass.

cargo tener un título profesional, puesto en todos los casos el ingresante devenido en Funcionario –dentro del concepto amplio- debe cumplir con la función para la cual concursó y que a su vez implica un verdadero certificado de idoneidad para con el Estado.

Así lo dicho, implica que el sujeto está capacitado y es apto para actuar dentro del ámbito en el cual debe cumplir su función, por lo tanto en el caso de generarse daños y perjuicios por “mal desempeño” el Estado no solo debe interponer la acción de repetición –en caso de ser demandado solidario y tener que desembolsar los montos para el pago de la sentencia-, sino que a su vez deberá iniciar dentro del ámbito civil y de conformidad a los parámetros del Art. 69 CPCH y el Art.32 Ley I N° 231 (Ex 4816), el juicio de daños y perjuicios puesto el sujeto rindió un examen a través del cual se determinó aptitud para ejercer la función y sin embargo esta obligación de resultados se incumplió para con el Estado.

De existir dicho juicio, el Funcionario al estar en presencia de una obligación de resultados vería una inversión de la carga probatoria²⁰⁴, en cuyo caso sería este quien debería probar la ruptura del nexo causal para liberarse de responsabilidad.

El principio de idoneidad y el concurso público de oposición y antecedentes sumados a la educación son el mejor sistema para representar y tutelar los derechos de aquellas grupos sociales oprimidos o que se ven afectados por ser minorías, puesto la total vigencia del sistema implicaría el efectivo ingreso de un sujeto altamente capacitado para cumplimentar la función requerida para el cargo, motivo por el cual redundaría en una mejor administración que implicaría por su parte que los aportes de los contribuyentes estarían bien administrados conllevando una mejoría en la

²⁰⁴ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala B. Trelew. 07/10/14 “I.M.L. y Otros c/ LA U.D.S. S.A. (fiduciaria del fideicomiso EMPRESA TRANSPORTADORA V.T.) s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 161- Año 2014 CAT). Según voto. Dr. López Mesa.

recaudación puesto la actividad privada y legal se verían incrementadas al no existir desfalcos o falta de compromiso con la función por parte de los funcionarios.

3.10. Responsabilidad del Funcionario Público en la ley I N°560 “Responsabilidad del Estado”.

La ley I N°560 entro en vigencia el 1 de Agosto de 2015, dentro de esta se postulo en referencia a la responsabilidad del Funcionario Público determinando que la misma se encontraba regida por el Art. 69 CPCH, de conformidad lo afirmaba el propio Art. 13 de la ley I N°560.

Así planteada la cuestión, de conformidad a lo asentado por el Principio de Supremacía Constitucional establecido por el Arts. 5, 27, 28, 31, 75 inc. 22, 75 inc. 24, 99 inc. 2 y 121 CN y derivando de ellos la pirámide jurídica determinada por la Constitución Nacional dentro del orden interno, donde se coloca a las leyes provinciales por debajo de las Constituciones Provinciales lo que conlleva un orden de subordinación a los contenidos establecidos en la norma suprema provincial, siendo los principios allí sentados las directrices para el armado de la normativa local.

Una vez efectuada esta breve introducción yendo específicamente al tema que nos ocupa, la responsabilidad del Funcionario será en principio materia de índole civil, puesto el Art. 13 de la ley I N°560 hace expresa remisión al Art. 69 CPCH, en donde se establecen los requisitos para que concurra la responsabilidad requiriendo en principio que exista “Mal Desempeño” lo que la norma provincial llama “ejercicio irregular” copiando si se lo quiere lo establecido por el Art. 9 de la Ley 26.944 que rige²⁰⁵ a nivel nacional.

²⁰⁵ Conf. Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia, y Minería del Sup. Trib. De Chubut. Rawson. 03/08/17 “D.S.P.I. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Ejecucion de Sentencia-Expte. N°15936/06” s/ Incidente (incremento y progresividad de sanciones conminatorias)” (Expte. N°22172-D-2012).

Ahora bien, el mismo artículo 14 de la ley I N°560 posibilita al Estado que reclame a través de la acción de repetición en el plazo de 3 años, mientras que por otro lado al principio del artículo en comentario se deja abierta la posibilidad a que el propio Estado (Provincial o municipal) inicie el reclamo por los daños y perjuicios ocasionados contra el funcionario, en cuyo caso dicha acción deberá iniciarse ante el Juez Civil, de conformidad lo dicta la propia Constitución Provincial puesto –como ya se explico al comienzo- esta tiene jerarquía superior a ley.

En este mismo orden de ideas el Art. 1 párr 2° de la ley I N°560 establece que “las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”, no haciendo mención específica a la Responsabilidad del Funcionario Público por encontrarse esta legislada en la Constitución Provincial (siendo un atino según lo entiendo que se haya colocado la reclamación por daños y perjuicios de manera expresa en el texto del Art. 69 CPCH).

Lo establecido por el Art.1 ley I N°560 contraria la posibilidad de que la Provincia demande por daños y perjuicios en los términos del Art. 69 CPCH a un Funcionario Municipal o viceversa, situación que claramente podría tomar lugar y por lo tanto determinar la inconstitucionalidad del Art. 1 de la ley I N°560.

Dicho esto, no existe otra solución, que en el caso específico de los Funcionarios públicos aplicar el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación ello con fundamento en el principio de supremacía Constitucional, motivo por el cual en el caso en el cual se demande a un Funcionario y de forma solidaria al Estado (Municipal o Provincial) se deberá utilizar el régimen de responsabilidad establecido por el Código Civil y Comercial.

3.11. Responsabilidad del Funcionario Público en la ley I N°231 (Antes Ley 4816) “Ley de Ética Pública de Chubut”.

La ley de Ética Pública de Chubut, sienta las bases dentro de las cuales debe actuar el Funcionario, la gran mayoría de su articulado son descripciones claras y detalladas de los deberes que corresponden al cargo de esto. Sin embargo considero pertinente el termino obligación en reemplazo de deber, sobre todo en cuanto a la distinción que implica y la situación en la cual se coloca al funcionario frente a su cumplimiento teniendo en consideración que dentro de los ámbitos de la responsabilidad del Funcionario (Penal, Administrativa, Política, Etc.) se encuentra la Civil –Según bien lo establece el Art. 69 CPCH-.

Así lo dicho, en los Arts. 1 y 2 de la ley I N°231, se describe con claridad cuáles son los destinatarios de la normativa en comentario más aun se determina el ámbito de aplicación de la misma.

Con respecto al tema en desarrollo importa lo estipulado por el Art. 31 ley I N° 231, en virtud del cual se determina un efecto de subordinación y sincronidad con la normativa establecida por el Art. 69 de la norma suprema a nivel Provincial, en donde nuevamente se hace mención a la facultad del Estado para ejercitar la acción de repetición respecto de los perjuicios que hubiere ocasionado el Funcionario en ejercicio u ocasión de la función.

Más aun el Art. 32 de la norma provincial en comentario, regula otra de las situaciones previstas por el Art. 69 CPCH, en virtud del se facultad al Estado (Provincial o Municipal) a iniciar las acciones de daños y perjuicios con la finalidad de de solventar los perjuicios que ocasiona al Estado, debemos recordar que el Funcionario, en principio debe ser idóneo para la actividad que

desarrolla, obligación que según dijimos previamente es de resultados frente al Estado, lo que lo colocará en una inversión de la carga probatoria.

Por último, el Art. 35 de la Ley de Ética Pública Provincial, faculta a iniciar las reclamaciones por daños y perjuicios contra los funcionarios del Ministerio Público Fiscal que lleven adelante causas vinculadas a delitos contra la administración pública, cuando las mismas hubieren sido declaradas prescriptas o tuvieran dilaciones innecesarias en el proceso, motivo por el cual se considerara dicho actuar como incumplimiento de los deberes a su cargo y/o falta grave lo que traducido al ámbito de la responsabilidad que nos ocupa importara lo mismo que decir “Mal desempeño” en los términos del Art. 69 CPCH.

3.12. Responsabilidad del Funcionario Público en la ley XVI N° 46 (Antes Ley 3098) “Ley de Corporaciones Municipales”.

Respecto a la ley de Corporaciones Municipales, sigue los mismos principios establecidos por el Art. 69 CPCH, en virtud del cual el Funcionario ante su “mal desempeño” debe indemnizar los daños y perjuicios ocasionados dentro de los parámetros del Código Civil y Comercial.

Así sentada la cuestión, el Art. 110 de la ley XVI N°46, establece un régimen de responsabilidad civil para el propio intendente como jefe del poder ejecutivo ante los perjuicios que cometa en dicha función, también es prorrogable a los concejales titulares del legislativo municipal eh incluso a los propios empleados de los Municipio, personas jurídicas a las cuales la normativa en comentario llama Corporaciones.

Ahora bien, la normativa será aplicable en aquellos casos en los cuales, no exista una Carta Orgánica que regule la situación. Por otro lado, cabe recordar al respecto que las cartas orgánicas

deberán adecuarse a la Constitución Provincial y por lo tanto al Art. 69 CPCH, en lo que a responsabilidad civil por daños y perjuicios se refiere.

Por último y no por ello menos importante, las transgresiones a las cuales hace mención el articulado se fundaran en el ordenamiento jurídico Nacional, Provincial y Municipal, por lo tanto los funcionarios en cuestión tendrán la mayor cantidad de normativa que cumplir y esto que generara aun más obligaciones para ellos, implicaría una aplicación concreta del sistema de Jerarquía Constitucional establecido por nuestra normativa.

3.13. Responsabilidad del Funcionario Público en la ley I N°74 (Antes Ley 1987) “Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial”.

El estatuto para el personal de la administración pública, si bien no hacen mención directa a la responsabilidad civil, deja en claro lo que vengo planteando a lo largo del presente, en relación a la obligación de resultados que tienen los Funcionarios y empleados públicos para con la administración en relación a las tareas a desempeñar (dicho de otro forma obligaciones y prohibiciones según surge de los Arts. 44 y 45 Ley I N°74). En segundo orden también, se toma la existencia de distintos órdenes de responsabilidad que no se excluyen sino que se complementan, motivo por el cual la responsabilidad civil, mantendría su plena vigencia.

Así planteada la cuestión, surgen de la totalidad del ordenamiento las obligaciones que deben cumplir los empleados en su función, siendo como bien se dijo ut supra una obligación de resultados para con la administración, un simple ejemplo de ello, se podría observar cuando el órgano donde el sujeto desarrolla su actividad impone un horario de ingreso o egreso, con respecto a la administración el Funcionario debe cumplir dicho horario, es una mera obligación de resultados que en principio puede acarrear responsabilidad administrativa, pero también de

otra índole por el tipo de perjuicios que se pudieran coligar de lo actuado, generando daños y perjuicios para el Estado y estando este facultado para iniciar los daños y perjuicios en los términos del Art. 69 CPCH por el “mal desempeño” en la función.

Ahora bien, de existir un expediente administrativo -ya fuere por un sumario o por lo que fuere- debe ser traído al juicio civil de responsabilidad como elemento de prueba, ya fuera incorporando directamente el expediente administrativo²⁰⁶ como prueba documental (recordemos que la copia certificada hace que estemos en presencia de un documento público teniendo un valor probatorio pleno, motivo por el cual la vía para su impugnación será la redargución de falsedad), o requiriendo el expediente “ad effectum videndi et probandi” mediante el libramiento de los oficios a través de la prueba informativa.

No es menester olvidar que los sumarios administrativos harán plena fe de la verdad material de lo acontecido, prueba elemental en el juicio y daños y perjuicios para determinar por cuál actuar se deberá responder y hasta qué consecuencias el funcionario deberá responder.

A través de todo lo dicho, se puede sacar en claro que la aplicación del Art. 774 inc. b y c CCyCN de forma conjunta con el Art. 775 CCyCN no son ajenos al régimen de responsabilidad de Funcionario público que se encuentra en el estatuto del personal de la administración pública, visto ello desde la óptica del Art. 69 CPCH para con el Estado (Municipal/Provincial).

3.14. ¿Qué juez será competente para entender en la cuestión? ¿Se requiere “reclamo administrativo previo”?

Respecto de los aspectos procesales, surgen varias incógnitas que en principio parecieran diluirse por la aplicación del sentido común y la supremacía constitucional.

²⁰⁶ Conf. Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia, y Minería del Sup. Trib. De Chubut. Rawson. 7/05/16. “M.E.A. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso administrativa” (Expte. N°23025-M- 2013).

La cuestión, parece tornarse oscura a partir de lo determinado por la Ley I N°560 si bien el Art. 1 establece “... *las disposiciones del Código Civil, no son aplicables al estado de manera directa ni subsidiaria*”, la misma incurre en un craso error, puesto el Estado al ejercitar la acción de daños y perjuicios contra el Funcionario (recordemos que el Estado está legitimado) lo hará en los términos del Código Civil y Comercial, de conformidad a lo que surge del Art. 69 CPCH, norma de carácter superior en la jerarquía normativa provincial a la cual la Ley I N°560 en su totalidad debió subordinarse.

Más aun del juego de los Arts. 9 y 12 de la ley I N°560 en principio pareciera hablar de que el Estado debería presentar reclamación administrativa previa, para poder iniciar la correspondiente acción de daños y perjuicios ante el juez civil.

Ahora bien lo planteado no se condice con la realidad jurídica en referencia exclusiva a la responsabilidad del funcionario público la ley I N°560 y la ley I N°18 (Art. 136 y subsiguientes) no pueden ir en contra de lo establecido por la Constitución Provincial, así el Art. 98 CPCH dispone “...*pueden ser demandados ante la justicia ordinaria, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes federales, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno*” de donde se extrae que el requisito de la reclamación administrativa previa que surge de la ley I N°560 deviene en contrario a la Constitución Provincial y por lo tanto inconstitucional.

Por otro lado y en el mismo peldaño de la pirámide constitucional tenemos una norma en particular que es la encargada de marcar los pasos a seguir en la materia, así el Art. 69 CPCH, es el encargado de organizar la cuestión debatida y expresar de forma clara y concreta que para el inicio de los daños y perjuicios contra un Funcionario solo se requiere de la interposición de la

acción en sede civil o penal (Art. 1774 CCyCN) según corresponda teniendo en cuenta el caso concreto.

Lo mencionado se condice con lo establecido por el art. 13 de la propia ley de responsabilidad del Estado Provincial, en donde remite al Art. 69 CPCH en los siguientes términos: “... *los hace responsables de los daños que causen en los términos y alcances de lo prescripto en el artículo 69 de la Constitución Provincial*”, de ello se colige en el mismo orden de ideas que vengo sosteniendo resultaría un absurdo en principio exigir la reclamación administrativa previa (Art. 136 Ley I N°18 antes ley 920) para poder iniciar el juicio de daños y perjuicios al Funcionario y al Estado (Municipal o Provincial) cuando fueran codemandados por los daños y perjuicios ocasionados en el “mal desempeño” de la función (ello en los términos del Art. 69 CPCH).

Tanto la ley I N°18 como la ley I N°560, plantean un proceso que no se condice incluso con el espíritu de la jurisprudencia imperante (en donde se busca que el justiciable no quede desamparado de toda protección jurisdiccional) en la actualidad y ello porque la reclamación administrativa previa tendrá como objetivo pronunciarse sobre la validez o no del acto administrativo, siendo referente a una órbita de la responsabilidad, mientras que la acción de daños y perjuicios nada tiene que ver con dicho ámbito, motivo por el cual la misma debe ser considerada independiente.

Es más, a nivel Nacional con la sanción de la ley 25.344, en su Art. 12 se establece la modificación al Art. 30 de la ley 19549 exigiendo el reclamo administrativo previo -para los casos de responsabilidad contractual, puesto en caso de responsabilidad extra contractual no correspondería en los términos del art. 32. 19.549-, tornándose netamente inconstitucional dicha

normativa de orden Nacional por violar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos del Art. 75 inc.22 CN.

La ley 26.944 ah escapado a dicha forma de razonamiento motivo por el cual a través del Art.8, se podría plantear la nulidad del acto administrativo en sede judicial directamente permitiéndose la interposición de forma conjunta tanto de la acción de nulidad como la de resarcimiento – sistema que debería implementarse en la normativa provincial- .

Así se genera una violación directa a la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.) Arts. 8.1 y 25 en donde se garantiza a toda persona el derecho a ser oída y aun “recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes” en contra de cualquier acto que viole los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la propia convención.

Es más, el propio instrumento internacional que comente en el párrafo anterior impone a los Estados parte la obligación de adecuar los sistemas nacionales, provinciales y municipales (como consecuencia de la supremacía Constitucional del Art. 75 inc. 22) para el cumplimiento de los preceptos allí establecidos (Arts. 1 y 2 C.A.D.H.), circunstancia que estaría siendo violada por los parámetros de actuación que surgen de la ley I N° 18 y I N°560 (restara observar oportunamente la responsabilidad de los Funcionarios que sancionaron dicha normativa y la posibilidad de iniciar el juicio de daños y perjuicios si correspondiere).

De lo dicho hasta ahora debe deducirse que el Art. 69 CPCH, no exige reclamo administrativo previo por parte del legitimado activo y ello por estar en consonancia con el Art. 75 inc. 22 CN (Convención Americana de Derechos Humanos Arts. 8.1 y 25; Declaración Universal de Derechos Humanos Arts. 8 y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Art. 6) motivo por cual no correspondería su aplicación incluso por normas de inferior jerarquía las cuales deberán estar subordinadas a este artículo de la Constitución Provincial.

Sonaría carente de toda razonabilidad y un absurdo, requerir previo a iniciar cualquier denuncia en el ámbito penal el cumplimiento de la reclamación administrativa previa, misma situación se presenta con relación a la responsabilidad civil (recordemos que la acción que surge del Art. 69 CPCH no es contenciosa administrativa sino que es una acción civil por daños y perjuicios), motivo de ello es que mantiene su independencia del ámbito administrativo siendo estas distintas esferas de responsabilidad que no se repugnan entre sí.

3.14.1. La acción de regreso en la Provincia de Chubut.

Respecto de la acción de regreso también conocida como acción de repetición, de recupero o “actio in rem verso” tiene como finalidad y objetivo recuperar los montos desembolsados por el Estado, en el pago de la sentencia de daños y perjuicios que tuviera lugar contra el Funcionario dentro de los términos del Art. 69 CPCH.

La acción de regreso obedece a la posibilidad de obtener Funcionarios más eficientes y eficaces en su actuar que a su vez respondan por las funciones que cumplen dentro del Estado, evitando de este modo cualquier tipo de sensación de indemnidad por parte de estos que termine conllevando como resultado una Estado endeble cuyas prestaciones son menos eficientes, puesto quienes deben llevarlas adelante se ven compulsados a no realizar las actividades que les corresponden, por existir una irresponsabilidad tacita respecto a la función que ejecutan.

En este caso de no producirse la ejercitación de la misma, concurriría una situación de enriquecimiento sin causa²⁰⁷ por parte del Funcionario en detrimento del Estado y sobre todo de los contribuyentes que son en definitiva quienes lo dotan de existencia económica.

3.14.2. Requisitos.

Respecto de los requisitos, los mismos surgen de lo establecido por el Art. 69 CPCH, siendo ellos los siguientes: 1) En principio debe existir una sentencia que obligue a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados en el “mal desempeño” de la función; 2) Que el Estado –Provincial o Municipal- haya sido demandado solidariamente con el funcionario por los daños y perjuicios ocasionados en el “mal desempeño” de la función; 3) En el caso en el cual el Estado hubiera sido el único demandado por daños y perjuicios ocasionados por Funcionarios en el “mal desempeño” de las funciones, debe existir citación como terceros obligados²⁰⁸ (Art. 95 Ley XIII N°5 – Código Procesal Civil y Comercial-) dentro de los juicios en los cuales el Estado (Provincial o Municipal) sea demandado, ello con la finalidad de evitar la alegación con posterioridad de una “deficiente defensa”²⁰⁹ (Art., que tendrá como consecuencia que el funcionario vea violado su derecho de defensa en Juicio, motivo por el cual resulta imprescindible la citación; 4) Que se haya efectuado el desembolso de los montos requeridos para satisfacer el cumplimiento de la sentencia; 5) Lo reclamado dentro de la acción de regreso deberá tener como límite el

²⁰⁷ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew.22/12/15 “V.J. y otras c/ B.H.A. y otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 367 Año 2015 CAT). Según voto. del Dr. López Mesa.

²⁰⁸ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A.Comodoro Rivadavia. 19/11/14 “C.A.G. c/ MUNICIPALIDAD DE RADA TILLY s/ Ordinario” (Expte. Nro. 827/13). Según voto. Dr. Nahuelanca.

²⁰⁹ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala B. Trelew.06/08/11 “P.S.A. c/ MUNICIPALIDAD DE DOLAVON s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°104 Año 2011). Según voto. Dr. Cunto.

empobrecimiento que hubiera sufrido el Estado²¹⁰, reclamos mayores implicarían un enriquecimiento incausado por parte del mismo.

3.14.3. Discrecionalidad en su aplicación.

De conformidad a la redacción actual del Art. 69 CPCH, es una obligación del Estado efectuar la ejercitación de la acción de regreso.

Esta situación no es menor, puesto como vengo mencionando, la falta de ejercitación conlleva a la existencia de una creencia falaz respecto a que los Funcionarios no responden por los perjuicios que ocasionan en el “mal desempeño” del ejercicio de sus funciones redundado en una prestación de servicios cada vez más mediocre e irresponsable que en parte logra como arista el cansancio y la evasión fiscal por parte del contribuyente –único sostén económico del Estado- al no ver que el dinero aportado a través de los impuestos se materialice en una excelente prestación de servicios (siendo este el mínimo nivel de exigencia que se debe requerir en base a los montos aportados).

Según tengo entendido a nivel provincial la ley V N°96 Art. 7 inc. 3 y 7, determina que le correspondería al fiscal de Estado llevar adelante el ejercicio de la acción para obtener la pertinente reparación, ello con la finalidad de que el patrimonio del Estado Provincial, no se viera diezmado.

3.14.4. Prescripción.

En cuanto a la prescripción el Art. 69 CPCH, no se pronuncia al respecto, pero la respuesta la encontramos en la ley I N°560 Art. 14 párr.2° en virtud del cual se establece “ *La acción de*

²¹⁰ Conf. Cam. Civ. Y Com.Sala A. Trelew. 22/12/2015 “V.J. y Otras c/ B.H.A. y Otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 367-Año 2015 CAT). Según voto. Dr. López Mesa.

repetición del Estado contra los Funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”.

Pareciera no encontrar objeción alguna, sin embargo debemos entender que los lineamientos que plantea la institución de la prescripción deben ser analizados dentro lo establecido por el Código Civil y Comercial, al ser esta una facultad delegada por las Provincias a la Nación de conformidad a lo sentado por el Art. 75 inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional (aun vigente), esto implica nuevamente que lo establecido por el Art. 1 de la ley I N°560 será improcedente, ya que se aplicará lo establecido por el Código de fondo.

3.15. Daño punitivo.

El instituto del Daño Punitivo, encuentra raigambre legal a través del Art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240. El mismo es aplicable siempre que exista una relación de consumo en los términos del Art. 3 de la ley consumeril, inclusive se faculta al titular de la acción a demandar de forma solidaria a la totalidad de la cadena de consumo (Art. 40 Ley 24.240).

El principio general y rector en la materia es marcado por la Constitución Nacional (Art. 42 CN), por la ley 24.240 y por el Art. 69 CPCH, en el cual no se menciona imposibilidad o limitación alguna de aplicación de los daños punitivos tanto al Estado (que responde solidariamente) como al funcionario por el “mal desempeño” de su función.

Recordemos que la ley I N°560 pretende a través del Art.1 prohibir la aplicación de las “sanciones pecuniarias disuasivas” al Estado y a los funcionarios y agentes públicos.

Al respecto solo resta decir, que estamos en presencia de un artículo que violenta el principio de igualdad establecido en el Art. 16 CN y en el Art. 75 inc.22 CN (Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional) generando una situación de privilegio poco antes vista en relación a quien en principio debiera ser el ente que cumplimenta y respeta la normativa vigente debiendo ser el ejemplo a seguir por parte de la sociedad.

Por otro lado repugna al sistema de supremacía constitucional, ello en virtud de que como se viene sosteniendo a lo largo de este trabajo, la Constitución Nacional y la Constitución Provincial no hace referencia ni limitación alguna al respecto, cabe decir que en el marco del Art. 69 CPCH, el mismo Estado puede ser solidariamente demandado por los “daños y perjuicios”, esto quiere decir que en la relación de consumo (Art. 3 ley 24.240) la aplicación del Art. 52 bis de la ley 24.240 tendría total vigencia, por encontrarse rigiendo la materia y por corresponder su sanción al Congreso Nacional en los términos del Art. 75 CN habiendo sido ello una facultad delegada por las provincias a la Nación (Art. 42 CN) en los términos del Art. 126 CN. Resultado de ello es, que se encuentra a la normativa consumeril, en un escalón superior dentro de la pirámide jurídica a la propia Constitución Provincial, norma esta última que se encuentra por sobre la ley I N°560.

De conformidad a lo sustentado, corresponde entender que la aplicación de la “multa civil” del Art. 52 bis cuando exista una relación de consumo tiene plena eficacia aun en los casos en que el Estado o un Funcionario o Agente, fueran demandados.

3.16. Astreintes contra el Estado y el funcionario.

Nuevamente respecto de las astreintes (Art. 804 CCyCN y Art.37 de la ley XIII N°5) se genera una situación de peculiaridad que debe ser resuelta de forma análoga a lo establecido para el caso de los daños punitivos (Art. 52 bis ley 24.240), haciéndonos de los principios de la supremacía

constitucional (Arts. 5, 27, 28, 31, 75 inc.22 en y 123 CN), igualdad ante la ley (Arts. 16 y 75 inc. 22 CN) e incluso de las facultades delegadas (Art. 121 y 126 CN).

Así lo dicho, corresponde entender que las astreintes si bien encuentran su prohibición de aplicación al Estado o Funcionarios/Agentes provinciales en el Art. 1 de la ley I N°560, la misma queda superada por la existencia del Art 69 CPOCH en el ámbito provincial y en el orden nacional del Art. 804 CCyCN el cual las regula específicamente, norma esta última que esta por sobre la Constitución Provincial y por ende la ley I N°560 siendo una facultad delegada por las provincias en los términos del Art. 126 CN y 75 inc. 12 CN.

Lo dicho conlleva a deducir que incluso sigue en plena vigencia el Art. 37 de la ley XIII N° 5 (Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chubut), que faculta al juez o tribunal a imponer las sanciones conminatorias prohibidas por el Art. 1 de la ley I N°560, de hecho en esta última norma, en el Capítulo IV “Modificaciones a la ley I N°18”, se desarrollaron ciertos cambios en la ley de procedimiento administrativo provincial, debiendo extenderse la modificación incluso al código procesal civil (Art. 37 Ley XIII N°5) situación que no aconteció y solo quedo plasmada en el Art. 1 de la Ley de Responsabilidad del Estado Provincial.

Dicho esto y como vengo sosteniendo, la existencia de astreintes y la posibilidad de aplicación al Estado o Funcionario son más que elocuentes y reales, no solo amparadas por la normativa vigente sino también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vinculadas a la tutela judicial efectiva, a la dilación en el cumplimiento de las sentencias por el Estado – plazo razonable-, y a su vez por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut²¹¹, motivo por el cual los magistrados (como integrantes de un poder independiente) debe exigir el

²¹¹ Conf. Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia, y Minería del Sup. Trib. De Chubut. Rawson.03/08/17 “D.S.P.I en autos: “D.S.P.I. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Ejecución de Sentencia- Expte. N° 15936/06” s/ Incidente (Incremento y progresividad de sanciones conminatorias)” (Expte. N°22172-D-2012).

cumplimiento efectivo del pago de la suma liquida requerida por la sentencia y la imposición de astreintes ante dicho incumplimiento, lo que implica un método para disuadir a la efectivización y materialización de la sentencia.

En este orden de ideas es el propio Art. 98 CPCH el que establece la facultad de ejecutar al Estado Provincial o Municipal ello siempre dentro de los parámetros fijados por la ley I N° 209.

3.17. Prescripción liberatoria en la ley I-N°560, Respeto del Funcionario Público.

El Art. 69 CPCH, no hace mención respecto a los plazos de prescripción, tanto de la acción de daños y perjuicios, como de la acción de regreso que oportunamente el Estado debería ejercitar.

Es la ley I N°560, la encargada de legislar sobre la materia, motivo por cual para resolver la cuestión habrá que recurrir al Art. 14 párr. 1° y 2° una vez dicho esto, conviene ventilar que en principio el plazo de prescripción tanto para la acción de daños como la de regreso sería de 3 años.

Ahora bien, especial énfasis debe ponerse respecto de casos especiales como ser los delitos de lesa humanidad en donde el Art. 2561 CCyCN, establece que las acciones correspondientes a dichos delitos son imprescriptibles motivo por el cual y tomando como base al principio de supremacía constitucional en conjunción con las facultades delegadas debería prevalecer la norma nacional por sobre la provincial, situación semejante se presenta en el caso de la ley de Defensa del Consumidor 24.240, en virtud de la cual y según el principio de indubio pro consumidor (Art. 1094 CCyCN), habrá que aplicar el plazo de 5 años que surge del Art. 2560 CCyCN y no el de 3 años que surge del Art. 50 la ley 24.240 que es asimilable a la ley I N°560. Estas situaciones que se presentan deberán ser resueltas oportunamente por el juez a la hora de

ventilar la cuestión, sin embargo en el caso de la prescripción no es un tema menor, puesto está en juego la factibilidad del reclamo.

Así corresponderá analizar si la Provincia puede fijar plazos de prescripción (Art. 14 Ley I N°560), cuando es el propio Art. 69 CPCH el que establece la aplicación de forma tacita del Código Civil aduciendo los “daños y perjuicios” dentro de su texto y a su vez teniendo en cuenta que la regulación de la prescripción fue una materia delegada (Art. 126 CN) por las Provincias a la Nación (Art. 75 inc. 12 CN).

3.17.1. Dispensa y Renuncia.

Respecto a la dispensa de la prescripción, si bien el Art. 69 CPCH no se pronuncia al respecto y tampoco lo hace la Ley I N°560, si lo hace la norma que rige la institución de la prescripción y que se aplica en materia de responsabilidad del funcionario.

Así planteada la cuestión, es el Art. 2550 CCyCN el encargado de fijar las pautas que rigen la institución, de esta manera se faculta al juez para autorice al titular de la acción prescripta a interponer la misma en sede judicial dentro del plazo de seis (6) meses posteriores a la desaparición de los hechos u actos dolosos que le obstaculizan el ejercicio de la acción.

Es menester recordar que los juicios que se iniciaran por daños y perjuicios en muchos casos estarán destinados a percibir indemnizaciones de Funcionarios corruptos, desaprendidos a las leyes y el orden moral, por lo cual intentaran desarrollar cualquier actividad que sea posible con la finalidad de evitar que el proceso prospere, en este ámbito es donde toma relevante importancia el instituto de la dispensa teniendo una trascendencia indiscutible, siempre claro está, que estemos en presencia de un poder judicial independiente.

Con respecto a la renuncia de la prescripción la Corte Suprema de justicia de la Nación se ha pronunciado²¹² sosteniendo la viabilidad de su interposición habiendo la parte ganado la misma, siempre claro está dentro del proceso de daños y perjuicios.

3.17.2. Computo del plazo y oportunidad de aplicación.

En principio el plazo deberá comenzar a computarse a partir de que se genero el daño o en su caso a partir de que se tomo conocimiento de su existencia. El Art. 14 ley I N°560 en su deficiente redacción no se pronuncia en profundidad al respecto, motivo por el cual habrá que aplicar la analogía para la solución de la controversia respecto al comienzo del plazo.

Por otro lado y respecto a la oportunidad de aplicación, creo que el instituto se utilizara como excepción procesal interpuesta por la parte (Los jueces no la pueden decretar de oficio), con la finalidad de evadir el cumplimiento de la responsabilidad por daños y perjuicios.

3.17.3. Suspensión e interrupción.

Respecto de las causales de suspensión (entendida como la detención del computo del tiempo por el plazo que dura dicha suspensión –Art. 2539 CCyCN-) y de interrupción (en cuyo caso se tiene por no sucedido el tiempo transcurrido comenzando a contarse desde cero –Art. 2544 CCyCN), la norma aplicable al caso de la responsabilidad del Funcionario en la Provincia de Chubut es el Código Civil y Comercial, motivo por el cual, los institutos mencionados se regirán por los Arts. 2539 concordantes y subsiguientes y por el Art. 2544 concordantes y subsiguientes de dicho orden normativo.

²¹² Conf. C.S.J.N. “FAIFMAN, Ruth M. y otros c/ ESTADO NACIONAL s/ Daños y Perjuicios” 10/03/15.

La solución planteada es acorde a lo que vengo sosteniendo respecto de la aplicación de dicho ordenamiento al sistema Provincial, aun contraviniendo la pretendida corriente actual de autonomía del Derecho Administrativo en materia de daños.

3.18. Diferentes tipos de responsabilidad de los funcionarios Públicos:

Con respecto a las distintas orbitas de responsabilidad dentro de las cuales están enmarcados los funcionarios provinciales, se puede decir que no varían de las nacionales, así planteada la cuestión tendrán: 1) Responsabilidad administrativa: la misma estará sometida según el peldaño jerárquico, al tribunal de cuentas, juicio de reincidencia y sumarios administrativos pertinentes; 2) Respecto a la responsabilidad Penal, la misma estará determinada por el Código Penal y se obligará al funcionario en los términos del Art. 68 CPCH a acusar para vindicarse dentro del plazo que estipula la normativa provincial; 3) Responsabilidad Política, la cual no es menor puesto ciertos funcionarios gozaran de beneficios en base a los cargos que ocupan, circunstancia a través de la cual solo podrán ser removidos por la aplicación del juicio político, esta responsabilidad incluso puede traducirse en la falta de renovación del cargo cuando los resultados de la gestión no estuvieren a la altura de lo requerido traduciéndose en la merma de votos.

Capítulo IV

4. Conclusiones.

En base a los puntos desarrollados a lo largo de la presente tesina se pudo lograr obtener las siguientes conclusiones:

1. El funcionario –sin importar si su incorporación al estado fue por concurso o a través de actos eleccionarios o de contrataciones- tiene como finalidad cumplir con los parámetros determinados en la Constitución Provincial y Nacional, entendidas estas dos como los verdaderos pactos sociales que mantienen unida a nuestra sociedad.

Dentro de estos parámetros es el exclusivo responsable de los perjuicios y daños que ocasione con su mal desempeño en la función, puesto el mismo ingresa al Estado por propia voluntad y nos compelido por la sociedad para ello.

2. Al funcionario provincial e incluso al estado como demandado solidario les son aplicables las pautas establecidas por el Código Civil y Comercial de la Nación dentro de los procesos de daños y perjuicios que fueren a intentarse contra estos en los términos del Art. 69 de la Constitución de la Provincia de Chubut.
3. La Constitución Provincial de 1994 vino a significar un instrumento de innovación en la materia de responsabilidad respecto a los funcionarios y las actuaciones de estos en la función pública.
4. El funcionario tanto a nivel municipal como provincial cuando sea demandado por el Estado por daños y perjuicios con fundamento en el “mal desempeño” estará obligado a demostrar que tal circunstancia no aconteció, generándose una inversión de la carga

probatoria, por tener este (el funcionario) para con el estado una obligación de resultados en la realización de las funciones que le fueron asignadas por el cargo o función.

5. La ley I N°560 posee grave deficiencias técnicas que conllevan lagunas e incompatibilidades normativas que tendrán como resultado la declaración de inconstitucionalidad por repugnar al orden vigente.
6. La ley I N°560 pretende imponer la responsabilidad del Estado dentro de los términos de la materia administrativa olvidando lo que la norma de orden superior como lo es la constitución provincial decreta para el caso.
7. Los principios que deben regir respecto a la prescripción son los establecidos por el Código Civil y Comercial, puesto este instituto es una facultad delegada por las provincias a la nación en los términos del Art. 75 inc. 22 y 126 de la Constitución Nacional.

Bibliografía:

ALBERDI, Juan Bautista “Bases y puntos de Partida Para la Organización Política de la República Argentina. Estudio preliminar Gustavo Varela”. Ediciones Terramar. Bs. As. 2009.

ALBERDI, Juan Bautista “Derecho Público Provincial”. Editorial Universidad de Buenos Aires. Bs. As. 1956.

ALFERILLO, Pascual “Comentario a los Arts. Del Nuevo Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”. Tomo VIII. Ed. La Ley. Bs. As. 2015.

ALFERILLO, Pascual E. “Reflexiones sobre el Régimen de Responsabilidad del Estado”.IJ Editores. Revista de Daños N°19. Bs. As. 2018.

ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro “La Nueva Ley de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Puede verse en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-y-del-funcionario>. Desde 2017.

ALTERINI Atilio Aníbal, AMEAL Oscar José, LÓPEZA CABANA, Roberto M., “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”. Ed. Abeledo Perrot.2ª ed. Bs. As. 2003.

AMUNATEGUI PERELLÓ, Carlos “Las curiae y las Leges Regiae. Protohistoria de una evolución socio-jurídica”. Rev. estud. hist.-juríd. no.40 Valparaíso. Puede verse en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552018000100037.

Disponible en internet desde ago. 2018.

ANDRADA, Alejandro D. “Una cuidadosa apreciación de la responsabilidad de los funcionarios públicos”. Publicado en: SJA 27/06/2018.

ANDRADA, Alejandro Dalmacio “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2017.

ANGELI, Sergio “El Juicio de Residencia: documento inicial para la reconstrucción de la vida social y profesional de los oidores americanos (siglo XVI-XVIII)”. Revista electrónica de Fuentes y Archivos. Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos S.A. Segreti”. Núm. 3. Págs. 182 a 196. Córdoba, 2012.

APONTE DUARTE, Eyni Patricia y GAMARRA REYES “Hecho del Príncipe como Causal de Cumplimiento del Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos”. Revista IUSTITIA. Colombia. 2011.

ARMAGNAGUE, Juan Fernando “El Ejercicio de las Funciones del Magistrado es Fundamental para la Aplicación de la Causal de Mal Desempeño”. La Ley 2010-b. Cinta Online: AR/DOC/777/2010. Puede verse desde el 7 de Marzo de 2010.

AVERSA, Santiago L. “Plazo Razonable y Prescripción para el Ejercicio de la Pretensión Punitiva Estatal en sede Administrativa. Una Perspectiva Constitucional”. IJ Editores. Revista de Derecho Constitucional N°2. Bs.As. 2013.

BENTIVOGLIO, Cecilia F. “Responsabilidad del Estado Argentino por Hechos Delictivos en Espacios Públicos a partir de la Ley 26.944. El Deber de Seguridad Ciudadana”. Ed. Universidad Siglo XXI.Salta. 2016.

BIALOSTOSKY, Sara “La lucha del derecho romano contra la corrupción de los funcionarios públicos. Crimen repetundarum”. Revista de la facultad de derecho de México,

Vol 58 N°250. Puede verse <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60933>.

Disponible en internet desde el 2008.

BIELSA, Rafael “Derecho Constitucional”. Ed. Roque Depalma. 3° edición. Bs.As. 1959.

BOTASSI, Carlos A. “Las Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo”.

IJ Editores. Revista Argentina de Derecho Público. N°1. Bs. As. 2017.

BUERES, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias.

Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 3F Arts. 1708-1881 DERECHOS PERSONALES”. ED. Hammurabi. Bs. As. 2018.

BUERES, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias.

Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 3B Arts. 825-956 DERECHOS PERSONALES”. ED. Hammurabi. Bs. As. 2018.

BUERES, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias.

Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 1B Arts. 225-400 PARTE GENERAL”. ED. Hammurabi. Bs. As. 2018.

BUERES, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias.

Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 6. Arts. 2532-2671 Disposiciones Comunes a los Derechos Personales y Reales”. ED. Hammurabi. Bs. As. 2018.

BUERES, Alberto J. “El Futuro de la Responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?” En AA.VV., Derecho de daños, 2011.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Teoría General de la Responsabilidad”. Ed. Abeledo-Perrot. 9ª.ed. Bs. As. 1997.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Una Nueva Teoría Explicativa de la Relación de Causalidad”. Ed. La Ley. 1991-E1381.

CAPUTO, Nicolás “El Nexo de Causalidad en la Responsabilidad del Estado por su Actividad lícita. Comentario al fallo “Tizón, Francisco c/Municipalidad de Saavedra s/ Pretensión Indemnizatoria”. IJ Editores. Revista. Jurídica de Daños N°6. Bs.As. 2013.

CARAMELO, Gustavo “Prueba de la Relación de Causalidad en los Procesos de Daños”. Puede verse en: www.rubinzalculzoni.com. Cita: RC D 850/2019.

CARAMES FERRO José Manuel y LOUZAN SOLIMANO Nelly Dora, “Derecho e Historia en Roma”. 2da. edición 4ta. Reimpresión. Ed. Perrot. Bs. As. 1993.

CASTILLO LO BELLO, Estela A. “Obligaciones Concurrentes”. IJ EDITORES. Revista Argentina de Derecho Civil. N°2. Bs. As. 2018.

CASTILLO LO BELLO, Estela A. “Responsabilidad Patrimonial del Estado. Responsabilidad Extracontractual. Reparación del Daño”. IJ Editores. Revista Argentina de Derecho Público. N°3. Bs. As. 2018.

CORVALÁN, Juan G. “Ejecución de Sentencia Contra el Estado en Argentina”. IJ Editores. Contencioso Administrativo y Tutela Judicial Efectiva. Primera Parte. 6ª Jornada Internacional de Derecho Administrativo, Contencioso Administrativo y Tutela Jurisdiccional Efectiva. Bs. As. 2018.

COSOLA, Sebastián J. “El Quiebre de las Bases Objetivas del Contrato. La Teoría de la Imprevisión Contractual”. IJ Editores. Revista Argentina de Derecho Civil N°3. Bs. As. 2018.

CUADROS, Oscar Álvaro “Responsabilidad por Daños y Estado.” Ed. Astrea, Bs.As. 2018.

DATES, Luis E. “La coordinación de las responsabilidades del Estado y del Funcionario Público”. Publicado en: La Ley 01/11/2018. Cita Online: AR/DOC/2079/2018.

DE La CANAL, Darío “La responsabilidad de los funcionarios públicos en su rol dentro de la sociedad”. Publicado en: RDLSS 2015-1. Cita Online: AP/DOC/1276/2014.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel “Porque la Administración Nunca Ejerce la Acción de Regreso Contra el Personal a su Servicio”. Puede verse: www.INDMET.com. A partir de 2008.

DONOSO ANES, Alberto “Organización y Funcionamiento Administrativo y Contable de la Real Hacienda de Indias en Tiempo de los Austrias a la luz de la Legislación Aplicable”. De Computis “Revista Española de Historia de la Contabilidad”.Universidad de Sevilla”. Puede verse en: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/17903/file_1.pdf;jsessionid=1E80DF6D118299C0C53F001F25ADF804?sequence=1. Desde el año: 2008.

ECHEVESTI, Rosario “La Problemática en torno al Concepto de Antijuridicidad en la Responsabilidad Civil”. Ed. La Ley Thomson Reuters. Publicado en: RCyS2019-XII, 19. Cita Online: AR/DOC/3597/2019.

FASSI, Santiago C.- YAÑEZ, Cesar D. “Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado”. Ed. Astrea. Tomo I. Arts. 1 a 174. Bs.As.2002.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio “Hacia un Tratado de Derecho Administrativo Romano”. Revista de Derecho UNED, Núm. 6. Puede verse en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11003>. Disponible desde 2010.

FERREYRA VÁZQUEZ, Antonio “Responsabilidad Civil Aspectos Generales en el Nuevo Código Civil y Comercial”. Reformas Legislativas Compendio de Doctrina. Puede verse en: http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/VazquezFerreyra_responsabilidadcivil.pdf. Desde 2016.

FIERRO, María Micaela; MATURANA CONTTI, Joaquín; MURO, Josefina I.; OLAYA, Leticia D.; SCHUJMAN, María “El Deudor en Estado de Necesidad. Especial Referencia a los Riesgos Derivados del Abuso de su Tutela”. Publicado en: SJA 23/01/2019. Cita Online: AR/DOC/3128/2018.

FIORENZA, Alejandro Alberto “La antijuridicidad como presupuesto de la obligación preventiva de daños”. Puede verse en: www.saij.gov.ar. Desde el 19 de Abril de 2018.

FREZZINI, Marcos A. “Fundamentos de la Legítima Defensa (Al Límite con el Estado de Naturaleza)”. Publicado en: DPyC. 07/07/2019. Cita Online: AR/DOC/506/2019.

FRUCTUOSO, Carlos S. “La Ignota Acción de Regreso de la Administración en la era de la Transparencia, la Eficiencia y la Responsabilidad”. Revista DA. N°2. Madrid. 2015.

FRÚGOLI, Martín A. “Requisitos de la Responsabilidad Civil, Suficiencia o Insuficiencia y Pruebas en el Nuevo Código”. Puede verse en: www.microjuris.com. Desde el 3/10/2016.

GALISTEO, Eduardo R. “Los Daños Punitivos en los Juicios de Daños y Perjuicios Contra la Empresa Edesur S.A.”. Puede verse en: www.saij.gov.ar. Desde el: 28/09/2017.

GALLI, Enrique V. “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata”. Tomo. VII. Imprenta de la Universidad. La Plata. 1984.

GARCIA GALLO, Alfonso “Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano”. Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Núm 18. Ed. La imprenta de la Universidad. Bs. As. 1967.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. “El Control de la Actividad Estatal, Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos. Dir. Enrique Alonso Regueira. Ed. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Bs As. 2016. Págs 465 a 479.

GARGARELLA, Roberto “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional” Tomo I Democracia. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 2010.

GARGARELLA, Roberto “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional” Tomo II Derechos. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 2010

GARITA NAVARRO J.R. “La Responsabilidad del Funcionario y la Acción de Regreso”. Puede verse: www.cijulenlinea.ucr.ac.cr. A partir de: 17/05/2013.

GARRIDO CORDERA, Lidia M. R. “El Estado y su Responsabilidad desde el Derecho de Daños”. IJ Editores. Revista. Revista Jurídica de Daños N°7. Bs. As. 2013.

GATICA, Mónica y PÉREZ Álvarez Gonzalo: “Provincialización, corporaciones y política: la Convención Constituyente del Chubut en 1957”. Programa Buenos Aires de Historia Política. Puede verse en: <http://www.historiapolitica.com>. Puede verse desde 2012.

GELLI, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”. Ed. La Ley. 4ta Edición ampliada y actualizada. Tomo I Arts. 1 a 43. Bs. As. 2015.

GELLI, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”. Ed. La Ley. 4ta Edición ampliada y actualizada. Tomo II Arts. 44 al 129. Bs. As. 2015.

GENERA, Agustín “El Derecho a ser Juzgado en un Plazo Razonable: Aspectos Constitucionales y Convencionales”. Revista Pensamiento Penal. Bs. As. 2018.

GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás “Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut. Declaraciones, Derechos, Garantías, Deberes y Políticas de Estado Artículos 1 a 123”. Tomo I. Autor editor: Ricardo Tomás Gerosa Lewis. Esquel. 2002.

GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás “Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut. Autoridades de la Provincia. Artículos 124 a 271”. Tomo II. Autor editor: Ricardo Tomás Gerosa Lewis. Esquel. 2009.

GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás “Historia Constitucional de Chubut”. Revista el “El Derecho”. Suplemento de Derecho Constitucional del día 18 de Julio de 2008, Año XLVI, N°12.051, págs. 7/13.

GHERSI, Carlos Alberto “Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos en el Proyecto de Código”. Publicado en: La Ley 28/12/2012. Cita Online: AR/DOC/5186/2012.

GHIRARDI, Juan Carlos “Anuario de derecho civil de la facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad Católica de Córdoba”. Tomo IX. Ed. Alveroni.2004.

GODOY, María Bárbara “La Duda Acerca de la Antijuridicidad”. Puede verse en: www.rubinzalculzoni.com. Cita: RC D 1413/2017.

GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo “¿La Responsabilidad del Estado Estará afuera del Nuevo Código Civil? Revista Jurídica de Daños N°3. Bs.As. 2012.

GONZALEZ, Joaquín Víctor “Manual de la Constitución Argentina”. Ed. Estrada. Bs. As. 1951.

GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: La Defensa del Usuario y del Administrado” Tomo 2. 1a ed. Fundación de Derecho Administrativo. Bs. As. 2014.

GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”. 1a ed. Fundación de Derecho Administrativo. Bs. As. 2013.

GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”. 1a ed. Fundación de Derecho Administrativo. Tomo 9 Primeros Manuales. Cap. VIII. Bs. As. 2014.

GUIDA, Virginia “Antijuridicidad: Errores en las Causas de Justificación”. Ed. La Ley Thomson Reuters. Publicado en: Sup. Penal2020 (Febrero), 11-La Ley 2020-A, 177. Cita Online: AR/DOC/4177/2019.

HAHN COVA, Claudia y MIRANDA VALENZUELA, Vivian “El Juicio de Residencia en los Siglos XVI y XVII”. Universidad de Chile Facultad de Derecho. Dept. Ciencias del Derecho. Puede verse en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107244/El%20juicio%20de%20residencia%20en%20los%20siglos%20XVI%20y%20XVII.pdf?sequence=3>. Desde el año 2001.

HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A. “Hecho del Príncipe y Teoría de la Imprevisión”. Puede verse en: www.saij.com. Desde Abril de 2014.

HERRERA, Carlos A. “La responsabilidad del funcionario público, conforme la Ley de Responsabilidad de Estado y el Código Civil y Comercial”. Publicado en: RCCyC 2018 (agosto). Cita Online: AR/DOC/579/2018.

HILLAR, Néstor A. J. “La Reparación Integral”. IJ Editores. Revista Argentina de Derecho Público. N°2. Bs. As. 2018.

IBARLUCIA, Emilio A. “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o ley provincial?”. Publicado en: LA LEY 07/07/2014. Cita Online: AR/DOC/2129/2014.

IVANEGA Miriam M. “Responsabilidad de los Funcionarios Públicos”. Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM. Puede verse en: http://dga.unsa.edu.ar/images/Biblioteca_Gral/Biblioteca_Restringida/11.pdf.

IVANEGA, Miriam M. “Las incertidumbres de la ley 26.944: apuntes sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos”. Publicado en: DJ18/03/2015. Cita Online: AR/DOC/352/2015.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis “Tratado de Derecho Penal”. Ed.Losada. 2ª ed.T°3. Bs. As. 1958.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis “Tratado de Derecho Penal”. Ed.Losada. Tomo IV. Bs.As. 1953.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “Funciones y Fines de la Responsabilidad Civil”. IJ Editores. Temas Modernos de Responsabilidad. Parte I. Bs. As. 2014.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio”.Ed. Abeledo-Perrot.Bs. 1997.

LASCANO, Julio R. “Atribuciones, Conducta y Control de los Funcionarios Públicos en la Época Hispánica”. Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires. Págs. 89 a 94.1990.

LAURENZANO, Paola C. “Acerca de la Invalidez de los Contratos Administrativos Viciados por Actos de Corrupción”. IJ Editores. Revista de Derecho Administrativo. N°2. Bs. As. 2019.

LEVAGGI, Abelardo “Historia del Derecho Penal Argentino. Facultad de Derechos y Ciencias Sociales. Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Lecciones de Historia Jurídica IV”.Editorial Perrot. Bs.As.1978.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. “Comentario a los Arts. Del Nuevo Código Civil y Comercial” en RIVERA, Julio C.- MEDINA, Graciela (Directores). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V. Ed. La Ley. Bs. As. 2015.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. “La Prescripción de la Acción de Daños en el Nuevo Código Civil”. Ed. La Ley Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/420/2015. Bs. As. 2015.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina”. Ed. La Ley. 1ra. Ed. Tomo IV. Bs As. 2015.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. “El Concepto de Daño Resarcible en el Código Civil y Comercial de la Nación”. IJ EDITORES. Revista Argentina de Derecho Civil. N°1. Bs.As. 2018.

LÓPEZ MESA, Marcelo J.- PASARÍN, Carolina A. “La Legítima Defensa en el Derecho Argentino Actual. Primera Parte”. IJ Editores. Revista Argentina de Derecho Civil. N°3. Bs. As. 2018.

LÓPEZ MESA, Marcelo J.- PASARÍN, Carolina A. “La Legítima Defensa en el Derecho Argentino. Segunda Parte”. IJ Editores. Revista Argentina de Derecho Civil N°4. Bs. As. 2019.

LOPÉZ, José Ignacio “Las Chispas Desprendidas de un Brasero Deficiente. Una Breve Historia de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Derecho Argentino”. Revista Derechos en Acción, UNLP. Año 3/N° 8 Invierno. 1/09/2018.

LOS ARCOS VIDAURRETA, Jesús y MARTÍNEZ, Norma Beatriz “Obligaciones y Responsabilidad en el Nuevo Código Civil y Comercial”. Ed. Zavalia. Bs.As.2015.

LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly Dora “Curso de Historia e instituciones del Derecho Romano”. Ed. Belgrano. Bs. As. 1979.

MARILUZ URQUIJO, José M. “Los Juicios de Residencia en el Derecho Patrio”. Imprenta de la Universidad. Bs. As. 1953.

MARTÍNEZ NOVELLA, Susana “La Responsabilidad Civil, Penal y Administrativa de las Autoridades y los Funcionarios”. Informes de las Asesorías Jurídicas de los Entes Locales. Barcelona. 2002.

MARTINEZ RUIZ, Bernabé: “La colonización galesa en el valle del Chubut”, Ed. Galerna, Bs.As. 1977.

MARTIRÉ, Eduardo “Las audiencias y la Administración de Justicia en las Indias. Del iudex perfectus al iudex solutus”. Editorial Histórica Emilio J. Perrot. 2 ed. Bs. As. 2009.

MARTORELL, Francisco “Impunidad Diplomática”. Editorial Planeta. Bs.As. 1993.

MAZZINGHI, Jorge A. “Factores de atribución. Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/factoresatribucion-mazzinghi.pdf>. Puede verse a partir del 2012.

MERTEHIKIAN, Eduardo “La Impugnación Judicial de los Actos Contractuales”. Revista ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos. Nro. 347. Bs. As. 2015. Pág.553.

MOJER, Mario A. “La Ley de las Doce Tablas”. Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata. La Plata. 1994.

MOMMSEN, Teodoro “Compendio del Derecho Público Romano, Traducido por Dorado P. Profesor de Derecho en la Universidad de Salamanca”. Ed. Valerio Abeledo. 1893.

MORANCHEL POCATERRA, Mariana “Compendio de Derecho Romano”. Ed. UAM, Unidad Cuajimalpa. Puede verse en: http://www.cua.uam.mx/pdfs/revistas_electronicas/libroselectronicos/2017/Compendio/CompendiodeDerechoInteractivo.pdf .Desde 2017.

MOSSET ITURRASPE, Jorge “Eximentes Falsas y Eximentes verdaderas”. Revista de Daños N°2006-1. Nota N°20. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fé. 2006.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis “Revista de Derecho de Daños. Daño Punitivo. Doctrina y Jurisprudencia”. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fé. 2011.

NAMUR P. “Curso de Instituciones de Historia del Derecho Romano”, Tercera edición corregida y aumentada. La Anticuaria. Bs.As. 1889.

PADILLA, Rodrigo “Sobre la Clasificación de las Obligaciones en de Medios y Resultado y su Confusa Recepción en el Nuevo Código Argentino. Análisis Crítico”. IJ Editores. Revista Argentina de Derecho Civil N°4. Bs.As. 2019.

PARELLADA, Carlos A. “La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos”. Publicado en: LA LEY 16/09/2013. Cita online: AR/DOC/3185/2013.

PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo “Derecho Romano”. Tomo I y II. Ed. 2ª Tipográfica Editora Argentina. Bs. As. 1966.

PERRETI ÁVILA, Diego A. “La Unidad del Ordenamiento Jurídico y la Antijuridicidad Específicamente Penal Un Argumento Reversible”. Ed. Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales. Cuaderno de Derecho Penal N°2. Posibles Repercusiones del Código Civil y Comercial de la Nación en Diversas Cuestiones Penales. Córdoba. 2016.

PERRINO, Pablo E. “Panorama de las reformas efectuadas al régimen de la responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos”. Publicado en: RCyS 2016. Cita online: AR/DOC/4361/2015.

PERRINO, Pablo Esteban “La Responsabilidad del Estado por la Omisión de sus Funciones de Vigilancia”. Publicado en la Ley 24/08/2011.

PERRINO, Pablo Esteban “La Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada”. Ed. Thomson Reutes La Ley. Bs. As. 2015.

PERRON, Walter “Justificación y Exclusión de la Culpabilidad a la Luz del Derecho Comparado (con especial consideración del derecho penal español)”. Ed. ADCPCP. Tomo XLI, Fascículo I, Págs 137-156. España 1998.

PIZZARRO, Ramón D. “Responsabilidad Patrimonial del Funcionario Público”. Revista Jurídica de Daños. N°1. Bs. As. 2011.

PIZZARO, 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”. Publicado en: LA LEY 16/09/2013. Cita Online: AR/DOC/2710/2013.

PLATÓN, “La República”. Editorial Eudeba. Bs. As. 2014.

POCATERRA MORANCHEL, Mariana “Compendio de Derecho Romano”. Ed.UAM. Ciudad de Mexico. 2017.

POSTERARO, Florencia R. “Lineamientos Centrales en Torno de los Presupuestos de la Función Preventiva de la Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial”. IJ Editores. Revista Argentina de Derecho Civil. N°8. Bs.As. 2020.

PRIETO MOLINERO, Ramiro J. “La Cuestión de la Antijuricidad en la Responsabilidad Civil”. IJ Editores. Revista. Revista de Daños N°17. Bs. As. 2017.

PROVÍTOLA, María A. “El Olvidado Quinto Párrafo. El Delito Constitucional de Corrupción a la Luz del Art. 36 de la Constitución Nacional”, IJ Editores. Revista de Derecho Constitucional N°8. Bs.As. 2016.

QUINTANA ORIVE, Elena “Acerca de la recepción del Derecho Romano en las Partidas de Alfonso X el Sabio en materia de responsabilidad de los oficiales públicos en la baja Edad Media: Precedentes Romanos del Juicio de Residencia”. *Revue internationale des droits de l'antiquité* N°59 Págs. 355-373. Puede verse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4919386>. Disponible desde 2012.

QUINTANA ORIVE, Elena “Régimen Jurídico de la Responsabilidad de los Funcionarios en Derecho Romano”. Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Puede verse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=33822>. Desde el año 2013.

QUIROGA LAVIE, Humberto “Estudio Analítico de la Reforma Constitucional. Actualización de la obra Derecho Constitucional (3ª edición, 1993)”. Ed. De Palma. Bs. As. 1995.

RAVIZZOLI, Gustavo “Sobre el Plazo Razonable en el Proceso Penal”. Revista del Colegio de Abogados de la Plata. N°72. La Plata. 2010.

REBOLLO, Luis M. “La Acción de Regreso Contra los Profesionales Sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”. Revista DS. Vol. 9. Núm 1. Madrid. 2001.

ROBLES VELASCO, Luis Mariano “La lucha contra la corrupción en la república romana. Una nueva interpretación sobre la obra ciceroniana De officiis”. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (R.E.D.S.) núm 11, Julio-Diciembre 2017. Puede consultárselo en <http://www.dykinson.com/derechoempresaysociedad>. Disponible en internet desde Julio de 2017.

ROBLES VELASCO, Luis Mariano “Los Servicios Públicos, la Administración de Justicia y la Hacienda Pública Romana en la República y en el Imperio Romano”. Puede verse en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/57502/SERVICIOS%20P%C3%A9BLICOS%20conf%20turin%202013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Desde 2013.

ROSATTI, Horacio “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegetico”. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 2014.

ROSENFELD, Carlos L. “La Responsabilidad Objetiva en el Derecho Romano”. En L.L. Tomo c. 1978.

ROSSETTI, Luigi “*Le magistrature nell'Atene classica. Forme di controllo e forme di responsabilità*, en *L'educazione giuridica*” IV. Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi. Tomo 1. Profili storici. La tradizione italiana, Perugia, 1981.

ROSSI, Jorge Oscar “Determinación y Cuantificación del Daño”. Ed DyD. Bs.As. 2018.

RUSSO PEDANO, Alejandra “Jurado de Enjuiciamiento”. Puede verse en: www.saij.jus.gov.ar. Desde el 2003.

SABSAY, Daniel A. ONAINDIA, José M. “La Constitución de los Argentinos. Análisis y Comentario de su Texto Luego de la Reforma de 1994”. Ed. Errepar. Bs.As. 1994.

SAGARNA, Fernando A. “Responsabilidad Civil Directa y por el Hecho de Terceros en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial.2014. Pág. 143. Cita online AR/DOC/3870/2014.

SAGÜES, Néstor Pedro “Elementos del Derecho Constitucional”. T 1. 3ª Edición. Ed. Astrea. Bs. As. 2003.

SAMMARTINO, Patricio M. “Responsabilidad de los Poderes Públicos en el Estado Constitucional Social de Derecho: Características y Nuevas Precisiones Sobre la Relación de Causalidad”.Ed. infojus. Revista Derecho Público. Año I N°2.Bs.As. 2012.

SAMPEDRO, Mariela L. “La Legítima Defensa en Jaque”. IJ Editores. Revista Argentina de Derecho Público. N°2. Bs. As. 2018.

SCHIAVO, Carlos A. “Responsabilidades Emergentes de Omisiones en el Ejercicio de Control de las Actividades Aseguradoras”, en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad. Año V, N°17/20, p.130, nota 22.

TARBUCH, Laura “La Responsabilidad del Estado en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. IJ Editores. Revista Jurídica de Daños. N°6. Bs. As. 2013.

THOMAS, Gustavo J. “Comentario del Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado”. Puede verse en: www.infojus.gov.ar. Desde: 9/01/2014.

TRIGO REPRESAS, Félix “La Noción de las Eximentes y su Vigencia en el Derecho Argentino. Eximentes y Causas de Justificación. Los Presupuestos y las Eximentes”. Revista Derecho de Daños. Ed. Rubinzal Culzoni. N° 2006.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. “La Relación Causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. Ediciones Infojus. Revisa Derecho Privado. Año I, N°3, Pág 89. Bs. As. 2014.

VALAREZO OLMEDO, Byron R. “Reales Audiencias”. Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Ed. N°9. Puede verse en:https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1994/02/09_Reales_Audiencias.pdf. Desde el año 2018.

VANOSI, Jorge R. “Aportes al Fortalecimiento del Régimen Republicano”. IJ Editores. Revista de Derecho Constitucional N°3. Bs. As. 2013.

VANOSI, Jorge Reinaldo. “Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ANALES”. Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Segunda época, año LII, Número 45. Bs. As. 2007.

VARELA GIL, Carlos “El Estatuto Jurídico del Empleado Público en el Derecho Romano”, Ed. Dykinson, Madrid. 2007.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “La función Preventiva de la Responsabilidad Civil. Antijuridicidad Formal o Material”. RCyC 2016 (Abril), 3; DJ 14/09/2016.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Código”. Publicado en: LA LEY 14/10/2015. Cita Online: AR/DOC/3475/2015.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “Responsabilidad por Daños-Elementos”. Ed. De Palma. Bs.As. 1993.

VENEGAS, Patricia P. “La Primacía y Unidad del Derecho de Daños de Rango Constitucional por sobre las Normas de Derecho Administrativo Locales”. Revista de Daños N°8. Bs. As. 2014.

VIVAS, Mario Luis “Unificación de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino. Principales Aspectos”. Puede verse en: www.pensamientocivil.com.ar. Desde 07/02/2017.

XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. COMISIÓN 3: DERECHO DE DAÑOS. TEMA: “RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS AGENTES PUBLICOS”. Celebradas en la Universidad de Buenos Aires en el Año 2013.

ZAMPINI, Virgilio “Chubut Breve Historia de una Provincia Argentina”. Ed. El Regional. Gaiman.1975.