

BERNARDINO BRAVO CON FISCO DE CHILE
APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN CHILE

CRISTIAN ROMÁN CORDERO
Profesor asistente de Derecho Administrativo
Universidad de Chile

A mi maestro y amigo,
don Bernardino Bravo Lira

“El historiador del Derecho es, de entre los juristas,
el personaje que se mantuvo más descontento
y también más alarmado. Aborreciendo todos
los embalsamamientos a que habían sido
sometidas la complejidad y vivacidad de la historia
por mitos, percibe las clausuras tan gravemente
negativas ocasionadas por las mitologías jurídicas modernas,
incluso por las que están más directamente relacionadas
con una transformación que hubiera requerido una mayor agilidad.
Habitado como está a encontrar el nacimiento del Derecho
en la incandescencia de las fuerzas sociales, culturales y económicas,
advierte el grave riesgo que se deriva de separar el revestimiento
jurídico del flujo histórico y, en consecuencia, reducirlo
a corteza reseca, privada de la vivificadora linfa vital que discurre por debajo”

GROSSI, Paolo, *La primera lección de Derecho*.
Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 20.

“Basta saber que en la República funcionan más
de treinta mil empleados, muchos de los cuales
no son modelos de probidad y virtud; y si constituimos
al Fisco pecuniariamente responsable de los actos
de todos ellos, no habría impuestos que por gravoso
basten a saciar la avidez de reclamantes”

LETELIER MADARIAGA, Valentín, Dictamen de 13 de mayo de 1895,
en: LARRAÍN DUEÑAS, Eduardo, y DÍAZ LEÓN, Alberto, *Dictámenes de don Valentín Letelier*.
Santiago: Editorial La Ilustración, p. 103.

RESUMEN

El presente artículo expone la evolución de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile, desde el Derecho Indiano a la actualidad. Plantea, en síntesis, que el Derecho Indiano reconoció un régimen garantista de responsabilidad patrimonial de la Administración, llegando a ser directo (la imputación afecta a la Administración y no al funcionario) y objetivo (prescinde, para comprometerse, de la idea de culpa –o culpa del servicio–), y que, luego, durante el Derecho Republicano, sus mitologías jurídicas (soberanía, actos de autoridad, actos de gobierno, etcétera) importaron un fuerte retroceso al respecto, ya que consagraron, total o parcialmente, la irresponsabilidad patrimonial de la Administración del

Estado –y la exclusiva responsabilidad del agente que materialmente ocasionaba el perjuicio–, todo lo cual comenzó a revertirse jurisprudencialmente a partir del fallo “Bernardino Bravo con Fisco”, de 1858, proceso que concluye en la actualidad, luego de 150 años (de evoluciones e involuciones), paradójicamente, con el reconocimiento de un régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración con caracteres análogos a los que este instituto presentaba durante el Derecho Indiano (segunda mitad del Siglo XVIII).

Palabras clave: *Administración - Estado - derecho indiano - responsabilidad - derecho republicano*

ABSTRACT

The present article exposes the evolution of the patrimonial responsibility of the Chilean State Administration, from the Indian law to the present. It plans, in synthesis, that the Indian law recognized a guarantistic regime of patrimonial responsibility of the Administration, becoming direct (the imputation affects the Administration, not the functionary) and objective (prescinds, for compromising, of the guilt notion –or service’s guilt–), and later, during the Republican law, its juridical mythologies (sovereignty, authority acts, government acts, etc.) meant a firm retrocession about it, because they consecrated, totally or partially, the patrimonail irresponsability of the State Administration –and the exclusive responsibility of the agent who materially caused the damage–, all of which started to revert in the jurisprudence since the case “Bernardino Bravo against Fisco”, in 1858, process that concludes in the present time after 150 years (of evolutions and involutions), paradoxically, with the acknowledgment of a regime of patrimonial responsibility of the Administration with analogous characteristics this institue preseted during the Indian law (second half of the XVIII century).

Key words: *Administration - State - Spanish Colonial law - responsibility - Republican law*

1. PALABRAS PRELIMINARES

Agradezco, primeramente, la gentil invitación para participar en este merecido homenaje que se rinde a quien no dudo en reconocer como mi maestro en la academia y en la vida, don Bernardino Bravo Lira. Lo hago con este artículo en el que abordaré la evolución histórica de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile, instituto en el que se muestra visible y en su mayor plenitud el Estado de Derecho¹. En esa evolución, tal como tendré

¹ Es así como se ha afirmado: “El Estado de Derecho pudiendo ser una realidad social es también una aspiración, una meta- La consecución de dicha meta, esto es, su logro integral y pleno es, forzosamente, por la dinámica propia de las fuerzas interactuantes dentro del Estado y de la sociedad, en cuanto concreción real, más bien utópica, en el sentido de que el citado Estado sólo se alcanza en grado relativo, mayor o menor, en cada caso, pero siempre él se alcanza sólo en la forma parcial. En el mejor de los casos el Estado aludido se mantiene en un equilibrio, el cual, como todo equilibrio, resulta ser de naturaleza eminentemente precaria. (/) El Estado de Derecho, es decir, el conjunto de condiciones y circunstancias que a un Estado dado le otorgan la referida característica, es un fenómeno complejo que, por cierto, no siempre tiene lugar en todos los países si en todas las formas posibles de organización política, sin embargo, él tiene un contenido o substancia específico. Con los elementos que emana de dicho contenido hemos elaborado una ecuación que es la siguiente: Derechos individuales + Principio de legalidad +

oportunidad de acreditar más adelante, el fallo “Bernardino Bravo con Fisco de Chile”², del año 1858, al cual aludo en el título del presente artículo, cuyo litigante era un antepasado de nuestro homenajeado (entiendo su bisabuelo), da origen, dentro del Derecho Republicano, a una nutrida jurisprudencia que concluye ni más ni menos, luego de 150 años –marcados por el auge y la decadencia de ciertas mitologías jurídicas modernas (que tendían de una u otra manera a reconocer la irresponsabilidad de la Administración del Estado o bien a impedir su compromiso)–, en un régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración análogo a aquél que imperó bajo la vigencia del Derecho Indiano (segunda mitad del siglo xvii), de imputación directa y objetivo, dejando de esta forma en evidencia el avanzado estadio al que éste llegó en relación a la protección del honor, la vida y la hacienda de los gobernados frente a los gobernantes.

2. LA “RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-ADMINISTRADOR” EN EL DERECHO INDIANO

La referencia a la responsabilidad patrimonial del Estado-Administrador durante la vigencia del Derecho Indiano, podría reputarse, a primera vista, un error conceptual, ya que, parecería que en ese periodo no hubo Administración ni reconocimiento de los derechos de las personas, supuestos, ambos, básicos para sostener la existencia de un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración propiamente dicha.

Pues bien, a mi juicio, no hay error alguno, pues tales presupuestos sí se verifican en el periodo señalado, aunque, claro está, con sustantivas diferencias, a lo que hoy conocemos como tales, en tanto resultado de su evolución en los últimos doscientos años, y por ello, para poner acento en tales diferencias, que no afectan su resultado, emplearé, en este acápite, la expresión –entre comillas– “Responsabilidad del Estado-Administrador”.

En primer lugar, en cuanto a si en este periodo existía o no Administración, cabe señalar que si bien es cierto que no es posible hablar de Administración en los términos que se ha configurado a partir del siglo xix y en relación a la cual se ha ido conformando un cuerpo orgánico de principios y normas de Derecho, ello no permite desconocer que la organización administrativa, antes de ser una realidad jurídica en los términos señalados, es una realidad histórica innegable³, la que en el caso concreto del periodo indicado, se concretó en Chile⁴, primeramente, a través de oficios y luego, oficinas, estatuidas estas últimas, a mediados del Siglo xviii, a través de las denominadas Reformas Borbónicas.

Control Jurídico de la Administración + Responsabilidad del Estado = Estado de Derecho. (l) Es posible encontrar un mayor número de elementos que, idealmente, podrían ser señalados como integrantes del concepto de Estado de Derecho. De todos los elementos que racionalmente pueden ser incluidos dentro del referido concepto, hemos seleccionado solamente aquellos que estimamos imprescindibles, al punto tal que la ausencia de cualquiera de ellos, destruiría la ecuación y, consecuentemente, el Estado de Derecho.” CALDERA DELGADO, Hugo, “Teoría del Órgano, Estado de Derecho y Responsabilidad del Estado”, en: *Revista de Derecho Público*, N^{os} 25 y 26, pp. 164-165.

² Es Eduardo Soto Kloss quien reconoce que este es el primer fallo de la época república en relación a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Soto KLOSS, Eduardo, “Falta de Servicio ¿Régimen General de Responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de Magia?)”, en: *La responsabilidad del Estado-Administración*. Santiago: Andros Impresores, 2007, p. 121.

³ En este sentido véase: GIANINNI, Massimo Severo, *Premisas Sociológicas e Históricas del Derecho Administrativo*. –1ª edición–. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980.

⁴ BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamérica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

Pasando al segundo punto, esto es, si en el periodo señalado hubo o no reconocimiento de los derechos de las personas, me inclino a pensar que no. Pero no se me mal entienda. Sostengo aquello, pues, a diferencia de la tradición anglosajona, que protegía derechos subjetivos fundamentales, o la ilustrada, que protegía derechos humanos, en el Derecho Indiano se protegían bienes jurídicos concretos (en especial la vida, honor y hacienda⁵) y, por ello, a diferencia de lo acontecerá con el Constitucionalismo del siglo XIX y de buena parte del XX, consultó mecanismos efectivos de protección en contra de los abusos de los gobernantes, a través de acciones jurisdiccionales ante las Audiencias Indianas⁶.

Atendido lo anterior, no resulta extraño que la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, reconociera expresamente, en el Libro II, Título II, ley XIX, el derecho de quien ha sufrido daños a consecuencia de abusos de los gobernantes, a ser indemnizado, tal como puede leerse a continuación⁷:

“Ley xix. Que el Confejo remedie los daños que fe huvieren caufado à terceros, por ordenes, que fe hayan dado.

ORDENAMOS A los de nuestro Confejo de Indias, que fi en las materias que le tocan por hecho propio nuestro, ó por ordenes, que hayamos daños fe huvieren caufado algunos daños, o agravios de terceros, los remedien y hagan, que fe les dé fatisfacion, (...)”⁸.

Por su parte, y en igual sentido, el libro más importante de Derecho Público del periodo, *Apparatus Juris Publici Hispanici Opues Politico-Juridicum*⁹, de Pedro José Pérez Valiente, de 1751, reconoció claramente el derecho de quien ha sufrido un sacrificio especial, con la finalidad de satisfacer un interés de carácter general, a ser indemnizado por la comunidad toda o, en su defecto, por su representante –se trata en efecto, de una hipótesis de responsabilidad por actuación lícita, esto es, en aquellos casos en los que no obstante no haber una actuación irregular ni ilícita de la Administración, aquella tiene cabida –excepcionalmente– por la ilicitud del resultado–. En efecto, sobre el particular, en su Libro I, Capítulo 17^o, puede leerse lo que sigue:

“52.- Esto debe hacerse por igual y proporcionalmente entre todos: la equidad natural exige que las cargas comunes de la república sean soportadas en distribuciones comunes y la misma naturaleza de la participación mutua dicta que, si para la con-

⁵ BRAVO LIRA, Bernardino, “Honor, vida y hacienda. Estado de derecho en el mundo hispánico (siglos XVI al XXI) contrastes con la rule of law inglés y régime de la loi ilustrado”, en: *Revista de Derecho Público* N° 67, p. 23 y ss., 2005.

⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *Poder y Respeto a las Personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX*. Valparaíso: Ediciones Universitarias Valparaíso, 1989, pp. 37 y ss. BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1997, p. 123 y ss. FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica, “Apuntes sobre el Origen de las Garantías a los Derechos Humanos en la Legislación Hispano-Chilena”, en: *Estudios de la Historia de las Instituciones políticas y sociales*, 2. Santiago: 1967.

⁷ En el mismo sentido, véase: SOTO KLOSS, Eduardo, *Responsabilidad del Estado, Globalización, Regulaciones y Seguridad Jurídica*, en: *Revista Chilena de Derecho*, N° 2, pp. 305-306, 2004.

⁸ *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Tomo I, p. 137. Madrid: 1681. Reimpreso en 1973 por Ediciones Cultura Hispánica.

⁹ PÉREZ VALIENTE, Pedro José, *Apparatus Juris Publici Hispanici Opues Politico-Juridicum, Josepho de Orgha*. Madrid: 1751. Él mismo ahora traducido del latín: PÉREZ VALIENTE, Pedro José, *Derecho Público Hispánico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (Traducido del latín por María de los Ángeles Durán Ramos), 2000.

servación de una cosa común tiene que dar algo quienes participan de ella cada uno debe contribuir al menos en la parte acordada, sin cargar uno sobre los demás, pues lo mismo que la utilidad y provecho es de todos, así también es muy bajo buscar y disponer de la actuación y trabajo de todos los ciudadano y no sólo de alguno; (...). A favor de ello urge la misma razón de equidad que la que hizo proferir de golpe a Paulo en pro de la ley Rodia (...): 'Repárese con la contribución de todos lo que a favor de todos se ha concedido'.

53.- Pero, por haber ocasiones en que la necesidad urgente no permite recaudar las contribuciones fijadas a cada uno o porque requiere recaudar las contribuciones de fijadas a cada uno o porque requiere una cosa determinada de uno o de pocos ciudadanos para el provecho de la república, en tal caso corresponde al príncipe supremo aplicarlo a las necesidades públicas, de forma que lo excedente a la participación fijada a sus dueños ha de resarcírseles, no por parte del príncipe, que ha hecho uso de su derecho, sino por la de los demás ciudadanos o a expensas públicas. En efecto, el príncipe puede disponer para provecho público de las cosas de los particulares en virtud de dominio eminente o del poder al modo que el padre de familia dispone ello en provecho de su familia. Pero la equidad y la razón aconsejan que todos los que recibieron el provecho indemnicen el daño no pagado y sufrido por uno en beneficio de todos (...)

54.- Por eso y no sólo por más justo y humano, sino por más veraz y conveniente a la razón del derecho, declaran los escritores clásicos que el príncipe no puede quitar lo suyo al particular como no sea por necesidad pública o provecho evidente, indemnizándoles con justo precio. Si no se da uno de estos extremos, no le es lícito ni puede plantearse aquello, de lo que tenemos un indudable (...): '*E si por aventura ge lo óbviese a tomar por razón que el emperador óbviese menester de facer alguna cosa en ello, que tornasse a pro comunal de la tierra, tenuto es por derecho de le dar antes buen cambio, que vala tanto o más, de guisa que el finque pagado a bien vista de homes justos*', junto con la ley 31 tit. 13 de la III Partida..."¹⁰.

Cuestión que luego, reiterará en su Libro II, Capítulo 19º, al advertir:

"7.- Este es en suma el sentir de los políticos al decir que los príncipes supremos dominan sobre los bienes de los particulares por la salud pública y que en derecho propio tienen todo, como explica Pelzhoffer (Arcanor. Stat. Lib. 2, cap. 3, num 5), 8.- quien entendió a sí las palabras, por otra parte poco claras, de Daniel a Nabucodonosor: "*Todos los lugares en que habitan los hijos de los hombres y las bestias del campo y las aves del cielo las puso en tu mano y todo lo dispuso bajo tu jurisdicción*" (cap. 2, vers. 38). 9.- Eso ocurre en cada república por una especie de acuerdo general originario, del que procede necesariamente, una vez instituida la sociedad civil, un derecho mayor para la ciudad y su gobernante, confirmado por su voluntad general sobre nosotros y nuestros bienes, si conviene hacer uso de él para asegurar la tranquilidad y salud públicas, como expuse ampliamente en dicho libro primero, cap. Decimoséptimo, desde el número 30.

10.- En el mismo lugar he referido principalmente tal derecho, indudablemente inherente a la majestad, a tres capítulos: el de lograr el mantenimiento de la república y el príncipe, el del derecho de hacer estatutos y leyes que moderen el uso de los bienes para que los súbditos no puedan utilizarlos en daño privado o público y

¹⁰ *Ibid*, pp. 216-217.

el de la potestad de recibir ciertos bienes en particular cuando la situación exige los bienes de uno o de muchos, no de todos. 11.- Aparte de estos u otros de este tipo, el gobernante no puede disponer de los bienes de los súbditos, como aparte de lo dicho en el citado capítulo, tenemos claramente establecido (in leg. 2, tit. 1. partit. 2): “*Non puede él tomar a ninguno los suyo sin su placer ... con todo esso non fue su entendimiento de, lo facer señor de las cosas de cada uno, de manera que las pudiesse tomar a su voluntad*”¹¹.

En cuanto a la jurisprudencia de este periodo sobre “Responsabilidad del Estado-Administrador”, valiosísima es en cuanto a sus conclusiones una investigación efectuada recientemente por Jaime Arancibia Mattar¹², ya que, como a continuación se observará, se hallan en perfecta armonía con lo apuntado anteriormente. En efecto, dicho autor, luego de analizar once sentencias de la Real Audiencia de Santiago, las únicas que sobre el particular subsisten, concluye que, en un principio, mientras regía el sistema de los oficios, responsable era el oficial por los daños causados con sus actos a terceros¹³, mas, luego, cuando se implementó el sistema de las oficinas, desde mediados del siglo XVIII, mediante las denominadas Reformas Borbónicas, la imputación del daño pasaba por alto al funcionario que materialmente ocasionaba el perjuicio, para radicarse directamente en la organización de orden administrativo a la cual aquél adscribía, v.gr., el Real Fisco, la ciudad, etcétera¹⁴. Agrega, además, que la responsabilidad, ya fuera del agente o de la “organización administrativa”, tuvo caracteres objetivos en tanto bastaba la sola ocurrencia de un daño injusto para comprometerla, sin necesidad de que la víctima debiera, para ello, acreditar la ocurrencia de un reproche en el actuar lesivo (v.gr., culpa, falta de servicio, etcétera). Así las cosas, en aquél entonces, esa responsabilidad de la organización administrativa podía comprometerse incluso respecto de daños ocasionados por actuaciones perfectamente lícitas, o, si se quiere, no susceptibles de reproche jurídico alguno.

En efecto, la existencia de “responsabilidad del Estado-Administrador” durante la vigencia del Derecho Indiano, en cuanto afectó directamente a la “organización administrativa”, se aprecia, con absoluta nitidez, en los fallos *Penilla, Alonso con Real Fisco (1797)* y *Corvalan, María Dolores con Ciudad de Santiago (1798)*, siendo este último particularmente interesante. Los hechos, en síntesis, son los que siguen: la construcción del Puente de Cal y Canto, la obra pública más importante de la época, provocó la inundación de buena parte del predio de la Sra. María Dolores Corvalán, quien vivía al norte de la Plaza de Armas de Santiago, cerca del basural de Santo Domingo, en la rivera del Río Mapocho. La afectada demandó a la Ciudad de Santiago argumentando la ocurrencia de daño patrimonial, sin efectuar referencia alguna a un reproche de orden subjetivo como, v.gr., la culpa, ya que, tal como se ha observado, no

¹¹ *Ibid*, p. 415.

¹² ARANCIBIA MATTAR, Jaime, “Responsabilidad de los Gobernantes por Daños y Perjuicios Causados a los Gobernados en Chile Indiano. Once Casos de Jurisprudencia (1552-1798)”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 18, p. 53 y ss. Luego en: ARANCIBIA MATTAR, Jaime, “La Responsabilidad Gubernativa en el Chile indiano. Los orígenes de nuestra tradición en la materia”, en: *Responsabilidad del Estado-Administración* (Conferencias Santo Tomás de Aquino). Santiago: Andros, 2006, p. 21 y ss.

¹³ BRAVO LIRA, Bernardino, “Oficio y Oficinas, dos etapas en la historia del Estado Indiano”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 8, p. 73 y ss.

¹⁴ La importante diferencia entre oficio y oficina que ha establecido Bernardino Bravo, ha sido recogida por la justicia constitucional chilena. Es así como en el voto en contra de los Ministros señores Bertelsen Repetto, Venegas Palacios y Navarro Beltrán, en la causa rol N° 747, razonan de la siguiente manera: “29. Que todo lo señalado permite concluir que resulta aplicable el principio de tipicidad en materia disciplinaria jurisdiccional, sin perjuicio de las particularidades de la judicatura que se estructura -como se sabe- sobre la base de oficios y no de oficinas, como la administración. (...)”.

era necesario. En efecto, el libelo, en lo medular, sostenía: “Son perjuicios notorios que la ciudad me ha inferido y que ella misma es la obligada a resarcirlos”. La sentencia de la Real Audiencia de Santiago en lo pertinente sostuvo lo que sigue:

“Los actos que ha seguido doña Dolores Corvalan con el Procurador General de la ciudad, sobre que se le resarzan, los perjuicios que se irrogaron al citio y casa que tiene al frente del basural de Santo Domingo, con motivo de la construcción del Puente nuevo, que corrió a cargo del corregidor don Luis de Zañartu, con los documentos últimamente manifestados (...) Que la ciudad debe pagar de sus fondos públicos a la referida doña Dolores el total valor del citio, y casa sobre que rueda esta instancia, qual se declara ser, el de quinientos pesos en que doña Dolores y su madre doña Rosa los compraron a doña Maria del Transito Pizarro sus hijas y hermanas por escritura otorgada en veinte y uno de octubre de setenta y seis y no el de la tasación que hizo el alarife don Antonio Losada en seis de septiembre de setenta y seis por la razón que indica la misma escritura: quedando el expresado citio y casa a favor de la ciudad, para que disponga del como mas le convenga, y se aproveche de sus ventas y productos. Que igualmente se deve pagar los arrendamientos de la media agua de seis varas que le deciso el corregidor Zañartu para situar la rampla del Puente, regulados aquellos por el cinco por ciento annual sobre el general de 20 pesos en que se aprecia el alarife don Antonio Losada, en tal expresada tasación y justificándose previamente el mes y año en que fue destruida, y desde el cual se entendera deverse el pago; y finalmente que también se le debe abonar el valor del resumidero que hizo para recoger las aguas y evitar la inundación en los edificios...”

Por tanto, puedo concluir que, desde mediados del siglo XVIII, el Derecho Indiano reconoció, doctrinal y jurisprudencialmente, un régimen de “responsabilidad del Estado-Administrador” particularmente garantista, toda vez que era directo, en cuanto a que los daños se imputaban directamente a la entidad administrativa a la que adscribía el agente que materialmente lo había ocasionado, y objetivo, en cuanto a que se prescindía, para determinar su procedencia, de la ocurrencia de un reproche subjetivo en el actuar –ya sea del agente o de la organización–, tal como la culpa o la culpa del servicio.

3.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-ADMINISTRADOR EN EL DERECHO REPUBLICANO (PRIMER PERIODO: 1810-1980)

Bajo la filosofía jurídica que se impuso con el advenimiento del Derecho Republicano, que introdujo la concepción de derechos subjetivos –en reemplazo de bienes jurídicos–, que obvió el establecimiento de mecanismos jurisprudenciales tendentes a la protección de los derechos sacrosantamente reconocidos por las Constituciones, y que consultó el monopolio estatal de las fuentes del Derecho radicado en la ley¹⁵, no hubo norma alguna de este rango que consagrara expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado-Administración por los daños ocasionados por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones y, en esa medida,

¹⁵ ROMÁN CORDERO, Cristian, “La agonía de la ley y la privatización de las fuentes del Derecho”, en: *La Semana Jurídica*, N° 311, p. 3. ROMÁN CORDERO, Cristian, “El Derecho Para-Estatal”, en: *Revista de Debates Jurídicos y Sociales*, N° 2. GROSSI, PAOLO, *La primera Lección de Derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en: CARBONNELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 20.

habría que concluir que, implícitamente, nuestro ordenamiento jurídico reconoció su más completa irresponsabilidad. Parece apoyar esta conclusión el artículo 45 del Código Civil en cuanto dispuso como ejemplo de caso fortuito, y cuya ocurrencia exime de responsabilidad, al acto de autoridad¹⁶.

En este contexto, no resulta extraño el planteamiento que Santiago Prado realizara, en 1859, en su libro *Principios Elementales de Derecho Administrativo*, primero en Chile y Latinoamérica sobre la especialidad¹⁷, al señalar que uno de los principios de organización administrativa es la responsabilidad, la que entiende, según explica, referida exclusivamente al funcionario y en caso alguno a la Administración como tal. En este sentido, en dicho libro puede leerse lo que sigue:

“5ª La administración debe ser responsable.

Todos los actos administrativos deben estar sujetos a responsabilidad, porque toda administración es un poder subordinado al poder constitucional cuya voluntad ejecuta. La lei constitucional señala límites a la autoridad administrativa como a todos los poderes del estado; pero estos límites serían ilusorios i las transgresiones frecuentes, sino tuviera la administración un freno en la responsabilidad de sus agentes. Tanto más severa habrá de ser la responsabilidad cuando más independiente la acción administrativa, a fin de que ni el gobierno ni sus mandatarios abusen de las facultades coercitivas que la lei les confiere como complemento de su autoridad”¹⁸.

En el mismo sentido, Domingo Amunátegui Rivera, en su libro *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo aplicado a la Lejislación de Chile*, de 1907, sostuvo que si bien la Administración es responsable, tal responsabilidad se hace efectiva sólo en relación a sus agentes:

“d) Responsabilidad.- La Administración es, dada su naturaleza activa, esencialmente responsable. Encargada de ejecutar las leyes, llegaría a ser completamente arbitraria si no tuviera la obligación de aceptar consecuencias de aquella actividad, siempre que en su desarrollo lesione los derechos, i aun los intereses de la asociación que dirige o de los miembros que la componen.

La responsabilidad afecta a los agentes administrativos i en ellos se hace efectiva”¹⁹.

Valentín Letelier, primer profesor de la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, al tratar este tópico, tuvo en consideración la importancia de esta temática. En

¹⁶ RUIZ ROSAS, Andrea Paola, *Estudio Doctrinario de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en General y de la Administración en Particular*. Santiago: Instituto Chileno de Derecho Administrativo, 2002, p. 13.

¹⁷ En este sentido se ha señalado que “La primera expresión del derecho administrativo en América Latina corresponde a Chile. En 1859 se publicó en Santiago el libro: “Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional”. Esta obra se atribuye a don Santiago Prado”, VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo 1. Santiago: Tipográfica Editora Argentina, 1949, p. 49. En el mismo sentido, recientemente: GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El primer libro de Derecho Administrativo editado en Chile: “Los Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno”, de Santiago Prado”, en: MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (coord.), *La Primacía de la Persona*. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss. Santiago: Editorial Legal Publishing, 2009.

¹⁸ PRADO, Santiago, *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*. Santiago: Imprenta Nacional, 1859, p. 20 y 21.

¹⁹ AMUNÁTEGUI RIVERA, J. Domingo, *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo aplicado a la Lejislación de Chile*. Santiago: Imprenta Barcelona, 1907, p. 160.

efecto, como en su concepto, la propiedad es “como una doncella que tiritita al menor atentado”²⁰, concibió que las reclamaciones por concepto de responsabilidad del Estado-Administrador podrían ser de tal cantidad que podían, incluso, poner en riesgo al erario público. En este sentido, en el dictamen de 15 de mayo de 1895 señaló:

“Si siempre que un empleado insolvente delinque, se pudiera repetir contra el Fisco, se formularía tal número de reclamaciones que todas las entradas públicas no bastarían para cubrir las indemnizaciones. Un notario de un certificado falso que ocasiona grandes perjuicios ¡se repite contra el Fisco! Un policial mata a un ladrón prófugo ¡se repite contra el Fisco! Un subdelegado hace flagelar a un encubridor de criminales ¡se repite contra el Fisco! Un gobernador arrebató a un propietario el agua de su propiedad ¡se repite contra el Fisco! Un Ministro de Estado manda encarcelar a sus adversarios políticos ¡se repite contra el Fisco! Un piquete militar saquea la ciudad que está encargada de resguardar ¡se repite contra el Fisco! Basta saber que en la República funcionan más de treinta mil empleados, muchos de los cuales no son modelos de probidad y virtud; y si constituimos al Fisco pecuniariamente responsable de los actos de todos ellos, no habría impuestos que por gravoso basten a saciar la avidez de reclamantes”²¹.

A pesar de tales aprensiones, Valentín Letelier, en sus *Dictámenes*, reconocerá que el Estado está sujeto al principio de la responsabilidad, mas aclarará que ello, en caso alguno, debe importar una suerte de responsabilidad general de aquél por las actuaciones de sus agentes. En este sentido, en el mismo dictamen, precisará los casos en que tal responsabilidad, a su juicio, resulta procedente y, en efecto, planteó:

“Pero el que haya casos de esta naturaleza no indica que, por regla general, el Estado deba responder de lo que hacen o dejan de hacer sus funcionarios. Los casos en que el empleado público compromete al Fisco son muy calificados y en dictamen del infrascripto, puede reducirse a las cuatro clases que siguen:

1ª Cuando el cargo constituye al empleador en representante del Fisco para servicios determinados, por ejemplo el que entrega una encomienda a ciertos empleados postales la entrega al Fisco; el que entrega una carga a ciertos empleados ferroviarios la entrega al Fisco; siendo así, el Fisco queda obligado a entregar allá lo que recibió aquí, y el hurto que algún empleado cometa, lo que comete en perjuicio del Estado, no del dueño.

2ª Cuando el empleado causa algún daño en cumplimiento de la ley; por ejemplo, si un gobernador quita a un hacendado una parcela de terreno en obediencia a una ley de expropiación, él no se obliga a sí mismo por aquella detentación, sino que obliga al Fisco a pagar el valor de la parte expropiada.

3ª Cuando el empleador, premunido de autorización legal contrata a nombre del Fisco; por ejemplo, el arriendo de una isla, la apertura de un camino, la construcción de un edificio, el transporte de la correspondencia, etc. y en general, siempre que obra, no como soberano, sino como contratante, como comerciante, como industrial, queda sujeto a las responsabilidades del derecho común.

²⁰ LETELIER MADARIAGA, Valentín, *La Tiranía y la Revolución*. Santiago: Imprenta Cervantes, 1891, p. 7.

²¹ LETELIER MADARIAGA, Valentín, “Dictamen de 13 de mayo de 1895”, en: LARRAÍN DUEÑAS, Eduardo; DÍAZ LEÓN, Alberto, *Dictámenes de don Valentín Letelier*. Santiago: Editorial La Ilustración, 1923, pp. 102 y 103.

4ª Cuando el Fisco aprovecha del delito cometido por el empleado; por ejemplo, si en una guerra un militar ejecuta sin autorización exacciones violentas y deposita su valor en las cajas fiscales; si un intendente sin que ley alguna de expropiación le faculte, despoja de su terreno a un propietario para ensanchar el camino público; si un ingeniero del Estado substrahe las maderas de particulares depositadas en una estación, para construir un edificio fiscal, etc., etc., en todos estos casos el Fisco debe indemnizar los perjuicios en tanto cuanto los delitos le han hecho más rico”²².

Ahora bien, Valentín Letelier, en las *Apuntaciones de Derecho Administrativo*, respecto de la teoría francesa que distinguía entre actos de gestión y autoridad, que reconocía responsabilidad para el Estado sólo respecto de los primeros, mas no respecto de los segundos, y que desde 1938 acogió la jurisprudencia chilena, sostuvo lo que sigue:

“A este respecto, los franceses han adoptado una teoría mas o ménos buena.

Ellos distinguen los actos de gestión o administración i los actos de autoridad.

En el primer caso, el empleado es mandatario del Estado i lo compromete o no según las reglas jenerales.

En el segundo caso, el Estado no es responsable porque el empleado está desempeñando actos que están dentro de la esfera de sus atribuciones.

En lo que se refiere a los actos de autoridad, la doctrina es falsa.

Hai muchos actos de autoridad de los empleados que comprometen al Estado, como por ejemplo, si un Intendente expropiara un terreno, quedaría el Estado obligado a pagarlo.

Las conclusiones de esta discusión son todavía muy vagas; no están completamente precisadas”²³.

En relación a las municipalidades, Joaquín Rodríguez Bravo, en 1888, en su libro *Estudios Constitucionales*, distingue, por una parte, la responsabilidad de sus agentes, y por otra, la de dichas corporaciones:

“Queda únicamente por averiguar los términos de la responsabilidad civil y qué tribunales deban en ella conocer.

Dividida, según nuestra doctrina, la administración de los municipios en tantos representantes suyos cuantos sean sus órdenes ó ramos de servicios, la responsabilidad debe alcanzar á cada uno en especial, ya para que no sean negligentes en el cumplimiento de sus deberes, ya para que indemnicen al vecindario ó al mismo Municipio de los males pecuniarios que les hayan irrogado por omisión ó mala inteligencia de sus facultades.

Con este arbitrio, los representantes de la Comuna sentiríanse en todas ocasiones aguijoneados por los impulsos del deber ó mala inteligencia de sus facultades.

De esta responsabilidad particular para cada representante del Municipio por sus propios actos, avanzaríamos á otra general, la del Consejo de la Comuna, también por las resoluciones ó acuerdos que adoptare con evidente daño de los intereses de uno ó más vecinos, salvo que con ello se consulte el bienestar local y la ley haya previsto el caso”²⁴.

²² *Ibid*, p. 106.

²³ LETELIER MADARIAGA, Valentín, *Apuntaciones de Derecho Administrativo (clases de don Valentín Letelier) 1904*. Apuntes de los alumnos E. Barbosa y H. Arancibia. Santiago: Imprenta i Encuadenación Chile, 1907, pp. 296 y 297.

²⁴ RODRÍGUEZ BRAVO, Joaquín, *Estudios Constitucionales*. Santiago: Imprenta Victoria, 1888, p. 330.

Tal distinción, en relación a la responsabilidad de las municipalidades, fue recogida por la Ley de 1891, conforme enseñara Augusto Correa Bravo, en su libro *Comentario y Concordancias de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades de 22 de diciembre de 1891*²⁵. Es así como dicho autor señaló que en ciertas hipótesis podía dirigirse la acción indemnizatoria en contra de quienes acordaron la resolución ilegal (agentes municipales)²⁶, en tanto que en el caso de “responsabilidad resultante de omisiones graves en el cumplimiento de los deberes que imponen las leyes”, igualmente en contra de las municipalidades. En efecto, observó:

“Alguna vez se ha declarado, sin embargo, que el derecho que los artículos 94 y 95 reconocen debe entenderse que es sin perjuicio de la acción civil que pueda ejercitarse por los agraviados en contra de la Municipalidad misma.

Así, por ejemplo, una Municipalidad ordenó la destrucción de ciertas obras destinadas a mantener expedito un acueducto de propiedad particular; el dueño de las aguas se querelló de amparo en contra del Municipio, y los tribunales acogieron su querrela en la forma ordinaria, incluso la condenación en costas de la corporación querrellada (Sent. Núm, 461, Gaceta de 1899).

A propósito de esta responsabilidad de la persona ficticia o jurídica que se denomina Municipio o Comuna, rige en las legislaciones modernas el principio uniformemente aceptado de que ella debe hacerse efectiva de igual manera que si se tratara de cualquiera otra persona o fundación de derecho privado.

La institución de derecho público, el carácter de autoridad encargada de la administración de los servicios locales desaparecen cada vez que se trata de hacer efectiva la responsabilidad de los actos ejecutados en desempeño de sus funciones por los agentes y funcionarios municipales, y la que proviene de negligencia o abandono de deberes de los mismos”²⁷.

Ahora bien, en relación a la responsabilidad de Ferrocarriles del Estado por los daños que ocasionada a particulares, Ambrosio Montt, en el dictamen de 15 de diciembre de 1893²⁸,

²⁵ CORREA BRAVO, Agustín, *Comentario y Concordancias de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades de 22 de diciembre de 1891*. Santiago: Librería Tornero, 1914.

²⁶ En efecto, sobre el particular, afirmó: “El principio que este artículo sanciona para hacer efectiva la responsabilidad personas y pecuniaria de los municipales que acordaren resoluciones contrarias a la ley, por parte de las personas agraviadas con tales resoluciones, se hallaba igualmente sancionado por el artículo 82 de la ley de 1887 que hacía extensiva la responsabilidad de que se trata a los intendentes, gobernadores o subdelegados; funcionarios que tenían en la administración de los servicios municipales atribuciones de que la ley en vigencia les ha privado.”, en: *Ibid*, pp. 506 y 507.

“Conviene tener en cuenta que la acción sobre pago o indemnización de perjuicios que este artículo concede a los agraviados con las resoluciones municipales, no debe dirigirse en contra de la Municipalidad que tomó el acuerdo, sino personalmente en contra de los miembros de la misma que lo adoptaron.

Esta doctrina, que a nuestro juicio es perfectamente clara, ha sido sancionada por la Corte de Valparaíso en sentencia fundada en las siguientes consideraciones: (...)

Que el legislador dispuso que toda persona agraviada por una resolución ilegal de la Municipalidad dirigiese su acción para ser indemnizada, no contra aquella entidad jurídica, sino contra los que acordaron la resolución ilegal, y concedió igualmente acción civil de daño contra el alcalde por sus actos o decretos ilegales, según el artículo 94 de la Ley de Municipalidades Gaceta de 1902, sentencia N° 2118”. *Ibid*, pp. 507-508

²⁷ *Ibid.*, pp. 508-509.

²⁸ MONTT, Ambrosio, *Dictámenes del Fiscal de la Corte Suprema de Justicia de Chile*. Santiago: Imprenta Nacional, 1895.

analiza el régimen que debe afectar a una empresa del Estado, concluyendo que ésta no debe estar dotada con ningún privilegio y en esa medida se rige íntegramente por el principio de responsabilidad. En efecto, en lo medular señaló:

“Comprende la consulta dos puntos mui distintos i que han de ser considerados separadamente, a saber: primero, el de la competencia del consejo directivo i del propio gobierno para entender en las reclamaciones provenientes de muertes o de heridas mortales causadas en el tráfico de los ferrocarriles del Estado; i segundo, el de la responsabilidad que en derecho afecte al Estado como empresario de transporte i de acarreo, por las pérdidas de vidas que traiga un siniestro, i según las circunstancias del accidente puede ser amplia, débil o nula, o recaer sobre el solo erario público, o pesar sobre los empleados que por su culpa orijinaron el daño.

De estos puntos es sin duda el segundo el más oscuro i de mas difícil investigación”²⁹.

“La empresa del ferrocarril del Estado se encuentra en estas condiciones de derecho común, i ha de contestar las demandas i seguir los pleitos de resarcimiento en la propia forma de un particular o de una compañía cualquiera. La lei de 1884 repetidas veces declara que no goza de privilegio o esencion alguna, confirmando el principio, que fuera de conveniencia evidente si no lo estableciera su manifiesta moralidad, de que el Estado especulador, industrial, comerciante, manufacturero, etc. Es igual a los ciudadanos que explotan las granjerías análogas i aceptan en su plenitud deberes que, llevando el semblante de gravosos, en realidad son las mejores garantías de crédito i de acierto. Todo privilegio, si ofende de pronto solo al que lo padece, no tarda con esterilizar los esfuerzos i agotar los beneficios de quien lo impone i lo lucra”³⁰.

Por su parte, Pérez de Arce, en su *Tratado sobre la Administración Pública aplicado al Curso de Ingenieros de la Universidad de Chile*, de 1896, sobre la responsabilidad de Ferrocarriles del Estado llegará a idéntica conclusión:

“La base de la responsabilidad de los empresario de los ferrocarriles está en el artículo 38 de la lei, que dice: La empresa es responsable, como toda empresa destinada a prestar el servicio de transporte, de los daños i perjuicios procedentes de los actos u omisiones relativos al servicio, causados por los administradores i demás empleados en la explotación del camino. Esta responsabilidad pesará sobre el Estado, si la explotación se hiciere por él, o de su cuenta, sin que esto obste a la responsabilidad personal de los administradores o empleados (Art. 38)”³¹.

A la par de estas posiciones doctrinarias, la jurisprudencia, en el periodo que va desde 1858 hasta 1938, se caracterizó por aplicar, en la resolución de casos de responsabilidad del Estado-Administración, reglas y principios propios de Derecho Público³², v.gr., desigual repartición de las cargas públicas, falta personal, falta de servicio, equidad, etcétera.

La jurisprudencia que vuelve a comprometer la responsabilidad de la Administración, principia, en el Derecho Republicano, con el fallo *Bernardino Bravo con Fisco* (1858)³³, al que

²⁹ *Ibid.*, p. 522

³⁰ *Ibid.*, pp. 531-532.

³¹ PÉREZ DE ARCE, H., *Tratado de Administración Pública aplicado al Curso de Ingenieros de la Universidad de Chile*. Santiago: Imprenta de la Gaceta, 1896, p. 163.

³² CALDERA DELGADO, Hugo, “Teoría del órgano, Estado de Derecho y Responsabilidad del Estado”, en: *Revista de Derecho Público* N° 25-26, p. 169. PIERRY ARRAU, Pedro, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado”, en: *Anuario de Derecho Administrativo*, Vol. I, p. 484, 1975-1976.

³³ *Gaceta de los Tribunales*, 1858, 973, 2.

aludimos en el título de este trabajo. Trata sobre la tasación de una expropiación de terrenos para la construcción de un camino, y los daños sufridos por su dueño a consecuencia de la extracción no autorizada de piedras para tales faenas. Sobre este último punto el fallo resuelve:

“6° Que no obstante lo dicho, ha probado el demandante que de sus terrenos se sustrajo alguna cantidad de piedra que no aparece considerada en dicha tasación: en conformidad de la lei citada i de lo prevenido en la 1ª tit. 14 i 17 tit. 34, part. 7ª, se declara: sin lugar a la nueva tasación pedida por don Bernardino Bravo; i que respetándose la reclamada solo debe abonarse al mismo el valor de la piedra mencionada, cuya cantidad i precio se determinará por peritos que nombrarán las partes i los cuales procederán con audiencia de ellas i en vista de lo que de autos resulta a ese respecto. Consúltese a la Excelentísima Corte Suprema. –Andonaegui-. Ante mí, Navarrete”.

Ábalos, Benjamín, con Fisco (1889)³⁴, cuyos hechos que la motivan son los siguientes: El intendente de Aconcagua, con la finalidad de impedir la propagación de una epidemia de cólera, ordena a un destacamento militar destruir el sandial del Sr. Abalos, quien presenta demanda indemnizatoria en contra del Fisco de Chile por los daños sufridos, resolvió que al ser una medida adoptada por la autoridad en beneficio de todos, el Fisco, representante de la colectividad beneficiada, debía indemnizar a quien lo había sufrido en su totalidad. En efecto, en lo medular sostuvo:

“3° Que si la destrucción de los sandiales cuyo pago reclaman los demandantes, fue la medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República, el Fisco, como representante se encontraba acreditado que el Intendente actuó a solicitud de la junta de salubridad y con la opinión de toda la comunidad, es él directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficios de todos”.

Morán con Fisco (1906)³⁵. Durante la Revolución de 1891, la vivienda de Sr. Morán fue ocupada por oficiales del Regimiento Piragua (Ejército), quienes deterioraron gravemente el mobiliario que la guarnecía. El Sr. Morán interpuso demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, la cual fue rechazada, ya que, sostuvo el fallo:

“[P]ara que el Fisco sea responsable de los perjuicios causados por la ocupación forzada de una propiedad particular, es necesario que las personas que exigieron la entrega de esa propiedad *hayan estado investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado* por los actos consecuenciales de la ocupación”; agregando que en la especie los actos fueron “*actos personales* que no comprometen la responsabilidad del Estado, aun suponiendo legalmente ordenada por la autoridad la ocupación de la propiedad, y de los cuales sólo pueden ser responsables las personas que los ejecutaron”.

Arancibia con Fisco (1899)³⁶. Análogo al caso anterior, pero la ocupación fue realizada el 30 de agosto de 1891 a una panadería ubicada en “calle de San Pablo” por “tropas constitucionales” (a favor del Congreso), en lo medular sostuvo el fallo:

“2°) Que los Gobiernos que se suceden en la administración de un Estado, sean de hecho o de derecho, forman una sola persona jurídica, responsables de los actos que ejecutan sus subalternos, entre los que se incluyen el Ejército o parte de él;

³⁴ *Gaceta de los Tribunales*, t. I, N° 5185, p. 835.

³⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. IV, Sec. 2, p. 42.

³⁶ *Memoria del Consejo de Defensa Fiscal*, año 1901, p. 264.

3º) Que aceptada de hecho por parte de la autoridad constituida la ocupación de las propiedades aludidas por la necesidad en que se encontraba el Fisco de proporcionar local para el hospedaje de las tropas que en aquella época había en la capital, este hecho obliga la responsabilidad del Fisco respecto de lo que pudiera importar la ocupación i los perjuicios ocasionados por ella”.

Sociedad Fusch y Plath con Fisco (1908)³⁷. La autoridad administrativa, con la finalidad de evitar que unos huelguistas portuarios se apropiaran de unos barriles de cerveza de propiedad de la Sociedad Fusch y Plath, adoptó la primera medida que tuvo a su alcance: los arrojó al mar. La propietaria de la mercadería demandó al Fisco de Chile, la cual fue acogida, pues:

“El deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no la faculta para adoptar el primer medio que se le presenta ni la exime de responsabilidad de recurrir entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares. En consecuencia, no probándose que el arrojar al agua la mercadería fuese el *medio necesario y único* de impedir su apropiación por los huelguistas y los excesos consiguientes, debe el Fisco indemnizar el daño causado”. Y agrega “Que no se ha establecido en forma alguna que arrojar al agua la cerveza de los demandantes fuese el medio necesario y único de impedir la apropiación por los huelguistas y los excesos a ella consiguientes; y, por el contrario, las circunstancias de haberse verificado esa operación en dos días diferentes y de no explicarse por qué la cerveza no pudo ser guardada en bodegas u otros lugares adecuados contribuye también a formar la presunción de que no a que ha debido recurrirse”.

En otras palabras, el fallo realiza un verdadero juicio de reproche a la actuación de la autoridad administrativa: si bien debe resguardar el orden público, ello no lo faculta a adoptar la primera medida que dispone, menos aún para adoptar aquella que mayor perjuicio ocasiona a un particular. Dado que el juicio de reproche lo refiere al actuar de la organización sin referencia específica al actuar de un funcionario determinado, ha establecido una especie de culpa institucional, culpa anónima, culpa difusa o falta de servicio³⁸.

Lapóstol con Fisco (1930)³⁹. El Intendente de Concepción, con el auxilio de la fuerza pública, en conocimiento del Ministerio del Interior y a requerimiento de la Inspección de Agua Potable, impidió al Sr. Lapóstol continuar la explotación de su fundo -tala de árboles, extracción de áridos, etcétera-, ya que con ello contaminaba la única fuente de agua que proveía del vital elemento a la ciudad de Penco. El Sr. Lapóstol, afectado en sus derechos por dicha prohibición, interpuso acción de indemnización de perjuicios en contra del Fisco, la cual fue acogida, ya que, sostuvo el fallo:

“[L]a Constitución Política asegura la inviolabilidad de toda propiedad, sin que nadie pueda ser privado de su dominio o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por causa de utilidad del Estado, ninguna de cuyas únicas limitaciones concurre en el caso de autos; y es un principio de derecho

³⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo v, Sec. 2, p. 55.

³⁸ En este sentido, Pierry Arrau ha planteado que “Este fallo podría servir de ejemplo para ilustrar en qué consiste una falta de servicio de acuerdo con el derecho francés, un mal funcionamiento ocasionado por personas determinadas, en este caso la autoridad local, pero que no van a ser responsables civilmente de esa actividad, la que recaerá exclusivamente en el Estado”. Tal actividad “revela sólo una autoridad sujeta a error. Su persona no interesa; es una falta de servicio, una falta del Estado” PIERRY ARRAU, *op. cit.* (n. 32), pp. 485-486.

³⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXVII, Sec. 1, p. 744.

que el que causare un daño o perjuicio está obligado a indemnizarlo”. Agregando “Que las medidas dictadas por el Intendente de Concepción dado los antecedentes que los motivaron, tuvieron por único objeto que no se perjudicara o interrumpiera el Servicio de Agua Potable de Penco, de absoluta necesidad para la debida atención de la salubridad pública”.

Pierry Arrau plantea que

“Este fallo, que aparece ajustado a la *equidad*, no podría haberse dictado aplicando el título xxxv del Libro iv del Código Civil, por cuanto no hubo en la especie culpa o dolo de ninguna persona. (...) El verdadero fundamento del fallo, que lo hace aparecer equitativo está mencionado indirectamente: se trata de un daño sufrido por el demandante en beneficio de la comunidad; o sea, el particular no debe sufrir por sí solo la carga impuesta por una actividad de común beneficio. Igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, principio en el que se basa la responsabilidad del Estado, sin falta”⁴⁰.

En 1938, la sentencia *Granja, Mario, con Fisco*⁴¹, que se pronunció sobre la demanda indemnizatoria deducida por un particular dañado a consecuencia de un disparo percutado, sin mediar provocación alguna, por un carabinero en su contra, resolvió lo que sigue:

“El carabinero es directa y personalmente responsable de los hechos delictuosos o cuasidelictuosos que ejecute durante su servicio, en conformidad a la regla contenida en el artículo 2314 del Código Civil que establece la responsabilidad directa. El Estado es persona jurídica de Derecho Público que no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes, y el título xxxv del Libro iv del Código Civil no le impone de manera expresa responsabilidad alguna por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes. A mayor abundamiento, el artículo 2320 del Código Civil hace responsables de los hechos a terceras personas que estuvieren a su cuidado; pero el carabinero no está al cuidado del Fisco ni se halla tampoco en el caso de una dependencia tan estrecha que permita estimar que aquel cuenta con los medios de evitar el daño. La responsabilidad de que habla el artículo 2320 del Código Civil no afecta al Estado, menos si se toma en cuenta que esa disposición es de Derecho Privado y no se aplica al vínculo del funcionario con el Fisco, el cual es de Derecho Público porque mira a las relaciones de los particulares con el Estado”.

Este fallo dio origen –tal como lo ponen en evidencia las sentencias de primera y segunda instancia– a una nueva tendencia jurisprudencial, la que comenzó a distinguir entre actos de autoridad y gestión. Respecto de los primeros, que eran aquellos en los que el Estado obraba en ejercicio de sus potestades de mando, no podía en caso alguno, incluso si su ejercicio era ilegal⁴², comprometer su responsabilidad, en tanto que respecto de los segundos, que eran

⁴⁰ PIERRY ARRAU, *op. cit.* (n. 32), p. 487.

⁴¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo xxxvi, Sec. 1, p. 277.

⁴² La aplicación de esta doctrina significó establecer un reducto de irresponsabilidad para la Administración respecto de los llamados actos de autoridad, cuyo ejemplo por antonomasia eran los actos administrativos. A tanto llegó esta tesis que dicha inmunidad alcanzaba igualmente a los actos administrativos ilegales *Brito y otro con Corporación de Reconstrucción y Auxilio* (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo xli, Sec. 2, p. 71). “Siendo el desistimiento de la expropiación un acto de la Corporación ejecutado dentro de sus facultades como organismos de derecho público integrante del Estado

actos en los que el Estado obraba como un particular más, esto es, sin estar revestido de tales potestades, sí podía comprometerse, lo que debía determinarse en conformidad a las normas civiles⁴³.

Rettig con Fisco (1941)⁴⁴. Un empleado de la Empresa de Agua Potable de La Unión sumergió en el río Lloyelhue algunos cilindros con cloro comprimido, contaminando sus aguas, de las que, río más abajo, bebieron algunos novillos de propiedad del Sr Rettig, los que posteriormente murieron. El Sr. Rettig demandó al Fisco de Chile por concepto de responsabilidad, la cual fue acogida, ya que el actuar del Estado fue calificado como acto de gestión.

Aqueveque con Fisco (1944)⁴⁵. Un niño murió al ser atropellado por una camioneta del Servicio de Correos. El padre interpuso acción de perjuicios en contra del Fisco, la cual fue acogida, ya que el sentenciador consideró que el acto que causó el daño, la conducción de un vehículo del Servicio de Correos, era un acto de gestión y no de autoridad. Para el sentenciador es acto de gestión todo aquél

“[E]n que el Estado administra empresas industriales, de transporte, de comunicación u otros servicio de utilidad común que ha tomado a su cargo sólo por motivo de mayor conveniencia pública, y por ello queda sujeto a las ordenaciones del Código Civil”.

Esta tendencia doctrinaria tuvo un leve cambio en 1965, pues desde ese año, con el fallo *Becker con Fisco*⁴⁶, se entendió que los actos de autoridad ilegales sí podían dar origen a responsabilidad para el Estado. El caso es el que sigue: un radiopatrullas, que transitaba contra el sentido del tránsito, atropelló al Sr. Becker. El desplazamiento de un radiopatrulla importaba un acto de autoridad, razón por la cual si atropellaba a un peatón, el Estado era irresponsable. Pero, como en la especie el radiopatrulla se dirigía contra el sentido del tránsito, infringía una norma reglamentaria, el acto de autoridad era ilícito. El sentenciador sostuvo que la irresponsabilidad del Estado subsistía sólo si el acto de autoridad era lícito. En efecto, sostuvo que son actos de autoridad, respecto de los cuales el Estado es irresponsable, todos

“[A]quellos que directamente emanan de una ley o de un reglamento, y si las personas encargadas de ejecutarlos obran dentro de las normas legales o reglamentarias, no dan lugar a indemnización de perjuicios”.

Luego expresa que

“[E]l funcionario o agente de la autoridad debe estar obligado por la ley, a actuar sin extralimitarse de los que sea proporcionado y oportuno, y su actuación, además de ser justa, debe perseguir una finalidad de interés común para toda la colectividad”.

y sin contrariar ley alguna, no puede considerarse ese acto como ilícitos. Aunque se calificara de ilícito el acto de desistimiento de la expropiación, por tratarse de un acto de autoridad, de él no sería responsable el Estado como persona jurídica de derecho público, sino los funcionarios que ejecutaron personalmente ese acto. Sólo existirá responsabilidad del Estado siempre que una ley expresa así lo declare...”.

⁴³ En este sentido tenemos las siguientes sentencias:

Esta tesis fue aplicada también en los siguientes fallos: *Castagneto con Fisco*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XLII, Sec. 1., p. 244. *Alegría con Ilustre Municipalidad de Conchalí* *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XLV, Sec. 1, p. 291. *Arcaya con Ilustre Municipalidad de Valparaíso*. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLIX, Sec. 1, p. 281.

⁴⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXXIX, Sec. 1, p. 343.

⁴⁵ *Ibid.*, t. XLII, Sec. 1, p. 392.

⁴⁶ *Ibid.*, t. LXII, Sec. 1, p. 6.

En todo caso, la distinción entre actos de autoridad y gestión, con la precisión antes señalada, persistió en nuestra jurisprudencia hasta mediados de la década de los años ochenta.

Ahora bien, en términos análogos a lo planteado por la Corte Suprema, en la sentencia *Granja con Fisco* de Chile, Arturo Alessandri Rodríguez, en su tratado sobre responsabilidad civil extracontractual, de 1943, sostuvo:

“Para que haya lugar a la responsabilidad por el hecho ajeno de que trata el art. 2320 no basta la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre dos personas. Es indispensable que este vínculo sea privado. Si la relación que liga a las partes es de derecho público, si el daño ha sido causado por un funcionario o empleado público o municipal en el ejercicio de sus funciones, el art. 2320 no tiene aplicación; tales funcionarios o empleados no se hallan al cuidado del Estado o de la Municipalidad respectiva. Lo cual no obsta naturalmente para que uno y otra sean responsables con arreglo al derecho público, si se admite, como no puede menos de admitirse, la responsabilidad de esas entidades por los daños que causan sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus respectivas funciones, es decir, dentro de la órbita de sus legítimas atribuciones”⁴⁷.

Por su parte, la doctrina administrativista de esta época, por regla general, no se refirió a la responsabilidad patrimonial del Estado, o bien, cuando lo hacía, se limitaba señalar las tendencias jurisprudenciales⁴⁸. Excepcionalmente, se pronunciaba latamente sobre este tópico. Así, por ejemplo, Guillermo Vargas Contreras, aprobando la doctrina que distinguía entre actos de autoridad y gestión, señaló lo que sigue:

“Desde luego, el Estado es irresponsable por los actos de poder público, como son, por ejemplo, entre otros, los de policía. Si en la ejecución de tales actos, se producen perjuicios que lesionen la persona o intereses de particulares, el Estado no es responsable, desde el momento que no puede haber culpa por el ejercicio legítimo de las facultades soberanas; si en la realización de esos actos de poder público se ha faltado a las disposiciones de la ley, arrojándose la autoridad facultades que aquélla no le otorgaba, será responsable el funcionario que violó la ley, pero de ningún modo el Estado. Otra cosa sucede tratándose de los actos de gestión, los que, por estar sometidos al derecho común, se rigen, en materia de responsabilidad, por las reglas que éste señala.

De lo expuesto se desprende que, para considerar el problema de la responsabilidad con relación a actos de funcionarios o empleados públicos, es previo distinguir si el hecho proviene del ejercicio de funciones de poder público o simplemente de actos de gestión. Si se trata de lo primero, no cabe aplicar al Estado las responsabilidades que el Código Civil señala a los particulares provenientes de la culpa contractual o extracontractual.

Esta doctrina ha sido confirmada por nuestra jurisprudencia, la que ha establecido que el Título xxxv del Libro iv del *Código Civil* nada dispone acerca de la respon-

⁴⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1943, pp. 314-315.

⁴⁸ JARA CRISTI, Manuel, *Derecho Administrativo, Anotaciones de Clases, Artes y Letras*. Santiago, 1943. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1962. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969. AYLWIN, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1952, p. 257 y ss.

sabilidad civil del Estado proveniente de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes en el ejercicio de una función pública, sino cuando esos funcionarios o agentes ejecutan los hechos consecuenciales de un acto de gestión. En otros términos, el funcionario que realiza actos de poder público si comete un delito o cuasidelito, no compromete la responsabilidad civil del Estado, sino su propia responsabilidad.

Como complemento de esta doctrina, es oportuno recordar que tratándose de actos de poder público, es manifiesta la desigualdad jurídica entre la autoridad que manda como soberano y el particular que obedece como súbdito, desigualdad que no se aviene con la idea de que aquélla deba responsabilidad a éste, como violadora consciente del derecho creado por esa misma autoridad⁴⁹.

Finalmente, cabe apuntar que el Legislador, a través de la ley N° 8.282⁵⁰, de 1945, reconoció, implícitamente y en términos amplios, la responsabilidad del Estado-Administrador, tal como puede leerse a continuación.

“Artículo 83.- El empleado es responsable ante el Fisco por los perjuicios que le causare a consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones, sea intencionadamente, sea por negligencia o por imprudencia.

Si el Estado resultare pecuniariamente responsable ante terceros a consecuencia de un acto ejecutado por un funcionario en contravención de sus obligaciones éste deberá satisfacer en arcas fiscales el valor correspondiente que se fije por resolución judicial.

Esta obligación subsiste aún después de que el autor haya dejado de ser empleado público”.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-ADMINISTRADOR EN EL DERECHO REPUBLICANO (SEGUNDO PERÍODO: 1980-2010)

4.1 NORMATIVA

Durante este periodo, a diferencia del inmediatamente anterior, se advierte el surgimiento creciente de normas positivas constitucionales como legales que directa o indirectamente se refieren a la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. Entre ellas tenemos, por orden cronológico, por mencionar algunas:

Artículo 62 del Decreto Ley 1289. Este precepto señalaba que la responsabilidad de las municipalidades procedía:

“[P]rincipalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos *no funcionan debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente*”.

⁴⁹ VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Nascimento, 1940, pp. 358-360.

⁵⁰ Ley N° 8.282, Aprueba el Estatuto Orgánico de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado y deroga el decreto con fuerza de ley 3740, de 22 de Agosto de 1930, publicada en el Diario Oficial el 24 de septiembre de 1945.

Artículo 38 inciso 2° de la Constitución de 1980. Este precepto dispone:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Artículo 174 inciso 4° de la Ley N° 18.290, del Tránsito. Este precepto dispone:

“La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización”.

Artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Estos preceptos, respectivamente, disponen:

“Art. 4° El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

Art. 42 “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.

“No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

Recuérdese que esta última disposición no es aplicable, en conformidad a lo previsto en el artículo 21 inciso 2° de la misma ley, a

“[L]a Contraloría General de la República General de la República, al Banco Central o a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley”.

Artículo 142 de la ley N° 18690, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Este precepto dispone:

“Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

Artículos 38 y siguientes de la ley N° 19.966. Este precepto dispone, en su considerando primero: “Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a los particulares por falta de servicio”.

4.2 DISCUSIÓN DOCTRINAL

La discusión doctrinal sobre la responsabilidad patrimonial del Estado durante este periodo se ha centrado en determinar la correcta interpretación de cada una de esas normas, así como del conjunto, en especial en determinar cuál es la dinámica que existe entre los artículos 38 inciso 2° de la Constitución y los artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Sobre este último asunto es posible distinguir al menos tres doctrinas, de las que daré somera cuenta a continuación.

A) DOCTRINA OBJETIVA

Primera Versión

Para algunos autores la responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad constitucional, por lo que correspondería exclusiva y excluyentemente a la Constitución establecerla, lo cual, en efecto, realizaría en su artículo 38 inciso 2º, al prescribir que “Cualquier persona *lesionada* por la Administración del Estado, sus organismos o municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales establecidos por la ley”, disposición que, sostienen, optaría por un sistema objetivo, tal como acontece en España⁵¹, y que, en consecuencia, se comprometería con la sola ocurrencia de una *lesión*, daño antijurídico o daño respecto del cual la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar, relacionada causalmente a una actuación, normal o anormal, de la Administración⁵². En atención a lo anterior, algunos sostienen que el artículo 42 de la *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado* (en adelante, LOCBGAE), al exigir un presupuesto adicional a aquellos consultados por la Constitución para la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración -la falta de servicio-, sería, lisa y llanamente, inconstitucional.

Segunda Versión

No puedo dejar de señalar que esta tesis, que predominó en la jurisprudencia y doctrina española, así como chilena, está en franco retroceso. En efecto, quien fuera su gran promotor en España, Eduardo García de Enterría⁵³, recientemente ha renegado de ella, en tanto que el profesor Eduardo Soto Kloss la ha actualizado en términos tales que ha admitido que la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile se halla supeditada a la ocurrencia de falta de servicio, pero precisando que sólo en la hipótesis de inactividad u omisión, la que entiende, en términos abstractos y objetivos, como la infracción de un deber de actuación. En este sentido, don Eduardo Soto Kloss manifiesta: “Falta de servicio: omisión, sí; culpa del servicio, jamás”⁵⁴.

Y en otro trabajo afirma:

“Ahora bien, queríamos llegar a este punto, de que la responsabilidad del Estado es objetiva, que ella posee un carácter objetivo (...) Y se ha asentado de una manera curiosa, ya que —adelantando conclusiones— no se ve como antinómica la idea de “falta de servicio”, entendida correctamente como “omisión”, “inactividad”, “au-

⁵¹ Véase, por todos: JORDANA FRAGA, Jesús, “La Reforma del Artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, o el Inicio de la Demolición del Sistema de Responsabilidad Objetiva de las Administraciones Públicas”, en: *Revista de Administración Pública*, Nº 149.

⁵² SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 309-310. CALDERA DELGADO, Hugo, *Sistema de Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 205-207. FIAMMA OLIVARES, Gustavo, “La Acción Constitucional de Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicio”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 Nº 2, pp. 434-435. Santiago: julio-agosto, 1989.

⁵³ En este sentido véase el prólogo que éste hiciera al libro: MIR PUIGPELAT, Oriol, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Madrid: Editorial Civitas, 2002.

⁵⁴ SOTO KLOSS, Eduardo, “Falta de Servicio ¿Régimen General de la Responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de Magia?)”, en: *La Responsabilidad del Estado-Administración* (Conferencias Santo Tomás de Aquino), Universidad Santo Tomás, p. 131.

sencia de actuación”, con el carácter objetivo de esta responsabilidad, objetividad que emana de la propia naturaleza de los órganos de la Administración del Estado, en este caso, sus Servicio de Salud, los cuales son personas jurídicas estatales y, por tanto, carentes de subjetividad y, en consecuencias, no pasibles de imputarles ni dolo ni culpa, o sea, culpabilidad, ni “falta”/ “culpa del servicio, responsabilidad que gira sobre la base de la “causalidad material”⁵⁵.

B) DOCTRINA SUBJETIVA

A su vez, otros autores sostienen que el artículo 38 inciso 2° de la Constitución tan solo otorga competencia a los tribunales ordinarios para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, y por tanto, que no optaría por un sistema de responsabilidad (y menos aun, por uno de corte objetivo). Aquél, sostienen, debe ser establecido por la ley, según se desprende de los incisos finales de los artículos 6° y 7° de la Constitución, lo que, en efecto, realizaría en el artículo 42 de la LOCBGAE al prescribir que los órganos de la Administración del Estado responden por falta de servicio⁵⁶. Cabe agregar, además, que esta tesis se ha ido imponiendo lentamente en la jurisprudencia de nuestros tribunales⁵⁷.

C) DOCTRINA ECLÉCTICA

Por mi parte, estimo que el artículo 38 inciso 2° de la Constitución no opta por un sistema de responsabilidad de la Administración y menos aun por uno de carácter objetivo, sino que establece un mínimo indisponible por el legislador, quien está llamado por la propia Constitución a modelar dicho sistema⁵⁸. Dicho mínimo exige:

- 1) que se verifique, para comprometer esa responsabilidad, al menos: lesión, actuación administrativa y relación de causalidad;
- 2) que la lesión esté referida a derechos o intereses jurídicos, siempre que estos últimos sean ciertos y legítimos;
- 3) que esta responsabilidad siempre sea directa; y finalmente,
- 4) que, para comprometerla, potencialmente apta es cualquier actuación, no pudiendo, en consecuencia, el legislador ni el intérprete concederle a la Administración del Estado *a priori* márgenes o parcelas de irresponsabilidad.

Corresponde, en consecuencia, al legislador, con pleno respeto al mínimo garantizado institucionalmente por el artículo 38 inciso 2° de la Constitución, establecer el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como lo ha hecho el artículo 42 de la

⁵⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, “La Responsabilidad del Estado-Administración es Objetiva”, en: PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 407-409.

⁵⁶ PIERRY ARRAU, Pedro, “Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 59, 1996, p. 302.

⁵⁷ Cfr: CORDERO VEGA, Luis, “Bases de Comprensión para la Jurisprudencia Judicial de Responsabilidad Extracontractual de la Administración”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 66, p. 371 y ss. PIERRY ARRAU, Pedro, “¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia”, en: *Revista Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, junio 2004.

⁵⁸ ROMÁN CORDERO, Cristian, “Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado: Su Necesaria Modelación Legal en Base a la Enumeración y Delimitación Conceptual de sus Presupuestos”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 64, p. 405 y ss. ROMÁN CORDERO, Cristian, “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado”, en: *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Santiago: Editorial Lexis-Nexis, 2005, p. 509 y ss.

LOCBGAE, para la generalidad de los organismos que la integran, al exigir la ocurrencia del factor de atribución falta de servicio, lo cual es sin perjuicio de las normas especiales que han configurado específicos subsistemas de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, ya sea en razón de determinados órganos u actuaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, no puedo dejar de observar que las normas que, actualmente, regulan la responsabilidad de la Administración del Estado son escasas y excesivamente genéricas, ya que no establecen con precisión cuáles son, en definitiva, los presupuestos cuya ocurrencia hacen procedente dicha responsabilidad⁵⁹. Ello ha permitido a la doctrina elaborar posiciones contradictorias, sino excluyentes, tal como hemos visto, y, además, ha otorgado al juez un ilimitado margen interpretativo en esta materia. En otras palabras, es el juez, y no el constituyente ni el legislador, quien, finalmente, modela, para cada caso, el sistema de responsabilidad de la Administración del Estado en Chile⁶⁰. Coincidentemente, Ferrada Bórquez ha planteado que:

“[E]n efecto, a las circunstancias anteriores, se une una acusada carencia en nuestra legislación y doctrina de respuestas adecuadas al problema de los daños derivados de la actividad administrativa del Estado, transitando –con algunas excepciones– desde un principio de irresponsabilidad general a un sistema de responsabilidad objetiva, sin fundamento normativo expreso y con una cláusula legal de responsabilidad por falta, traída de la jurisprudencia francesa, pero con un alcance limitado respecto de la organización administrativa. Ello ha dado pie a una jurisprudencia caótica y contradictoria, que siguiendo irreflexivamente los planteamientos doctrinales de algunos autores, han aplicado reglas jurídicas de otros ordenamientos, sin medir las consecuencias jurídicas que ello involucra”⁶¹.

⁵⁹ En este sentido el fallo Patosi Zambrano con Fisco de Chile ha expresado que “forzoso es reconocerlo, los cuerpos normativos en que se encuentra su consagración originaria (artículo 38 de la Constitución Política de la República, y artículos 4° y 44° de la LOCBGAE) omiten del todo establecer una reglamentación particular y suficiente en lo que concierne, entre otros importantes aspectos, a las características específicas de la acción indemnizatoria que emana de la responsabilidad en comento”. Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de Octubre de 2000.

⁶⁰ En este sentido Santamaría Pastor ha planteado que el sistema de responsabilidad del Estado-Administrador en España, opinión que puede entenderse referida al nuestro, está estructurado sobre la base de un cortísimo haz de conceptos, que permiten construir múltiples razonamientos retóricos en orden a la resolución de reclamaciones, no susceptibles de objetivación, caracterizados por su indeterminación y flexibilidad (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Prólogo” al libro de AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER DE, *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexos Causales entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000, p. 18). De ello se sigue que “el sistema reposa sobre un presupuesto teórico, no siempre explicitado con la debida claridad: el de que la imposición del deber de indemnizar constituye una pura manifestación del más puro decisionismo judicial caso a caso, al que las construcciones teóricas prestan un argumentario polivalente, capaz de justificar fallos de sentido perfectamente opuesto, pero no asideros dogmáticos, puntos de referencia objetivos para aquellos jueces que no gustan de la mera tarea de justificar decisiones intuitivas” (*Ibid.*). Rebollo, a su vez, sostiene que “nuestro sistema resulta, sobre el papel, extraordinariamente generoso, aunque también inseguro porque pivota en buena medida en valoraciones y conceptos muy abiertos e indeterminados (lesión, imputación por el funcionamiento de los servicios públicos, causalidad...) que dependen mucho de la interpretación del juez, de cada juez. Y eso conduce a un casuismo que, unido a la abundancia de supuestos y a la multiplicación del trabajo de los tribunales, genera inseguridad”. REBOLLO, Luis Martín, “Ayer y Hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: un Balance y Tres Reflexiones”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 150, p. 328. España: septiembre-diciembre, 1999, p. 328.

⁶¹ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “El sistema chileno”, en: MARÍN, Juan Carlos (coord.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado*. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 109.

Y en el mismo sentido, Cordero Vega ha expresado:

“La manera como la Corte Suprema ha enfrentado los temas de responsabilidad evidentemente resultan cambiantes, entre otras razones por lo imprecisa e indeterminada de nuestra regulación legal, y porque, además, se enfrentan a problemas directamente vinculados a la forma y modo en que el Estado y los ciudadanos deben compartir los infortunios, no sólo ilícitos, sino que también los lícitos”⁶².

5. CONCLUSIONES

El grado evolutivo del Derecho Público y la solidez del Estado de Derecho de un país se mide conforme a varios parámetros, uno de los cuales, sino el más importante, es, sin duda, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

Conforme a él, a lo largo de este trabajo, hemos podido advertir que en Chile no ha habido una línea evolutiva continua, como podríamos haber pensado en un comienzo, sino más bien una serie de tramos alternados, evolutivos como involutivos (estos últimos, debidos esencialmente a la importación de institutos foráneos).

Sin perjuicio de ello, parece que desde la entrada en vigor de la Constitución de 1980 se han ido decantando, lentamente, ciertos criterios básicos, sobre los cuales cada vez existe más consenso, v.gr.,

- a) que el Estado es sujeto de Derecho y en esa medida regido por el principio de responsabilidad (y por ello que no tiene reconocido márgenes o parcelas de irresponsabilidad),
- b) que la imputación de los daños ocasionados por los agentes de la Administración del Estado, afecta a ésta directamente y
- c) que la responsabilidad patrimonial de la Administración prescinde, para comprometerse, de elementos subjetivos (culpa, culpa del servicio), o que éstos deben ser valorados en términos objetivos (falta de servicio/inactividad), o bien que el factor de atribución aplicable –fundamento de la responsabilidad– puede ser derechamente objetivo (sacrificio especial).

Criterios que me permiten afirmar que el Derecho Público chileno, en relación a la responsabilidad patrimonial de la Administración, luego de 150 años de devenir jurisprudencial, doctrinal y legislativo, desde el fallo “Bernardino Bravo con Fisco”, afortunadamente ha retomado la senda que al respecto trazara, ya a finales del siglo XVIII, el Derecho Indiano⁶³. De ahí que es posible concluir, tal como señalara Eduardo Soto Kloss, que

⁶² CORDERO VEGA, Luis, *op. cit.* (n. 57), p. 389.

⁶³ “[M]ás encima provisto mágicamente del manto de irreprochabilidad, de la inimpugnabilidad, y de la soberanía, entendida esta al más puro alcance absolutista: “the king can do no wrong” / “le roi ne peut mal faire” / “im Polozei sachen es gibt kaine Apellation”. (I) Sin embargo, ninguno de nuestros países ha sido colonia de aquellos regímenes absolutistas, de monarquía absoluta, se bien hay que reconocer que no pocos juristas han sido colonos mentales de ellos. (I) Nosotros, en cambio, estuvimos regidos por el derecho indiano, en el cual ya desde 1627 a través de un decreto real de Felipe IV, recogido por la Recopilación de leyes de Indias (1680) 2.2.19, se establecía de manera clara y sin ambages que “si en las materias que le tocan (al Consejo de Indias) por hecho propio nuestro, o por órdenes, que hayamos dado, se hubieren causado algunos daños, o agravios de terceros, los remedien y hagan que se les dé satisfacción...”. Y no fue ello mera palabrería, ya que hubo aplicación práctica –al menos en Chile– a través de varios procesos de que conoció v.gr. la Real Audiencia de Santiago de Chile, durante los siglos 17, 18 y comienzos del 19 hasta la Independencia en 1818”. SOTO KLOSS, Eduardo, “Responsabilidad del Estado, Globalización, Regulaciones y Seguridad Jurídica”, en: *Revista Chilena del Derecho*, N° 2, pp. 305-306, 2004.

“[E]s necesario (...) luchar incansablemente por restituir una visión del Derecho Público que sea propiamente chilena pues desconocer la historia para un ius publicista resulta gravísimo, ya que el Derecho Público es esencialmente el fruto de la realidad de cada país, de sus propias tradiciones, de la evolución de su propia vida social y política y también intelectual y religiosa espiritual. De allí lo falta de los “injertos extranjerizantes”.

que, como cuerpos extraños al organismo político social, terminan siempre o siendo rechazados o produciendo perversas consecuencias, siempre en desmedro, por desgracia, de los derechos y libertades de las personas; nuestra historia de este siglo, y no tan lejana, lo avala de manera trágica”⁶⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1943.
- AMUNÁTEGUI RIVERA, J. Domingo. *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo aplicado a la Lejislación de Chile*. Santiago: Imprenta Barcelona, 1907.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime. “Responsabilidad de los Gobernantes por Daños y Perjuicios Causados a los Gobernados en Chile Indiano Once Casos de Jurisprudencia (1552-1798)”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 18.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime. “La Responsabilidad Gubernativa en el Chile indiano. Los orígenes de nuestra tradición en la materia”, en: *Responsabilidad del Estado-Administración* (Conferencias Santo Tomás de Aquino). Santiago: Andros, 2006.
- AYLWIN, Patricio. *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1952.
- BRAVO LIRA, Bernardino. “Oficio y Oficinas, dos etapas en la historia del Estado Indiano”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 8.
- BRAVO LIRA, Bernardino. *Historia de las Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamérica*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 1986.
- BRAVO LIRA, Bernardino. *Poder y Respeto a las Personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1989.
- BRAVO LIRA, Bernardino. *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.
- BRAVO LIRA, Bernardino. “Honor, vida y hacienda. Estado de derecho en el mundo hispánico (siglos XVI al XXI) contrastes con la rule of law inglés y r gne de la loi ilustrado”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 67, 2005.
- CALDERA DELGADO, Hugo. *Sistema de Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982.

⁶⁴ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 31 y 32.

- CALDERA DELGADO, Hugo. "Teoría del Órgano, Estado de Derecho y Responsabilidad del Estado", en: *Revista de Derecho Público*, N°s 25 y 26.
- CORDERO VEGA, Luis. "Bases de Comprensión para la Jurisprudencia Judicial de Responsabilidad Extracontractual de la Administración", en: *Revista de Derecho Público*, N° 66.
- CORREA BRAVO, Agustín. *Comentario y Concordancias de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades de 22 de diciembre de 1891*. Santiago: Librería Tornero, 1914.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. "El sistema chileno", en: MARÍN, Juan Carlos (coord.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado*. México: Editorial Porrúa, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", en: CARBONNELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo. "La Acción Constitucional de Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicio", en: *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 16 N° 2, julio-agosto 1989.
- GIANINNI, Massimo Severo. *Premisas Sociológicas e Históricas del Derecho Administrativo* -1ª edición-. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980.
- GROSSI, Paolo. *La primera Lección de Derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. "El primer libro de Derecho Administrativo editado en Chile: "Los Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno", de Santiago Prado", en: MARTÍNEZ ESTAY, Ignacio Javier (coord.), *La Primacía de la Persona*. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss. Santiago: Editorial Legal Publishing, 2009.
- JARA CRISTI, Manuel. *Derecho Administrativo, Anotaciones de Clases, Artes y Letras*. Santiago, 1943.
- JORDANA FRAGA, Jesús. "La Reforma del Artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, o el Inicio de la Demolición del Sistema de Responsabilidad Objetiva de las Administraciones Públicas", en: *Revista de Administración Pública*, N° 149.
- LETELIER MADARIAGA, Valentín. *La Tiranía y la Revolución*. Santiago: Imprenta Cervantes, 1891.
- LETELIER MADARIAGA, Valentín. *Apuntaciones de Derecho Administrativo (clases de don Valentín Letelier) 1904*. Apuntes de los alumnos E. Barbosa y H. Arancibia. Santiago: Imprenta i Encuadenación Chile, 1907.
- LETELIER MADARIAGA, Valentín. "Dictamen de 13 de mayo de 1895", en: LARRAÍN DUEÑAS, Eduardo; Díaz León, Alberto. *Dictámenes de don Valentín Letelier*. Santiago: Editorial La Ilustración, 1923.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Madrid: Editorial Civitas, 2002.
- MONTT, Ambrosio. *Dictámenes del Fiscal de la Corte Suprema de Justicia de Chile Ambrosio Montt*. Santiago: Imprenta Nacional, 1895.
- PÉREZ DE ARCE, H. *Tratado de Administración Pública aplicado al Curso de Ingenieros de la Universidad de Chile*. Santiago: Imprenta de la Gaceta, 1896.
- PÉREZ VALIENTE, Pedro José. *Apparatus Juris Publici Hispanici Opues Politico-Juridicum, Josepho de Orgha*. Madrid: 1751. Él mismo ahora traducido del latín: PÉREZ VALIENTE, Pedro José. *Derecho Público Hispánico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (Traducido del latín por María de los Ángeles Durán Ramas), 2000.
- PIERRY ARRAU, Pedro. "La Responsabilidad Extracontractual del Estado", en: *Anuario de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 1975-76.

- PIERRY ARRAU, Pedro. "Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio", en: *Revista de Derecho Público*, N° 59, 1996.
- PIERRY ARRAU, Pedro. "¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia", en: *Revista Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, junio 2004.
- PRADO, Santiago. *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*. Santiago: Imprenta Nacional, 1859.
- REBOLLO, Luis Martín. "Ayer y Hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: un Balance y Tres Reflexiones", en: *Revista de Administración Pública*, España, N° 150, septiembre-diciembre 1999.
- Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Tomo I. Madrid: 1681, p. 137 (Reimpreso en 1973 por Ediciones Cultura Hispánica).
- RODRÍGUEZ BRAVO, Joaquín. *ESTUDIOS CONSTITUCIONALES*. Santiago: Imprenta Victoria, 1888.
- ROMÁN CORDERO, Cristian. "La agonía de la ley y la privatización de las fuentes del Derecho", en: *La Semana Jurídica*, N° 311.
- ROMÁN CORDERO, Cristian. "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado", en: *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Santiago: Editorial Lexis-Nexis, 2005.
- ROMÁN CORDERO, Cristian. "Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado: Su Necesaria Modelación Legal en Base a la Enumeración y Delimitación Conceptual de sus Presupuestos", en: *Revista de Derecho Público*, N° 64.
- RUIZ ROSAS, Andrea Paola. *Estudio Doctrinario de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en General y de la Administración en Particular*. Santiago: Instituto Chileno de Derecho Administrativo, 2002.
- SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1962.
- SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- SOTO KLOSS, Eduardo. "Falta de Servicio ¿Régimen General de la Responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de Magia?)", en: *La Responsabilidad del Estado-Administración* (Conferencias Santo Tomás de Aquino), Universidad Santo Tomás.
- SOTO KLOSS, Eduardo. "Responsabilidad del Estado, Globalización, Regulaciones y Seguridad Jurídica", en: *Revista Chilena del Derecho*, N° 2, 2004.
- SOTO KLOSS, Eduardo. "Falta de Servicio ¿Régimen General de Responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de Magia?)", en: VVAA, *La responsabilidad del Estado-Administración*. Santiago: Andros Impresores, 2007.
- SOTO KLOSS, Eduardo. "La Responsabilidad del Estado-Administración es Objetiva", en: PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- VARAS CONTRERAS, Guillermo. *Derecho Administrativo*. Santiago: Editorial Nacimiento, 1940.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo*, Tomo I. Argentina: Tipográfica Editora, 1949.