

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

REVISTA DE
DERECHO

AÑO XLIV — N° 165

ENERO - DICIEMBRE DE 1977

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCIÓN — CHILE

**LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO
ADMINISTRADOR.
UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO CHILENO.**

EDUARDO SOTO KLOSS
Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho Universidad de Chile
y Pontificia Universidad Católica de Chile.

SUMARIO.—Introducción. La responsabilidad del Estado, un principio general del derecho chileno. Conclusiones.

INTRODUCCION

Quien se detenga a estudiar el problema de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad administrativa en el derecho chileno, no podrá menos que quedar perplejo al considerar la heterogeneidad de soluciones que podrá encontrar, como asimismo la ausencia total de principios rectores que regularían la materia, si se analizan doctrina y jurisprudencia. Es más, del estudio de esta última, incluso podría con relativa facilidad llegarse a concluir la irresponsabilidad del Estado como principio (si es que a ello puede llamarse con propiedad un "principio jurídico"...).

En grandes rasgos, y en su aspecto estático, podría decirse que el régimen positivo chileno presentaría dos tipos de regulaciones: una, los regímenes legales que expresamente establecen una regulación formal de responsabilidad del Estado por la actividad de su Administración (regulaciones legales que constituirían una excepción) (1), y la otra, el régimen jurisprudencial (que habría devenido la regla general). El régimen legal —establecido de modo formal en leyes y normas con valor o fuerza de ley— se explicaría por sí mismo, no así el régimen jurisprudencial. En este último —sobre la base de pretendidos principios, bastante heterogéneos, e incluso contradictorios— el estado actual podría brevisísimamente sintetizarse diciendo que la jurisprudencia ha entendido: 1º que en la actividad administrativa que se realiza por el Estado (sean entidades fiscales, sean entidades personificadas) cuando éste actúa como un particular más —es decir, en actividades de aquellas

(1) V. gr. entre otros DFL. 221 (30-5-1931) art. 52, sobre navegación aérea; DFL. 213 (5-8-1953) arts. 132-136, sobre aduanas; DFL. 256 (29-7-1953) art. 121, Estatuto Administrativo anterior, en relación con D (CGR) 38992 y 54961 de 1961, y 76975 de 1964; DFL. (21-3-1960) arts. 3, 16, 69-73, sobre ferrocarriles del Estado; DFL. 169 (5-4-1960) arts. 3, 26, 49, sobre empresa de transportes colectivos del Estado; DFL. 171 (29-3-1960) art. 33, sobre correos; DFL. 290 (6-4-1960) arts. 14 N° 11, 15 N° 5, 27 sobre empresa portuaria de Chile; DFL. 327 (6-4-1960) arts. 10 N° 22, 11 letra b), 23 sobre empresa marítima del Estado; DFL. 338 (6-4-1960) arts. 175, 176, 161, actual Estatuto Administrativo; L. 10336 (10-7-1964) art. 67 inc. 2º, Orgánica de la Contraloría General de la República; y ahora últimamente, DL. 1078 (28-6-1975) arts. 36-39, sobre Banco Central; DL. 1129 (11-8-1975) art. 1º, sobre el Metropolitano; DL. 1289 (14-1-1976) arts. 61-63, 5º transitorio, etc., orgánico de municipios y administración comunal, etc.

que también realizan los particulares o sujetos privados— (2) el Estado es responsable por los daños que produce, del mismo modo que lo son los particulares cuando producen daños en sus relaciones entre sí, y 2º que en la actividad administrativa que realiza el Estado como poder, a través de lo que la jurisprudencia ha llamado "actos de autoridad", el Estado no responde de los daños que origine (3).

Variadas críticas —y desde hace tiempo— se han venido formulando a este modo de concebir el problema por parte de la jurisprudencia, la cual en definitiva ha consagrado el principio de la irresponsabilidad del Estado por los actos jurídicos de la autoridad administrativa que éste emite unilateralmente (actos administrativos) y que agravan a los particulares.

(2) No es el caso aquí entrar a discutir la falsedad del planteamiento mismo, esto es que el Estado actúa como un particular más, como si pudiese revestirse y desvestirse del manto real de lo público...; vid. nuestro *La contratación administrativa, un retorno a las fuentes clásicas del contrato*, esp. conclusiones (y nota 28), en ADA 2(1977/78) en prensas.

(3) Si se quisiera esquematizar al mismo régimen jurisprudencial —teniendo presente, sí, los riesgos que toda esquematización comporta— podría decirse que mientras el Estado-Administración responde por los daños que su actividad material (hechos) produzca, él no responde y, en consecuencia, es irresponsable por los daños que produzca su actividad jurídica (entiéndase unilateral, es decir por sus actos administrativos; se excluye aquí lo relativo a la responsabilidad estatal contractual, pues estamos hablando en este trabajo de la responsabilidad extracontractual del Estado-Administración).

Al igual que en el problema suscitado por la fiscalización jurisdiccional de los actos de la Administración, aquí con la responsabilidad del Estado por su actividad administrativa se ha dado igualmente una verdadera comedia de equívocas.

En efecto, así como allá se ha llegado al extremo de que el propio legislador le confiere a través de leyes al juez ordinario competencia para anular actos administrativos (que de suyo la tiene pues la propia CP 1925 y la tradición jurisprudencial la reconocía: vid. nuestro *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia*, en EDP 21/22 (1977) 233-249), así también aquí se da el curioso caso de que el legislador haya establecido a través de leyes la responsabilidad del Estado por su actividad de administración. Y se ha llegado a sostener (vid. voto de minoría en *Becker c/Fisco*, RDJ 52 (1965) II. I, 11-13, y con anterioridad *Brito y otro con Corporación de Reconstrucción y Auxilio* (6.10.1944) RDJ 41 (1944) (II-II-71 ss.) que siendo el Estado irresponsable por tal actividad, en cuanto ella se manifieste en una actuación como autoridad (reviviendo la obsoleta doctrina de la doble personalidad del Estado), se requiere de ley expresa y formal para hacerlo responsable: puede advertirse la contradicción intrínseca de este razonamiento, pues si el principio es la irresponsabilidad, ello ha de emanar de la propia Constitución que habría establecido tal irresponsabilidad, y si tal es, no se divisa cómo podría dejar de ser inconstitucional la ley que determinara en un caso concreto la responsabilidad del Estado. Y si la CP establece el principio de la responsabilidad estatal por su actividad administrativa de los intereses generales de la comunidad —como pretendemos probarlo aquí, y la jurisprudencia de fines del s. 19 y comienzos del actual así lo reconocía— no se divisa por qué ha de existir sólo cuando la ley así lo disponga, ya que significaría ello que la propia Constitución estaría a merced del legislador, un órgano cuyas potestades existen, arrancan y se mueven única y exclusivamente de y por aquélla, a la cual está enteramente sujeto tanto en su ser como en su actuar.

Otra cosa es sostener —como solemos afirmarlo en la cátedra— que nada impide que el legislador, con la finalidad de facilitar la labor del juez, y esclarecer una interpretación uniforme, pueda en determinados casos precisar legislativamente los alcances de esa responsabilidad estatal —que es el principio y la regla ineludible constitucional— y especialmente tratándose de ciertas actividades administrativas. Así lo ha hecho v. gr. en todos los casos de accidentes pro-

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ADMINIST. 133

Recientemente se han formulado críticas que ven la solución del problema en un enfoque más riguroso de la aplicación civilista que el juez supremo ha hecho en este tema de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad administrativa (4). Ciertamente el esfuerzo es loable, pero no podemos menos que estar en desacuerdo con tal postura, pues la aplicación de fórmulas privatistas a la relación entre Estado (Administración) y agraviado particular (natural o jurí-

ducidos por vehículos de transporte estatales (sea urbano ETC, sea por ferrovías FFCC, Metro, etc.) o daños o pérdidas de objetos o mercaderías (v. gr. Correos, Aduanas, etc.), o en fin actividades riesgosas, casos todos que dicen relación con lo que se suele denominar "actividad material" de la Administración.

No ha ocurrido en general lo mismo con la "actividad jurídica", esto es actos administrativos unilaterales (lo que una jurisprudencia malhadada discurriría allá por la década de los años 38 a 40 denominar "actos de autoridad" (vid. *Granja c/Fisco* (11.10.1938) RDJ 36 (1939) II.I.277 ss.) y que tuviera auge en Francia como criterio delimitador de competencia administrativa allá en el último cuarto del s. 19 y abandonada totalmente con posterioridad en dicho país). Y no ha ocurrido lo mismo porque no aparecía necesario el dictar tal tipo de leyes en este ámbito, pues el juez determinaba, sin mayores problemas, tal responsabilidad (vid. entre otros los casos citados en nota 6). Recordamos sólo —aquí y para este efecto— la ley de municipalidades de 1891 (22.12.1891) que atendida la materia optaba por señalar expresamente en su título XI De la responsabilidad (arts. 94 a 98) que "Toda persona agraviada por una resolución ilegal de la Municipalidad, tendrá acción civil para ser indemnizada solidariamente por los que la acordaren. Igual acción compete contra el Alcalde, por sus actos o decretos ilegales". (art. 94), y el art. 95 agregaba que "En la misma forma podrá hacerse valer la responsabilidad resultante de omisiones graves en el cumplimiento de los deberes que imponen las leyes"; y el art. 96 continuaba, "Las acciones precedentes podrán instaurarse por el ministerio público o por cualquier ciudadano siempre que el daño sea general". Y ello porque el propio Código Civil (art. 547, inc. 2°) recordaba que las municipalidades ("corporación de derecho público según las calificaba el inc. 1°) "se rigen por leyes y reglamentos especiales". Aparece inconcluso que si la ley especial formalmente entraba a regular esta responsabilidad de las autoridades municipales por sus actos u omisiones ilegales era porque el principio constitucional era la responsabilidad (y la propia CP 1833 así lo estatúa en varias de sus disposiciones), principio general de derecho que el CC mismo recordaba (art. 2314) para las relaciones jurídicas reguladas por dicho cuerpo legal de derecho común privado; de no haber sido así, hubiera sido abiertamente inconstitucional, y que sepamos ningún jurista —ni de aquella época ni posterior— ha señalado dicha inconstitucionalidad.

Si se advierte, dicho art. 547 también reconoce la calidad de "corporación de derecho público" al Fisco (Estado patrimonio, por aquella época), y a la Nación (Estado comunidad política); si son sujetos ambos de derecho es obvio que han de responder por sus actos (sean materiales, sean jurídicos) pues de otro modo tendrían una verdadera inmunidad y constituirían una clase privilegiada que estaría, por tanto, por encima del Derecho; al mismo tiempo no debe olvidarse que la CP 1833 establecía el principio de la juridicidad del ser y del obrar de los órganos estatales (espec. art. 160, art. 37 N°s 2 y 10), repetido en las reformas de 1925 (arts. 4, 44 N°s 5, 60, 71, 72 N° 2, etc.), y a través de la lógica vinculación positiva de ellos al Derecho (Constitución y leyes) (vid. nuestro. La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República, en LHCGR 165-189); de tener esa inmunidad —que no la tiene y que sería absurdo pretender sostenerla— ello infringiría la igualdad ante la ley, que la propia CP 1833 reconocía a todos los habitantes de la República (art. 12 N° 1); además, que el perjuicio que el particular sufriría, de no ser indemnizado por un daño provocado por el Estado a través de sus órganos, significaría que alteraría la igual repartición de las cargas públicas, que dicha CP (art. 12 N° 3) aseguraba, asimismo, expresa y formalmente. Por lo demás, la jurisprudencia así lo reconocería variadas veces bajo la vigencia de la CP 1833 (vid. v. gr. además de los fallos indicados en nota 6 siguiente, *Herrera c/Fisco* (31.7.1914) RDJ 12 (1915) II.I.361 ss., y en cierta medida si bien indirectamente *Donoso c/Fisco* (17.6.1911) RDJ 9 (1912) II.I.341 ss.).

(4) Vid. P. Pierry Arrau, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, en ADA I (1975-76) 471-502; D. Ruiz-Tagle, *De la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en prensas (Ed. RDP).

dico) que nace del daño cometido por aquél, no es una relación de derecho privado —que son reguladas por el código civil— sino una relación jurídica pública, que obedece a otros principios (que son de derecho público) y, en consecuencia, necesita de otras soluciones para encontrar lo justo, concreto que resuelva el conflicto originado por dicho daño. Es más, pensamos que toda aplicación de principios civilistas a esta materia sólo conduce a un callejón sin salida, tal como se advierte clarísimamente al estudiar la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte.

De allí es que nos hemos permitido, en las líneas que siguen, plantear a modo de tesis una formulación netamente iuspublicista de la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado-Administración (5), tesis basada en el propio derecho positivo chileno hoy vigente, y fundamentada además en toda la tradición misma de nuestros antecedentes históricos, claramente entendidos en otra época y por desgracia totalmente oscurecidos con posterioridad a partir del primer cuarto del presente siglo. (6)

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO CHILENO.

El Derecho en cuanto regulación de conductas humanas en justicia para alcanzar la paz social implica, por su naturaleza propia, imputación de efectos jurídicos a dichas conductas.

Para imputar tales efectos, parte el Derecho del supuesto —necesario e intrínseco— de que tales conductas emanan de sujetos que pueden determinar su voluntad de manera libre: es decir, el Derecho supone necesaria e ineludiblemente la existencia de sujetos libres.

Pues que el Derecho supone sujetos libres —esto es que libremente pueden actuar en sus relaciones recíprocas—, el Derecho supone sujetos responsables, sin los cuales no cabría ni siquiera imaginar el mismísimo Derecho; es decir, que responden (dan cuenta) de sus actos, de sus conductas.

(5) Sin perjuicio que ella pueda ser también aplicable a la actividad legislativa y contralora del Estado.

(6) Para esa tradición vid. v. gr. los siguientes fallos: Fuschs y Plath c/Fisco (II-I-1908) RDJ 5 (1908) II.II.55 ss; Wuth c/Fisco (II-I-1908) RDJ cit. II.I.213 ss; Ochoa c/Fisco (22-10-1908) RDJ 6 (1909) II.I.61 ss; Pino c/Fisco (22-7-1914) RDJ 12 (1914) II.I.313 ss; Podlech c/Fisco (11-9-1920) RDJ 19 (1922) II.I.292 ss; Lapostol c/Fisco (8-1-1930) RDJ 27 (1930) II.I.744 ss; (ver incluso después de esa época Arcaya c/Municip. de Valparaíso (4.8.1952) RDJ 49 (1952) II.I.28 ss; y también Becker c/Fisco (13.1.1965) cit. (nota 3) cons. 3 y 6 esp.

El mismo V. Letelier —que en estas materias asume una posición que nos parece ya para aquella época extremadamente restrictiva, así como hoy en cierto modo la plantea mi estimado colega Pierry (ob. cit.)— llega a afirmar (Dictámenes. Impr. La Ilustración. Santiago de Chile 1924, 105): "¿Queremos acaso sentar con esto la extraña doctrina de la absoluta irresponsabilidad del Estado? ¿Derivase por ventura de las precedentes observaciones la absurda conclusión de que en ningún caso debe responder el Fisco de los actos civiles o delictuales de sus empleados? De ninguna manera. De motu proprio o por sentencia de los tribunales todos los días el Supremo Gobierno acepta el principio de que actos determinados de tales y cuales empleados públicos comprometen la responsabilidad del Fisco, dando acción a extraños para reclamar justamente indemnizaciones, abonos, precios, honorarios, etc." (dictamen de 13.5.1895). Sobre la responsabilidad, base de un Gobierno Republicano. Vid. ob. cit. 34-38 (dictamen de 28.9.1892).

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ADMINIST. 135

Quien dice Derecho dice, pues, responsabilidad; de allí precisamente que respecto de quienes sean incapaces en el Derecho —v. gr. por carecer de razonamiento, o tenerlo alterado, o insuficiente— se traslade por obra del Derecho a otro sujeto el deber de dar cuenta, de responder por ellos.

Ahora bien, pasando ahora a la argumentación basada en la normación concreta (que no en la fundamentación racional de ella, que es lo que terminamos de ver), si se analiza el derecho positivo chileno, se comprueba que de acuerdo al AC 2 (art. 5) bases esenciales de la institucionalidad chilena, y siguiendo una tradición más que secular, se ha configurado a Chile como una "República". (7)

Configurar una "República" significa —ya desde sus orígenes romanos, en su formulación medieval, en su visión decimonónica y actual, y ciertamente en nuestra propia historia, desde la época indiana y de la Patria Vieja— un régimen de Gobierno, jurídicamente institucionalizado (contrapuesto a monarquía (8)), es decir, donde todas las autoridades son responsables, esto es, responden en el Derecho y dan cuenta de sus actos y conductas; en otros términos, donde no hay sujetos fuera del Derecho.

Ello lo confirma, además, y de manera bien precisa, la propia AC 2 (cons. 4, letra c) cuando establece que entre las bases fundamentales a las que debe sujetarse el ordenamiento jurídico de la nación y valores esenciales en que ellas se sustentan, se encuentra el concepto

(7) Vid. v. gr. El Proyecto de Constitución para el Estado de Chile (1811) cap. II arts. 28, 30 del párrafo inicial "Exposición de los principios... que quedan garantidos por la Constitución y servirán de fundamento a todos los decretos legislativos, ejecutivos y judiciales de las Magistraturas" (el art. 30 disponía "los empleados de las Magistraturas, Gobierno, Administraciones de la República y demás funciones, son mandatarios de ella; están obligados a dar cuenta de su conducta"); vid. también tit. I art. 39. Constitución de 23-10-1818 que si bien no habla de República establece la responsabilidad de los gobernantes: tit. IV cap. I art. 20; cap. III art. 3; tit. V. cap. I. art. 2 y cap. III art. 15. La Constitución de 30-10-1822 habla de Estado no de República pero dispone la responsabilidad de los gobernantes: tit. 5 cap. III arts. 128-129; tit. 7 cap. IV arts. 198-200. Reglamento orgánico y Acta de Unión del pueblo de Chile de 30-3-1823. Arts. 8-12, etc. La Constitución de 29-12-1823, obra de Egaña, tit. I art. I; tit. XIII art. 146 N° 1; tit. XIV art. 156 N° 1; merece destacarse tit. XII art. 138, "El ciudadano que reclama un atropellamiento o violencia de las autoridades constituidas, en que no se guardaron las formas esenciales, o voluntariamente no se obedeció al decreto superior que mandaba proteger sus derechos, será servido en su reclamación por todos los funcionarios judiciales gratuitamente, afianzando las espensas para el caso de declararse injusto su reclamo". Los proyectos de constitución federal de 1-12-1826 y el reglamento provisorio para la administración de las provincias de 30-11-1825 también hablan de República. Constitución de 8-8-1828, vid. preámbulo. cap. I art. I; cap. IV. art. 21. Constitución de 25-5-1833, cap. II art. 3; cap. V art. 12 N° 1, etc.

(8) En afán de precisión debería decirse monarquía absoluta, pues es como reacción en contra de esta forma de Gobierno —relativamente breve si se observa que tuvo más o menos vigencia sólo en la europa del 1600 y 1700 en especial— que reaparece la idea de Gobierno responsable; es en contraposición a monarquía absoluta y no simplemente monarquía, ya que ésta fue entendida en el período medieval (bajo y alto) siempre como Gobierno limitado y el Rey bajo el Derecho; para el constitucionalismo medieval remitimos a bibliografía indicada en nuestro Amparo Judicial y recurso de protección, en RDP 19-20 (1976) 166 (nota 1). Valga agregar aquí A. J. Carlyle, La libertad política. Fondo de Cultura Económica. México. s/f. donde se muestra la evolución y pervivencia de esta idea, incluso a través de la época absolutista, si bien oscurecida.

de Estado de Derecho "que supone un orden objetivo e impersonal, cuyas normas inspiradas en un superior sentido de justicia obligan por igual a gobernantes y gobernados".

Si Chile es una República —tal como lo demuestra su historia y el régimen jurídico actual— ello no significa sino que sus autoridades son responsables, y que el Derecho obliga por igual, entonces, tanto a los gobernantes como a los gobernados; es decir, en Chile no hay sujetos irresponsables, no hay sujetos que se encuentran fuera del Derecho (9), o que éste pudiera no alcanzarles, o que tuvieran un privilegio tal que estuvieren exceptuados de sus prescripciones.

Si en consecuencia, no hay sujetos que estén fuera del Derecho, si no hay sujetos irresponsables, ello significa que todo sujeto ha de responder de sus actos: responder de sus actos implica, por una parte, dar cuenta de ellos ante quien tiene el cuidado del Derecho —esto es, de ordinario, el juez— y en el evento de haber dañado a alguien reparar tal daño, indemnizando debidamente a la víctima de la lesión o agravio producido, y, por la otra, la posibilidad de pedir cuenta que tiene el agraviado ante el juez respecto al agravante u ofensor.

Si tal es la situación que el derecho chileno ha configurado —y no podría ser de otro modo, en verdad, tratándose de una comunidad civilizada— resulta que principio general del derecho chileno —así como lo es del Derecho, por su estructura intrínseca— es el que todo daño debe ser indemnizado, cualquiera sea el sujeto que lo produzca, natural o jurídico, público o privado.

Pero hay más: una expresa norma constitucional viene a confirmarlo. En efecto, todo daño —cualquiera que sea su naturaleza— significa un detrimento en la esfera jurídica personal de un sujeto, sea éste natural o jurídico, público o privado; esto es un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión de lo suyo, y es norma constitucional vigente que "nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de la ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, calificada por el legislador", y mediando la correspondiente indemnización, a la cual el expropiado tendrá siempre derecho (AC 3, art. 1° N° 16, inc. 3).

Y la privación de lo suyo puede provenir ya de la acción u omisión de un particular (natural o jurídico), ya de la acción u omisión de una autoridad pública, sea legislativa, administrativa, contralora o judicial (10). Refiriéndonos en esta ocasión a la autoridad administrativa Presidente de la República y administraciones centralizada (a él sub-

(9) AC. 2 consid. 4, letra c); arts. 3, 6 y 7; vid. también, AC. 3 consid. 1: arts. 1 N° 2, N° 3, etc; art. 11 inc. 1°.

(10) Huelga señalar que en el caso específico del daño que hubiere podido producirse por la acción (u omisión, pero en especial la acción) de la autoridad pública legislativa o jurisdiccional tal daño ha de tener la calidad de injusto, de antijurídico, es decir ha de prevenir v. gr. en el caso del acto legislativo de uno que sea contrario al ordenamiento constitucional, esto es inconstitucional. Y en el caso de un acto jurisdiccional, o de la actividad jurisdiccional (lato sensu), ha de provenir de un acto u omisión sea inconstitucional, sea ilegal.

En el caso de la actividad administrativa del Estado (y también contralora) no se da la misma vertiente: vid. texto más adelante.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ADMINIST. 137

ordinada) y descentralizada (con él coordinada), huelga entonces concluir que el daño o perjuicio que sufre o ha sufrido un sujeto (natural o jurídico) con motivo o con ocasión de una acción u omisión de una autoridad o ente administrativo, significa, implica, o comporta un menoscabo, una lesión, un detrimento, a su patrimonio, y puesto que nadie puede ser privado de lo suyo sin ser indemnizado, tal detrimento, lesión o menoscabo debe ser reparado a quien lo ha sufrido por aquel que lo ha provocado.

Probada, entonces, la existencia del daño o perjuicio sufrido por un sujeto de Derecho, probada la autoría de dicho daño producido por una autoridad o ente administrativo (sea personificado o que goce de la personalidad jurídica del Fisco), y probada obviamente la relación causal que media entre la acción u omisión administrativa y el perjuicio en cuestión, toca al juez determinar el monto de la indemnización con que ha de ser reparada la víctima, de acuerdo al perjuicio sufrido por ésta en lo suyo, es decir en lo que le pertenece como esfera jurídica propia de él (patrimonio, honor, condiciones normales de existencia, etc.). Y toca al juez, ya que a él corresponde decir el derecho (*ius dicere*) en caso de controversia, esto es decir lo justo en cada caso concreto sometido a su conocimiento y decisión, y ello tanto por el deber jurídico al cual el juez se encuentra vinculado desde el momento que asume su oficio de juez de la República (deber de jurisdicción) como por el derecho a la jurisdicción que posee todo sujeto agraviado para que sean tutelados sus derechos por el juez, quienquiera sea el agraviante.

CONCLUSIONES

Como puede advertirse, esta, nuestra tesis, evita el problema que significa la aplicación de la ley civil, ley ésta que configurada para regular relaciones de particulares entre sí, estructura la responsabilidad sobre fundamentos básicamente subjetivos (dolo y culpa), y sobre fundamentos de hecho propio y de hecho ajeno, lo cual se aviene poco, o mejor dicho, no se aviene en absoluto con una relación jurídica en que una de las partes es el propio Estado, bajo sus aspectos de Administración (11). Siendo la relación jurídica pública distinta de la pri-

(11) El no haber entendido que es el Estado (Administración) quien actúa —por intermedio de funcionarios o autoridades, según los casos— es lo que ha llevado a la jurisprudencia a los falsos problemas que la aplicación del Código Civil conduce. Parece haber olvidado que el Estado se rige por normas especiales ("Fisco"-"Nación" como dice en lenguaje decimonónico dicho código), y esas normas no son las que regulan las relaciones entre particulares (básicamente regidas por el citado código) sino las que la Constitución Política determina, ya que el Estado tiene en ésta su regulación fundamental.

La autoridad estatal —la administración incluida— tiene una misión básica y fundamental de "gerente del bien común", y esa misión es de distribución: si en esa misión daña, perjudica, o lesiona, esa su actividad dañosa implica en sí una desigualdad, es decir una injusticia, y como tal debe ser reparada. Y debe serlo en tanto autoridad, es decir Estado, pues como tal es que actúa distribuyendo. No impide ello que además, pero entiéndase bien: "además, el autor del perjuicio, esto es la persona natural revestida de la investidura estatal, en tanto su órgano, incurra en una responsabilidad específica, él como persona miembro de esa organización, en este caso la organización estatal, Administración, y como tal pueda además ser perseguido directamente". Pero ello no cubre, ni exime, ni puede apartar de modo alguno, aquella obligación que nace para el Estado

vada, su regulación en el Derecho ha de reposar sobre la base de mecanismos jurídicos distintos, de presupuestos diversos y para alcanzar fines diferentes (12).

Y es más, ésta, nuestra tesis, evita incluso el agudo problema de la llamada responsabilidad por la actividad lícita de la Administración (13), ya que habiendo un daño originado por ésta, ella debe responder, siendo innecesario preguntarse si se actuó o no conforme a Derecho.

E incluso más, si se aceptare plantear dicho problema, de todos modos la Administración habría de responder —y la conclusión es necesaria en nuestro Derecho—: el perjuicio que irroga a la víctima esa actividad administrativa pretendidamente lícita, importaría una carga es-

de reparar aquel daño, aquella injusticia (desigualdad que provoca el daño en el status concreto —situación jurídica— de la persona lesionada) que ha violado la distribución del bien común entre los ciudadanos.

Y ello es obvio que puede producirse, y se produce también a través de actos jurídicos (de autoridad o de imperio, en terminología del siglo 19), que no sólo a través de actos materiales: pensar —como lo hace la jurisprudencia— que sólo en estos últimos debe reconocerse la responsabilidad del Estado y no en aquéllos, es introducir distinciones enteramente arbitrarias carentes de racionalidad, y es más, que ni siquiera tienen fundamentación constitucional; sólo son resabios de una mentalidad propia de la época del absolutismo monárquico, totalmente incompatibles con el Estado Constitucional, y con el Estado de Derecho que la Constitución de 1925 estableciera; en otros términos, son sólo frutos de la ignorancia jurídica.

(12) No debe olvidarse que la diferencia básica de la regulación publicista con la regulación privatista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras la regulación privatista regula relaciones entre particulares fundamentadas sobre la base de la conmutatividad, la primera regula relaciones entre el todo (la comunidad, actuando como órgano de ella la autoridad) con la parte (esto es los ciudadanos, sea individualmente o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) y fundamentada dicha regulación publicista sobre bases de distribución.

Y esa distribución no es mera liberalidad, es obra de justicia, y por tanto su objeto es propiamente un derecho (un derecho para los ciudadanos, y un deber para la autoridad cuya violación origina una injusticia, es decir, una ilegalidad).

Tal distribución puede estar ordenada directamente al bien común, pero también puede ser ordenada directamente al bien de los individuos miembros de la comunidad; y puede consistir tanto en un beneficio directo para un individuo, como en una carga impuesta a los individuos en pro del bien común, pero tan en uno como en otro caso ha de estar fundamentada en esa igualdad de proporción entre cosas y personas en que consiste básicamente la justicia distributiva. Y puede ser violada ésta tanto si el beneficio no es proporcionado como si la carga es desproporcionada: y es que aparece claro que tanto en uno como en otro caso hay violación de la apropiación debida, y omisión de la distribución obligada.

Tal derecho (del ciudadano en tanto miembro de la comunidad) y tal deber (de la autoridad que distribuye) de la justicia distributiva tienen su base, su apoyo, su fundamento, precisamente, en la razón natural de bien común, y es que es exigencia propia, connatural, del bien común, el que las recompensas y las cargas sean distribuidas proporcionalmente entre los ciudadanos; de allí que pueda decirse con propiedad que lo que es común es debido a un sujeto porque es parte de esa comunidad, y tal porción de lo común le es debida precisamente porque es parte. Si es agraviada esta parte, le es debida entonces la reparación consecuencial.

No se nos escapa en modo alguno, que la jurisprudencia y también la doctrina autóctona difícilmente se han planteado esta perspectiva de la fundamentación racional de la responsabilidad, más preocupada —como es su costumbre— de la letra y del inciso de la norma aplicable que de la misión de hacer justicia, en que consiste en definitiva el Derecho, y la función de los juristas.

(13) No es éste el lugar de controvertir la teoría de la pretendida responsabilidad estatal administrativa por la actividad lícita: creemos que en nuestro ordenamiento no tiene asidero alguno, pues difícilmente podrá sostenerse la sedicente licitud de la actividad administrativa que produce daños a terceros.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ADMINISTR. 139

pecial y anormal para la víctima, impuesta por acto administrativo, y siendo así dicha víctima debe ser indemnizada, de acuerdo al principio de la igualdad ante las cargas públicas (AC 2, art. 1º N° 5) (14).

Quien dice Derecho, dice responsabilidad. Si es el Derecho quien a través del ejercicio de potestades constituyentes ha creado los órganos estatales, y específicamente a través de la ley los órganos que configuran la Administración, no sólo aparece absurdo sino incluso irracional sostener que la Administración no responda por los daños que produzca su actividad, pues si es el Estado un sujeto de Derecho no cabe predicar de él su irresponsabilidad. El sólo afirmar que él sea irresponsable —por cualquiera de sus actividades— implica ipso facto afirmar la desigualdad ante la ley, y la existencia de clases privilegiadas, lo cual significa infringir clarísimamente los principios básicos del régimen de derecho que la propia Constitución y las AC han establecido: "La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados".

Al juez toca —una vez más— que ello sea realidad, y no mera fraseología.

(14) Y aparecerá claro, entonces, que si tal daño implica una violación al principio de la igualdad ante las cargas públicas (establecido en el ordenamiento constitucional chileno ya en 1828 (art. 126), perfeccionado en su reforma de 1833 (art. 12 N° 3) y luego en las reformas de 1925 (art. 10 N° 9) y ahora (AC 2, arts. 2, 3, 6, 7; AC 3, art. 1 N°s 2 y 5)), es que tal daño es ilícito, pues contraría el ordenamiento constitucional, y por lo tanto no puede ser amparado por el Derecho; y si no es amparado por el Derecho es que la actividad misma es contraria a dicho ordenamiento fundamental, y en consecuencia, antijurídica, ilícita.

Difícilmente cabe sensatamente sostener que para cumplir sus fines de bien común tenga la autoridad administrativa que producir daños a terceros, si éstos han encuadrado sus conductas dentro del Derecho: no hay que olvidar que el bien común no se consigue a través del mal individual, y si ha de primar aquél (dentro del orden temporal) imponiendo una carga especial a un miembro de la comunidad o a un grupo específico, ha de indemnizarse, pues la distribución que implica el bien común es una cierta igualdad de proporción, ya que de no ser así significaría ello un desequilibrio, un injusto, en definitiva una lesión por un lado, y por otro un enriquecimiento indebido.

En definitiva, todo conduce a sostener el principio ineludible y esencial en un régimen de Derecho de la responsabilidad del Estado: tanto su fundamentación racional (centrada en la idea de comunidad política, autoridad, bien común), como su fundamentación de técnica jurídica (la idea del Estado como sujeto de derecho), y como asimismo su fundamentación de derecho positivo (el principio de la juridicidad del ser y del actuar de los órganos estatales, establecido en nuestro ordenamiento constitucional ya desde 1833, en 1925 y confirmado en las AC actuales).

Abreviaturas:

AC Actas Constitucionales; AC 2 DL 1551 (13.9.1976) Bases esenciales de la institucionalidad chilena; AC 3 DL 1552 (13.9.1976) De los derechos y deberes constitucionales; Dictamen; CGR Contraloría General de la República; ADA Anuario de Derecho Administrativo (Ediciones Revista de Derecho Público); LHCGR Libro homenaje en el cincuentenario de la Contraloría General de la República (Edic. Revista de Derecho Público. 1977); RDJ Revista de Derecho y Jurisprudencia; RDP Revista de Derecho Público.