

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

Clara Leonora Szczaranski Cerda*

I. PARTE GENERAL

I.1. Necesarias consideraciones previas

La responsabilidad extracontractual del Estado se traduce en la búsqueda de soluciones tendientes a otorgar a los ciudadanos una adecuada protección legal frente a los daños sufridos en su persona o propiedad derivados de la actividad jurídica y material de la Administración y del Estado en general.

¿Por qué este daño debe ser analizado en sus particularidades y fundamentos y no seguir simplemente los criterios de la responsabilidad que afecta a otros sujetos obligados en circunstancias análogas? La respuesta ha sido buscada por la jurisprudencia, en conformidad con la historia y cultura de las distintas sociedades, estableciéndose la responsabilidad del Estado, o bien su carencia, atendiendo siempre a lo que se entiende por Estado.

* CLARA LEONORA SZCZARANSKI CERDA. Presidente del Consejo de Defensa del Estado.

Es la esencia, el fundamento y el fin propio del sujeto activo, el Estado, lo que necesariamente conduce a reflexionar sobre los alcances de los daños que, en aras de lo anterior, pueda causar, precisando además cuáles daños se pueden jurídicamente enmarcar en la actividad del Estado y cuáles, en cambio, son ajenos y/o impredecibles en el marco del actuar del Estado. La ajenidad o imputabilidad de efectos dañosos a este especial sujeto es una cuestión histórica y, por tanto, relativa a la evolución de lo jurídico en la sociedad en la que el Estado en cuestión se inserta.

Esta evolución, por cierto, se liga a la de la cultura y así a las distintas “tensiones” (en el sentido de tensar cuerdas) que entre lo público y lo privado se van gestando así como entre el interés individual y el común, bajo ópticas más o menos garantistas de los derechos ciudadanos, las que son fruto, a la vez, de esas mismas tensiones y que se alejan de los dogmas relativos a la infalibilidad y al absolutismo del poder y, más modernamente, de la supuesta total inmunidad jurisdiccional del Estado.

I.2. Ámbito del actuar lícito del Estado

Esto dice relación con la aceptación jurídicamente fundada de que el Estado defina, limite o incluso disminuya nuestras libertades o nuestros bienes y que ello sea obligatorio. Este “rayado de cancha” a nuestros derechos individuales en pro del bien común coincide con el fin del Estado y con su rol de árbitro entre los intereses contrasantes o conflictivos de los sujetos privados entre sí.

Así el Estado, con su autoridad en cuanto tal, con su actuar lícito y debido, impone a sus ciudadanos cargas en un ámbito más o menos amplio, según la historia y cultura de cada sociedad en la que aún no es posible confiar la paz y el desarrollo social a la autorregulación o a los pactos entre los habitantes. Algunas de estas cargas imponen tareas y disminuyen la libertad o el arbitrio personales (v.g. ley de elecciones) y, otras, afectan el patrimonio del ciudadano (v.g. leyes tributarias), causando en lo personal “daño” en sentido lato, sin por ello pasar a ser actuaciones antijurídicas o ilícitas del Estado.

Más allá de lo legal, sin duda, el Estado, con su actuar ilícito o legalmente indebido y con un accionar material o de hecho que exceda sus fines, puede ocasionar daños. Pero la discusión más bien se dificulta, o se hace más esfumada y sutil, a propósito de la actividad legal del Estado, como al imponer cargas injustificadas por

errores judiciales, por ejemplo, o al decidir expropiar bienes o limitar su uso.

I.3. Rol del Estado y línea divisoria entre cargas y daños

En directa e interdependiente conexión a lo anterior está la concepción del Estado que impera en una sociedad, lo que se espera de éste y los límites que deben circunscribir la defensa de los intereses suprapersonales o la persecución del bien común. En esa óptica, bajo ciertas circunstancias, obviamente, una actuación lícita del Estado se puede considerar abusiva (semejante al abuso del derecho entre particulares) o negligente e inadecuada.

Lo difícil, entonces, es determinar la línea que divide las aguas y define lo que debe y lo que no debe hacer el Estado para cumplir sus tareas propias, esto es, aquellas para las que existe. En relación con este parámetro se puede esclarecer, con suficiente objetividad, qué carga debe gravar al ciudadano y qué, en cambio, excede la carga, generando el deber de reparar y/o de indemnizar.

I.4. La culpa: Línea divisoria de las aguas, vertiente de las cargas y la de los daños

Pareciera que la pregunta fundamental es cuál es la frontera en que las cargas que impone, por su naturaleza y misión el Estado, se transforman en daños no necesarios para cumplir con ese fin o misión, y deben, por tanto, ser indemnizados. Tal frontera, a mi juicio, está en la **falta de servicio**, la que se expresa en actos deficientes, imputables no sólo causalmente a la Administración, sino reconducibles a culpa de la misma, en cuanto tal, independientemente del dolo o culpa que pueda corresponder, además, al o a los funcionarios involucrados personalmente en el caso, imputables de **falta personal**. Esta última, relativa a la psiquis de la persona-funcionario, y a sus móviles, es bastante más fácil de ser percibida en su injusto y en su ajenidad respecto al rol del Estado, y queda por indagarse, al respecto, para imputar al Estado esos daños, si la Administración pudo preverlos y asumirlos como necesarios o evitarlos.

La falta personal es, sin perjuicio de volver más adelante sobre el tema, aquella que se comete mediante acciones separables del ejercicio de la función que corresponde al funcionario, material o psicológicamente. Se trata de actos realizados, por ejemplo, en el

ámbito de la vida privada del funcionario u obedeciendo a razones o motivos personales, fuera de la finalidad de la función, con la intención de agraviar o con grave imprudencia o negligencia, dando paso a la calificación de la falta personal como dolosa o culposa, según sea el ánimo que la inspira.

Volviendo a **la falta de servicio**, tema que ahondaremos más en la segunda parte de este artículo, para calificarla es menester determinar qué se espera del Estado, cuál es su función y cuál es su misión hoy. Debemos tomar posición respecto a qué espacio reservamos al actuar del Estado y dentro de qué límites le dejamos circunscribir nuestras libertades individuales en pro del bien común. Tales cuestiones dicen relación con la actividad jurisprudencial y con la exigencia de los Tribunales respecto de la culpa en el actuar del servicio de que se trate; de ello dependerá la del Fisco por los daños ocasionados en el operar de la Administración.

Desde el punto de vista del pensamiento jurídico actual, como destaca *Eduardo Aldunate Lizana*, cobra importancia al respecto la identificación o no del Estado con el dominio patrimonial del príncipe, esto es, un tercero gestionando y defendiendo con poderes especiales (particularmente en el Estado policíaco de los siglos XVII y XVIII) su particular interés, caso en el cual la responsabilidad objetiva parecería justificada¹. Si el Estado, en cambio, se identifica con un patrimonio separado al del príncipe, surgido de los ciudadanos y reunido en la caja fiscal mediante los recursos vertidos por éstos mediante tributos regulados, destinados al bien común de conformidad con presupuestos preestablecidos constitucionalmente cada año por el Ejecutivo y el Parlamento, no parecen adecuados ni la responsabilidad objetiva ni la modificación jurisprudencial, inconstante y variable, de los criterios y cifras de gasto público, modificación presupuestaria que, de hecho, se produce por la vía de las indemnizaciones asignadas judicialmente.

De este eventual cambio de destino del gasto fiscal, vía Tribunales de Justicia, deriva la trascendente importancia de fijar parámetros precisos y conservadores para la asignación de indemnizaciones por responsabilidad extracontractual del Estado, tanto en cuanto al rol mismo de la judicatura como reasignadora de los recursos públicos, cuanto a los parámetros de carga que cada interés particular

¹ Para mayores detalles ver Aldunate Lizana, Eduardo, "Consecuencias Constitucionales de la Doctrina sobre Responsabilidad Objetiva del Estado", publicado en la *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 2, Diciembre 2000, páginas 79-95.

debe soportar por ser, también, beneficiario del bien común protegido o construido por el Estado.

De hecho, cada fallo relativo a estas indemnizaciones importa modificar el destino de recursos públicos escasos, trabajosamente asignados, políticamente elaborados y discutidos. Desde el punto de vista relativo a la carga que cada uno debe soportar por el actuar lícito del Estado en el seguimiento de sus fines, optar por la responsabilidad objetiva de éste es otorgar menos derechos al bien común que al particular y, prácticamente, negar la necesidad y rol del Estado.

Tal criterio, castigador de la actividad del Estado, llevaría a reconsiderar toda actividad, inversión o desarrollo en perspectiva del gasto eventual en indemnizaciones, como espada de Damocles. Basta pensar en el criterio seguido en el fallo de primera instancia relativo a "*Parraguez Correa con Fisco*", según el cual se condena al Estado al pago de una elevada indemnización (90 millones de pesos) por el daño físico causado (amputación de parte de un dedo) por una piedra propulsada por el paso de un vehículo en la carretera. Cabe, entonces, preguntarse ¿Hasta dónde gastar en limpieza permanente de los caminos? ¿Es posible en nuestro montañoso y pedregoso país asegurar que ninguna piedra o piedrecilla rodará en algún momento sobre la vía?

Las alternativas podrían ser no hacer caminos públicos, amurar los cerros, impedir el transporte de áridos o barrer las carreteras en forma casi permanente. ¿Podríamos presupuestarlo? La alternativa más juiciosa pareciera ser, entonces, hacer responsable al Estado sólo cuando ha operado deficientemente, con descuido, omisión o sin el debido y razonable cuidado, esto es, con falta de servicio reconducible a culpa de la Administración, del Servicio en cuestión, independientemente de sus funcionarios.

I.5. Caracteres del Estado

Para encontrar respuestas fundadas a nuestras inquietudes debemos recordar algunos caracteres del Estado.

El Estado se define como "*la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación y que se ejerce en un determinado territorio*"².

² García Maynez, Eduardo, citado en Ortiz Castro, José Iván "Aproximación al Estado (Derecho Constitucional General)", Ágora Editores, Medellín, 1990, 44.

El Estado es, en palabras de otros autores y en síntesis, el tutor del patrimonio común y de los derechos fundamentales colectivos, respecto de los cuales cada chileno es beneficiario.

Más allá de esas definiciones generales, debemos conocer nuestro Estado, en esta década del siglo XXI, y percibir su evolución y sus cambios, para actuar en la realidad, para ser eficientes, oportunos y adecuados, libres de inercias o mitos engañosos.

Para el filósofo italiano del derecho *Giorgio del Vecchio* (1878-1970), el Estado es, en síntesis, el núcleo y también el sujeto del orden jurídico, pero no es el creador del Derecho, ni el Derecho halla su único fundamento en el poder y en el querer del Estado. La verdad es, por el contrario, que el Derecho brota del espíritu humano y que las espontáneas y múltiples manifestaciones de las mentes individuales tienden a compaginarse y coordinarse en sistemas, convergiendo en aquel centro común de referencia que es, precisamente, el Estado. Este consigue, así, la cualidad de persona jurídica supraindividual y, en calidad de tal, siempre que encuentre el suficiente consentimiento en la voluntad social preponderante, puede también producir normas jurídicas, así como dar el sello estatal a aquellas otras que han surgido independientemente de él, por ejemplo, bajo la forma de costumbre.

Tal es, para él, la simple y habitual construcción dogmática de un sistema que halla raíces mucho más complejas tanto en la realidad histórica como en la psicológica.

Es interesante detenerse un tanto en el tema de si Derecho y Estado son una sola y misma cosa. En contra de semejante tesis, puede observarse que toda sociedad tiende a establecer su propio Derecho; y así tienen también carácter jurídico las organizaciones de tipo familiar, anteriores al Estado, aunque independientes de él y acaso también adversas al mismo; así como otras que incluso trascienden los límites del Estado.

Es tal vez la principal misión del Estado la realización de la justicia, tanto en sus relaciones con los individuos cuanto en aquellas con las distintas formaciones sociales que viven dentro de su seno, en el pluralismo y tolerancia que imponen el respeto por la dignidad y particularidad de cada ser humano, incluido su derecho a ser distinto y a equivocarse.

En esta estrecha relación con el pensamiento y el sentir de los hombres, pensamiento y sentir que va evolucionando con la experiencia que deja el correr de los siglos, el Estado va cambiando junto

al hombre y debemos saber reconocer el Estado en el que hoy estamos insertos, dejando de lado ideas preconcebidas y quimeras.

El Estado absoluto, el totalitario, el asistencial y otros, han desfilado ante nuestros ojos o en nuestros libros y hoy no podemos no ver en acción, en todo el mundo occidental sino al **Estado regulador, subsidiario y pequeño**, que no es otro que el que restringe ciertas libertades sólo para resguardar otras y que actúa para fijar estándares, normalizar o coordinar, en el ámbito de un orden público económico liberal y abierto.

La Constitución que nos rige contempla un conjunto de normas destinadas a regular la vida económica de los chilenos en un marco de libertad y de robustecimiento del derecho de propiedad que impide la socialización de las actividades productoras o la excesiva intervención estatal en ellas.

La Comisión redactora de la Constitución de 1980 utilizó, en sus primeras sesiones, la expresión "*preceptos de orden público económico*" y la Carta Fundamental, entre los derechos constitucionales, contiene algunas expresiones concretas de esa idea, como los denominados "*derechos del patrimonio*".

El Profesor Enrique Evans, al respecto, comenta que la normativa constitucional relacionada puede ser compatible con un régimen de economía social de mercado, pero este sistema de organizar las relaciones económicas no está, *per se*, consagrado en la Constitución, ni habría podido estarlo, porque ninguna Constitución, a riesgo de negar la fuerza de la evolución social, o salvo que se trate de regular la vida colectiva de un Estado totalitario, puede pretender congelar en su texto un sistema económico determinado.

A la libertad económica se asocian, lógicamente, al menos por coherencia, otras libertades, las que se expresan en el actual reconocimiento al pluralismo cultural, político y religioso, al que antes me refería, en virtud del cual nadie puede pretender imponer a otro sus personales convicciones sino sólo dialogar sobre las mismas, reconociendo diferencias y concordando principios básicos, llegando a consensos (o, al menos, a compromisos) sin dejar de lado el respeto a los disensos.

Es civilizado, a la altura de estos tiempos, reconocer a cada uno su derecho a la diversidad, además de su derecho a la autonomía, como hace ya tiempo destacaba John Stuart Mill, considerando todo orden relativo y sin que ninguno pueda proclamarse como el mejor en absoluto, ya que el programa debe estar abierto al cambio y el cambio a la crítica.

Crítica y cambio se relacionan estrechamente con la verdad y con el modo de vida más civilizado, más jurídico, en el que cada uno ejerce sus derechos y acciona forzando su reconocimiento contra quien sea, imputando daños y reclamando indemnizaciones también al Estado.

Ello se relaciona con aspectos muy gravitantes del Estado actual: **pluralismo y tolerancia**. Dos conceptos que entusiasman e irritan, respecto de los cuales es mejor limitar espacio a los malos entendidos:

Pluralismo y tolerancia son condiciones de la libertad social y de la justicia política. Son propios del mundo moderno.

El pluralismo es variedad, coexistencia y contraposición, con igualdad de derechos, de elementos naturales y sociales que carecen de un principio de unidad. En las sociedades democráticas el pluralismo es una categoría de mediación entre el Estado y los individuos, el que rechaza el aislamiento liberal de cada uno de éstos y la omnipotencia del Estado. Actúan así, en el marco del Estado, varias fuerzas, sobre la base de un consenso fundamental acerca de los procesos de decisión institucionalizados.

En la democracia, bajo reglas precisas, esas fuerzas luchan competitivamente (discusión pública, elecciones, etc.) y las decisiones políticas surgen de la discusión permanente de grupos que se controlan recíprocamente. Así, por ejemplo, se define el presupuesto anual de la Nación y se fijan las normas que garantizan el tratamiento de los conflictos de interés que necesariamente surgen en el quehacer social.

La defensa del Estado que nos compete tiene presente todo aquello, ya sea en la defensa de la propiedad fiscal o del rol administrador del Estado en los recursos de protección contra sus autoridades, o en la recuperación de los dineros burlados al Fisco, o en la de los recursos marinos y del medio ambiente. También en la defensa de la caja fiscal frente a las pretensiones indemnizatorias o reparatorias avanzadas por otros sujetos de derecho.

Más allá de las normas positivas en juego, dándoles sentido, gravitan siempre sobre nosotros todas las consideraciones de fondo antes indicadas y, por cierto, el más evidente deber de protección de los dineros fiscales obtenidos con el aporte de cada contribuyente y pertenecientes a la sociedad toda.

Restando en el ámbito de estas consideraciones generales, y en la perspectiva siempre presente de la defensa del Estado de Dere-

cho, es conveniente remarcar la importancia de que cada institución y autoridad conozca y realce su función propia, sin incursionar en la de otros órganos, so pena de actuar confundidamente, desordenando al Estado y desorientando a la opinión pública. La función de cada institución es aquella que la Constitución Política y las leyes le asignan, en el marco del sentido común, la verdad y la justicia que no son, ni pueden ser, ajeno a ninguna acción del ser humano. Atenta contra la naturaleza misma del Estado de Derecho sobrepasar los límites de las propias atribuciones, o asumir las funciones que legalmente competen a otros. Así, deben saber reconocerse las distintas misiones, deberes y poderes de las distintas instituciones que forman el cuerpo material del Estado. Reconocer, por ejemplo, en los Tribunales de Justicia, el poder de conocer y juzgar las causas civiles y penales; reconocer en la Cámara de Diputados, como atribución exclusiva, la de fiscalizar los actos de Gobierno; reconocer, en la Contraloría General de la República, la misión de control de la legalidad de los actos de la administración pública, la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos públicos y el examen y juzgamiento de las cuentas.

En ese contexto, el Consejo de Defensa del Estado (CDE) se inserta como abogado de los intereses del Estado y no como órgano de control o fiscalización. La función del CDE, sin embargo, en cuanto debe defender los intereses más profundos y trascendentes del Estado, se extiende también a lo penal para perseguir las responsabilidades que surgen de los delitos cometidos contra el Estado, incluida en particular la infracción de la debida probidad funcionaria pues de esa probidad depende, en gran medida, la existencia misma del Estado. La falta de probidad, que por cierto es exigible también al sector privado, no se limita a los daños materiales que pueda ocasionar, sino que incluye, más allá de toda duda, la defensa de la vigencia misma del ordenamiento jurídico de la vida social.

Con estos parámetros y criterios orientadores, en defensa de la caja fiscal del Estado que entendemos interpretar, hemos luchado y obtenido en el bienio en curso algunos resultados positivos³.

³ Así, por ejemplo, en materia de indemnización por responsabilidad extracontractual del Estado, cabe señalar que para el período enero 2001-agosto 2002, de un total demandado ascendente a \$ 12.556.681.831 se otorgó por los tribunales sólo \$ 168.933.794, equivalente al 1,3% del total. En materia de quejas aduaneras ante la Corte Suprema, a su vez, cabe destacar que para igual período, los 41 recursos interpuestos fueron rechazados en su totalidad, lo que representó un ahorro fiscal de US\$ 50.000.000.

I.6. La complejidad práctica de nuestra tarea

El volumen o cuantía global del negocio jurídico que defiende el CDE, alcanza a varios cientos de miles de millones⁴.

Entre las dificultades constantes que encuentra la práctica cotidiana de nuestras tareas debemos señalar la organización y procedimientos de la Administración de Justicia.

En este sentido, por fortuna, el Derecho Procesal Penal ya asiste a la instalación, prácticamente nacional, de una reforma global, la que por sus alcances es, sin duda, la más trascendente de los últimos tiempos en nuestro país y la que permitirá llevar a la realidad principios indiscutidos en doctrina, como la necesaria desvinculación del juez sentenciador de los roles de inculpador, investigador y acusador, papel que deberá desempeñar autónomamente el Ministerio Público, como garantía objetiva de la imparcialidad del juez que resolverá el conflicto, por sobre las partes.

El ámbito procesal civil, en cambio, no se moderniza. Es particularmente grave la falta de especialización de los tribunales en las diversas materias que constituyen su competencia. Esta carencia no se manifiesta tratándose de asuntos de rutina, pero sí, cada vez que asuntos de mayor complejidad requieren la atención de los jueces. Lo anterior, unido por supuesto a los problemas generales del sistema, entre ellos el exceso de carga de trabajo con relación a los medios con que se cuenta.

I.7. La necesidad de una justicia contencioso administrativa especializada

La ausencia de especialización de la justicia civil tiene particular gravedad en materia contencioso administrativa, que es en la que principalmente corresponde actuar al Consejo. Así, asuntos de Derecho Público son abordados por el juez común, bajo la óptica del Derecho Civil, desconociéndose los avances que en estas materias han logrado el Derecho Público y Administrativo modernos. Esta ausencia de tribunales contencioso administrativos contrasta significativamente con la realidad de otros países, donde hay una gran

⁴ La cuantía de las demandas ingresadas correspondientes al año 2001 asciende a \$ 217.455.087.803 en tanto que la cuantía de las demandas ingresadas correspondientes al año 2002 asciende a \$ 300.671.755.169, lo que representa un aumento de un 38%. Cabe señalar que el Fisco, a su vez, incrementó sus demandas en un 21%.

cantidad de tribunales especializados al interior de la propia Administración, que filtran los asuntos que, finalmente, pueden llegar a la jurisdicción ordinaria.

Cabe anotar, entre paréntesis, que en este campo al Consejo le corresponde la labor de protección del dominio público del Estado, constituido por los bienes nacionales de uso público y los bienes fiscales. Al respecto, nos afectan las deficiencias del sistema registral chileno, entre otras, las que implican que hemos ingresado al siglo XXI con un sistema de inscripción de la propiedad propio del siglo XIX, ignorando todos los avances de la técnica moderna en materia de catastro y fotogrametría y permitiendo, por tanto, situaciones tan aberrantes como dobles inscripciones y superposiciones de las mismas, como ocurrió en el denominado “*caso Paranal*” y en otros menos publicitados. Estas deficiencias, así como la ausencia de inscripciones a nombre del Fisco en materia de caminos, han permitido no sólo que se pretenda despojar al Estado de muchos de sus bienes, sino que también se cierran caminos públicos por particulares, para obligar al Fisco a realizar costosas expropiaciones, o para restringir el acceso a lagos y a otros bienes nacionales de uso público, transformándolos así, de hecho, en propiedad particular.

En el campo del Derecho Administrativo debe tenerse en cuenta que el Consejo de Defensa del Estado representa al Estado en la defensa de su actividad administrativa, caracterizada tradicionalmente por la actividad de servicio público y por la actividad reglamentadora de los derechos de los particulares. Esta última se ha desarrollado en la medida en que ha disminuido la primera y tiene por objeto, principalmente, a través de la reglamentación, la regulación del ejercicio de las garantías fundamentales, no atentando contra ellas, sino organizándolas, como corresponde a una concepción democrática y liberal del orden social, para integrar la actividad individual en la vida colectiva, posibilitando, precisamente, el ejercicio de las garantías al resto de los individuos, en paz y en orden. Es por ello que la defensa de la actividad administrativa cobra una singular importancia, y se relaciona estrechamente con nuestro tema, siendo fuente frecuente de juicios indemnizatorios.

I.8. Una digresión necesaria: la corrupción

En grandes trazos debemos referirnos a la corrupción, pues de penetrar ésta la estructura del Estado las estadísticas de nuestro tra-

bajo antes señaladas serían muy distintas. Enormes indemnizaciones “negociadas”, u obtenidas con malas artes podrían imponerse y se encontraría seriamente lesionada no sólo la caja, sino la misión misma del Estado.

En un Estado estructural y sistémicamente corrupto está ausente la tutela destinada a brindar certeza, seguridad e igualdad jurídicas a los ciudadanos. En un Estado así golpeado en sus fundamentos, el CDE defendería meras formalidades de papel, desempeñándose en el marco de una legalidad aparente, ajena al país real y paralelo que sería dominio de poderes de facto –públicos y privados– que manejarían, apropiándose la cuestión y el patrimonio públicos, cómodamente disimulados a la sombra de las apariencias.

La corrupción es, además, un fenómeno y no una suma de actos aislados. En efecto, la corrupción como fenómeno distinto, que excede cada caso singular, es algo sordo, invisible, complejo, con bases que se afirman estructuralmente, como decía, en una sociedad, con mayor o menor profundidad.

Corrupción proviene de “rumpere”, esto es, romper o descomponer. Es vicio y abuso. En química, es desorganización de las sustancias. En Derecho es la desviación desde ciertos parámetros legales de la conducta privada o pública, las más de las veces concomitantes.

Se la ha definido como conducta que se desvía de las obligaciones legales que impone el interés público debido a diferentes motivos: individuales o grupales, familiares o de amistad, monetarios, políticos o sociales. También es corrupto el uso de influencias, con fines o por motivos como los señalados.

Así, la corrupción puede revestir variadas formas como el cohecho, la negociación incompatible y el tráfico de influencias en pro del partido, los amigos o parientes, entre otras, no siendo esencial el beneficio monetario explícito. Ciertamente, por lo general, el fenómeno corrupto suele constituir una forma de adquirir riqueza y se vincula a las prácticas de personas que no aceptan las reglas básicas del mercado (competencia, riesgo, ahorro, inversión) sino que, casi por principio, por condicionamientos culturales en boga, buscan el privilegio, la ganancia fácil, la competencia desleal o el monopolio. Este tipo de individuos, relacionados a la “*burocracia de elite*”, genera corrupción como modo de acumular riqueza y poder y, también, genera un modelo de vida centrado en la ventaja y no

en el esfuerzo, la capacidad o la calidad. La cultura de la legalidad es derrotada por la del provecho fácil o rápido.

La **corrupción** es, en suma, **la negación del Estado de Derecho**. En efecto, un país corrupto pasa a ser el imperio de la discrecionalidad, del arbitrio personal interesado. Es el no-sometimiento a la ley de los agentes públicos (y privados), es la ausencia de transparencia y, por ende, es la imposibilidad de control (pues la verdad está escondida). Pero es, por sobre todo, desigualdad jurídica de oportunidades entre favorecidos y perseguidos o abandonados.

Cuando la influencia corrupta es generalizada, sistemática, influyente en diversos campos, se pone en crisis al Estado de Derecho, pues el ordenamiento jurídico de la vida social no pasa de ser una forma vacía.

En un Estado así enfermo, desvirtuado en sus fines, ningún valor o sentido tendría mantener una misión como la que el CDE siente que le compete y comanda.

II. PARTE ESPECIAL

I.1. La vertiente normativa francesa: nuestra fuente

Francia ha desarrollado principios y normas específicas para abordar la responsabilidad extracontractual del Estado, distintas de las que se aplican en el derecho privado, evolucionando así, desde la total irresponsabilidad del poder absoluto que se arrogaron, en su tiempo, algunos tipos de Estado que nos han antecedido en la historia.

Son de creación de la jurisprudencia especializada francesa, la falta de servicio, la falta personal y el perfilamiento de una responsabilidad por riesgo.

Siguiendo al Consejero Pedro Pierry, podemos recordar que *“el comienzo del desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Francia lo dio el célebre fallo “Blanco”, del Tribunal de Conflicto de 08 de febrero de 1873”*⁵. En este fallo se estableció que *“la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños*

⁵ *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. M. Long. R. Weil. G. Braibant. Ed. Sirey. 1965. Nº 1, pág. 5.

causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares” (...) “De acuerdo a ese fallo, considerado la piedra angular del Derecho Administrativo francés, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que, por el contrario, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del Servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”⁶.

A partir de este fallo el tema evolucionó y el Consejo de Estado de Francia construyó la responsabilidad del Estado no sólo en forma distinta y separada de la prevista en el Código Civil sino que formuló la distinción entre falta de servicio y falta personal.

Siguiendo con nuestro Consejero don Pedro Pierry, podemos recordar que *“la distinción entre falta de servicio y falta personal tuvo su origen en Francia en la existencia de una jurisdicción administrativa paralela y separada de los tribunales ordinarios. Así se estableció a partir del fallo “Pelletier” del Tribunal de Conflictos de 30 de julio de 1873⁷ ya que, en virtud de éste, se determinó que, si los reclamos por indemnización de perjuicios en contra del Estado correspondían a una falta de servicio, el tribunal administrativo era competente para conocer de él, no pudiendo en este caso el tribunal ordinario condenar al funcionario a la reparación de los perjuicios. Por el contrario, si se trataba de una falta personal, sería competente ese tribunal y podría conocer la demanda sin que ello implicara entrar a controlar la actividad administrativa, siendo por su parte incompetente el tribunal administrativo. Esta distinción ofreció al derecho francés una fórmula de protección de los derechos de los particulares conjugada con una adecuada protección de los funcionarios públicos por las consecuencias de sus actos”*.

⁶ Entre los trabajos del Consejero Pedro Pierry Arrau sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, cabe destacar los siguientes: “La responsabilidad extracontractual del Estado”, publicado en su versión original en la *Revista de Ciencias Jurídicas*. Valparaíso y *Anuario de Derecho Administrativo* N° 1, Universidad de Chile, Santiago; “Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios”, publicado en *Revista de Derecho* N° VII, Universidad Católica de Valparaíso, 1983; “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, publicado en *Revista de Derecho Público* N° 59, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1996; y “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, publicado en la *Revista de Derecho del CDE*. Año 1 N°1, julio 2002.

⁷ *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. N° 2, pág. 9.

Esta distinción es el fundamento esencial que permite considerar a la Administración como responsable de un daño sin que se requiera —en determinadas hipótesis— el nexo relativo a la culpa o el dolo del funcionario o agente público involucrado en los hechos.

I.1.a. *Falta de servicio*

En la falta de servicio, la subjetividad del funcionario, como anticipábamos, no interesa y, éste, no es civilmente responsable ante la víctima ni ante la Administración (sin perjuicio de poder ser además responsable ante la administración por alguna falta administrativa independiente de la falta de servicio en cuestión).

La falta de servicio es el mal funcionamiento del Servicio Público, asunto fáctico e histórico y, por tanto, relativo al específico contexto de desarrollo cultural, tecnológico y económico y, por cierto, a la naturaleza y características del servicio de que se trate y a la gravedad de la falta. La prescindencia de estas consideraciones transforma la solución del conflicto en un arbitrio que se aleja de lo justo y de las armonías o equilibrios jurídicos que deben presidir todo Estado de Derecho.

Un caso propio de falta de servicio en la concepción francesa puede ser la emisión de un acto administrativo ilegal y, tal acción, compromete la responsabilidad del Estado si causa un daño a una persona. Esta responsabilidad es independiente de la persona del funcionario o autoridad que dispuso el acto ilegal, siendo siempre el Estado el que deberá responder por los perjuicios que se hayan causado por dicho acto. Esta responsabilidad del Estado tiene sus propios fundamentos sin perjuicio de aquellos en que se pueda fundar eventualmente, además, responsabilidad administrativa de los funcionarios o autoridades vinculados con los hechos, quienes pudieron proceder al margen o en contra de sus obligaciones para con el Estado.

I.1.b. *Falta personal*

El principio fundante de la responsabilidad que corresponde al Estado por falta de servicio, de conformidad con los hechos y circunstancias del caso, puede ser desplazado por el que funda la responsabilidad personal del funcionario, la denominada falta personal, que hace recaer en el funcionario la reparación de los perjuicios.

La falta personal es, según la doctrina francesa, aquella que se comete mediante acciones separables del ejercicio de la función que corresponde al funcionario, material o psicológicamente. Se trata de actos realizados, por ejemplo, en el ámbito de la vida privada del funcionario u obedeciendo a razones o motivos personales, fuera de la finalidad de la función, con la intención de agraviar o con grave imprudencia o negligencia, dando paso a la calificación de la falta personal como dolosa o culposa, respectivamente.

La evolución posterior del derecho francés condujo a aceptar la posibilidad de la coexistencia de la falta de servicio con una falta personal del funcionario. Así fue como en el conocido fallo “*Anguet*”, de 3 de febrero de 1911⁸ el Consejo de Estado abrió la vía a la doctrina llamada del “*cúmulo de responsabilidades*”. En la especie se trató de dos hechos diversos, uno constitutivo de falta de servicio y otro de falta personal, cuya coexistencia dio origen a un accidente, configurándose de esa forma un cúmulo de faltas, por cuanto coexistieron los dos tipos mencionados.

Posteriormente se admitió la responsabilidad del Estado en todos aquellos casos en que la falta personal del funcionario se hubiera cometido con los medios o instrumentos puestos a su disposición por el Servicio. Se señaló, con ocasión del fallo “*Lemonnier*” del Consejo de Estado, de 1918⁹, que la falta se separa quizás del servicio, pero el servicio no se separa de la falta.

De este modo, como señala la doctrina experta, el Estado eventualmente debe indemnizar a los particulares por el riesgo creado al proporcionar a funcionarios medios, o la oportunidad, de cometer faltas personales. En este caso no existe cúmulo de faltas, sino “*cúmulo de responsabilidades*”, y la víctima podrá dirigirse indistintamente contra la Administración o contra el funcionario. Si elige el primer camino, el Estado, ciertamente, podrá repetir en contra del funcionario por lo que haya debido indemnizar a la víctima.

Otra de las contribuciones de la evolución de la experiencia francesa, y de la vía adoptada por ese ordenamiento jurídico para enfrentar la responsabilidad del Estado, es la decantación del principio de responsabilidad por riesgo.

⁸ *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. N° 27, pág. 99.

⁹ *Esposos Lemonnier*: Consejo de Estado, 26 de julio 1918. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. N° 38 pág. 145.

I.1.c. *Responsabilidad por riesgo*

La teoría de la responsabilidad por riesgo, obra de la jurisprudencia de los tribunales administrativos, parte de la base que si la Administración, con su actividad legítima, hace correr a los particulares riesgo de sufrir un daño, y si ese riesgo se realiza, en ciertos casos, deben indemnizarse los perjuicios causados.

La responsabilidad por riesgo no es la regla general, la que sigue siendo la falta de servicio. Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha ido aumentando con el transcurso del tiempo los casos de aplicación de ese principio, entre los que se pueden mencionar los accidentes del trabajo sufrido por funcionarios públicos, los daños causados por las cosas peligrosas y los daños causados por las actividades o técnicas por su naturaleza peligrosas.

Durante una epidemia de rubéola, en un establecimiento público de educación, una profesora funcionaria en estado de gravidez, obligada por su estatuto orgánico a concurrir a sus labores, contrajo la enfermedad. Debido a ello su hijo nació con graves defectos auditivos y oculares. La responsabilidad del Estado fue fundada, en este caso, en las condiciones de funcionamiento del Servicio Público de Enseñanza, el que presentaba peligro en caso de epidemia de rubéola determinando un riesgo en el desempeño de una función pública. Este riesgo fue precisado como el consistente en contraer la enfermedad, en los primeros meses de embarazo, condicionando al niño a nacer afectado por esa enfermedad.

I.2. *La vertiente angloamericana*

Partiendo de la concepción de la inmunidad jurisdiccional del Estado, como consecuencia de la antigua regla “*the King can do no wrong*” recibida del Derecho Inglés, se consideró en una primera etapa que la reparación de los perjuicios causados por la actividad administrativa debía recaer siempre en los propios funcionarios.

La ausencia de protección del funcionario frente a las consecuencias dañinas de sus actos en el sistema anglo americano fue durante muchos años motivo de orgullo para los juristas del *Common Law*. “*Si los oficiales públicos infringen los derechos de los demás deben resarcir en mayor extensión que las otras personas, como una forma de amedrentar y obstruir a otros oficiales que cometan la misma ofensa*”, se señalaba en un fallo inglés de 1703.

La doctrina de la responsabilidad del funcionario por las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones es un resabio de centurias pasadas en que la Administración estaba en manos de unas pocas personas, prominentes y pudientes. En la actualidad, en que las Administraciones están constituidas por ejércitos de funcionarios anónimos que actúan bajo las órdenes de sus superiores, la exclusiva responsabilidad del funcionario es de poco valor y “*una muy pequeña recompensa para un Estado irresponsable*”.

El sistema jurídico de Estados Unidos no fue capaz, por la vía jurisprudencial, de instaurar la responsabilidad extracontractual del Estado, lo que puede resultar paradójico dada la característica del *Common Law* de ser un derecho eminentemente jurisprudencial.

Fue necesaria la dictación de una ley por el Congreso, en el año 1946, denominada *Federal Tort Claims Act*, para establecer que el Estado Federal sería responsable en las mismas condiciones que un particular por todos los daños causados por las faltas de sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Contempla, sin embargo, ese texto legal de 1946, varias excepciones y su aplicación no se extiende sino que, excepcionalmente, a la dictación de actos administrativos. Por otra parte, se señala expresamente que no se encuentran comprendidos en ella los reclamos por actos u omisiones de empleados del gobierno en la ejecución de leyes o reglamentos, sean o no válidos, cuando se ha actuado ejerciendo debido cuidado; o basados en el ejercicio o falta de ejercicio de un deber o función discrecional, por parte de una agencia federal o de un funcionario. También se excluyen casos tipificados de abuso de funciones, en los cuales responde directamente el agente.

Como consecuencia lógica de la organización constitucional de Estados Unidos la ley de responsabilidad del Estado se aplica sólo al Estado Federal, no a los Estados miembros, lo cual significa que queda excluida su aplicación para los actos u omisiones cometidos por los servicios pertenecientes a las comunas y Estados federados, que constituyen la inmensa mayoría de los órganos administrativos. Corresponde a las legislaciones de cada Estado miembro o a la jurisprudencia de sus tribunales adoptar o no criterios similares a los establecidos por la *Federal Tort Claims Act* y, en definitiva, poner término al principio de la inmunidad del Estado.

I.3. La experiencia de Chile

En Chile es la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia la que inicia la regulación de la responsabilidad del Estado mediante la aplicación, a los casos sometidos a su conocimiento, de las normas del Código Civil. Esta jurisprudencia, sin embargo, como destaca nuestro Consejero Pedro Pierry, *“se vio considerablemente limitada en cuanto al campo de aplicación, debido al criterio tradicional de incompetencia del Poder Judicial para conocer de asuntos administrativos, lo que se tradujo en que esa doctrina jurisprudencial recayera solamente sobre aquella parte de la actividad administrativa que se exceptuó de la regla general de incompetencia”*¹⁰.

I.3.1. Breve recorrido histórico de la jurisprudencia en nuestro país

I.3.1.a. Primera época

La **distinción entre actos de autoridad y actos de gestión**, obra de la doctrina francesa del siglo pasado y superada también en ese siglo, no se aplicó en Chile en forma sistemática por nuestros tribunales sino que a partir de 1938.

Con anterioridad se pueden encontrar varios fallos que aceptan la responsabilidad del Estado y en los cuales, como señala Patricio Aylwin¹¹, no se invoca el artículo 2320 del Código Civil e incluso, a veces, ninguna otra disposición de ese cuerpo legal. Se pueden encontrar ejemplos en la jurisprudencia anterior a 1938 tanto de faltas de servicio y faltas personales, como de responsabilidad por riesgo o sin falta, sin que estos conceptos, en todo caso, aparezcan mencionados, pero que parecen indicar que, mientras no se pretendió aplicar al Estado las normas del derecho privado, la doctrina de los tribunales avanzó por la misma senda que el derecho francés.

Vayan a continuación los fallos fundamentales al respecto:

¹⁰ Pedro Pierry Arrau. “La responsabilidad extracontractual del Estado”. Publicado en su versión original en *Revista de Ciencias Jurídicas*. Valparaíso y *Anuario de Derecho Administrativo* N° 1 Universidad de Chile, Santiago.

¹¹ Patricio Aylwin Azócar: *Derecho Administrativo*. Editorial Universitaria S.A. 1969, pág. 33.

I.3.1.a.1. Fallo pronunciado por la Corte Suprema, con fecha 8 de enero de 1930, en los autos caratulados “**Lapostol con Fisco**” (Recurso de Casación en el Fondo)¹²:

“Nadie puede ser privado de lo suyo si no es por sentencia judicial, o por expropiación. En consecuencia, el Fisco debe indemnizar los perjuicios causados al dueño de un predio impidiéndole su explotación, sin cumplirse ninguno de los requisitos prescritos por la Constitución Política y con el auxilio de la fuerza pública, de orden de autoridad competente, con el único objeto de que no se perjudicara o interrumpiera el servicio de agua potable de una ciudad y que era absolutamente necesario para la debida atención de la salubridad pública”.

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 demandante que continuara la explotación de canteras, la corta de árboles y otros actos de dominio, en su fundo ubicado en la localidad de Penco, con el único objeto de proteger el servicio de agua potable de esa ciudad. La sentencia estimó que la prohibición impuesta al propietario se debió a orden de autoridad competente, indispensable para un servicio público y que “*se irrogó un daño al demandante en beneficio de la comunidad protegida por ese servicio fiscal*” y que era “*de todo punto evidente*” que el Fisco debía indemnizar los perjuicios ocasionados a este, procediendo a declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto por el Fisco en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 09 de noviembre de 1923.

Este fallo, que aparece ajustado a la equidad, no podría haberse dictado aplicando el Título XXXV del Código Civil, por cuanto no hubo en la especie culpa o dolo de ninguna persona. Tampoco podría haberse considerado al Fisco como responsable aplicando las nociones de falta personal y falta de servicio. Aquí se trata de un caso de responsabilidad objetiva o, para utilizar la terminología del Derecho Administrativo, de un caso de responsabilidad sin falta o por riesgo causado por el Estado en su actividad legítima.

¹² R.D.J. Tomo XXVII, Sec. 1ª, pág. 744.

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 (considerando 4º). Esto llama a reflexión: ¿Debe el particular sufrir por sí solo la carga impuesta por una actividad de común beneficio? Tomado ello como premisa, podemos entender que el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas es la base de razonamiento de la imputación de responsabilidad al Estado sin incurrir en falta alguna.

I.3.1.a.2. Fallo pronunciado por la Corte Suprema, con fecha 11 de octubre de 1938, en los autos caratulados **“Granja con Fisco”** (Recurso de Casación en el Fondo)¹³

Con relación a los actos de autoridad y actos de gestión, cabe destacar que la definición de ambos no ha sido inequívoca, pero sí jurisprudencialmente explorada.

La doctrina de la Corte Suprema en el fallo **“Granja con Fisco”** establece la irresponsabilidad del Estado por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes, al descartar la aplicación del artículo 2320 del Código Civil a la relación entre el Estado y sus funcionarios. En efecto, se señala que:

“El carabinero es directa y personalmente responsable de los hechos delictuosos o cuasi delictuosos 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 cuasi delitos cometidos por sus funcionarios o agentes. A mayor abundamiento, el artículo 2320 del Código Civil hace responsable 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 aquél cuenta con los medios de evitar el daño. La responsabilidad de que habla el art. 2320 del Código Civil no afecta al Estado, menos si se toma en cuen-

¹³ R.D.J. Tomo XXXVI. Sec. 1ª, páginas 277 y siguientes.

ta 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 las relaciones de los particulares con el Estado”.

Esto último había sido ya señalado con bastante anterioridad por nuestro más alto tribunal¹⁴, pero cobró una particular importancia a partir del fallo mencionado. Rechazar toda responsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios equivale a establecer la doctrina de la irresponsabilidad absoluta, lo que no se compadecía, a la altura de los tiempos, con el desarrollo alcanzado por el Derecho chileno.

La jurisprudencia se vio obligada, por ello, a recurrir a la dudosa distinción entre actos de autoridad y actos de gestión para permitir una excepción a la regla tan drástica establecida en el referido **“Granja con Fisco”**.

Dicha distinción se encontraba en el considerando decimoséptimo del fallo de primera instancia de ese mismo caso, el que establecía:

“Que tratándose de la responsabilidad del Estado por los actos cometidos por sus funcionarios o agentes, debe hacerse la distinción de si los actos provienen del ejercicio de funciones de autoridad, o si provienen de actos de gestión. En el primer caso el funcionario o agente ha actuado por el Estado en ejercicio del poder público; y en el segundo como representante de él, sujeto de derechos civiles”. A su vez, el considerando decimoctavo disponía que “las disposiciones de ese título (XXXV del Código Civil) son esencialmente de derecho privado y no pueden aplicarse al Estado por la responsabilidad de los hechos ejecutados por sus funcionarios o agentes como consecuencia del ejercicio de una función pública sino cuando esos funcionarios o agentes ejecutan los hechos consecuentes de un acto de gestión”.

I.3.1.a.3. Fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 8 de junio de 1943, en los autos caratulados **“Aqueveque con Fisco”** (Recurso de Apelación)

¹⁴Fallo pronunciado por la Corte Suprema con fecha 17 de junio de 1911, en los autos caratulados “Donoso con Fisco”.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago el 08 de junio de 1943, al reemplazar la sentencia en la causa **“Aqueveque con Fisco”**¹⁵ (al revocar el fallo de primera instancia y rechazar la demanda) puntualizó que la relación de dependencia que establece el artículo 2320 del Código Civil no existe entre el Estado y sus agentes por cuanto para regularla se han dictado reglamentos y ordenanzas que son los que rigen el vínculo de éste con aquél.

Sin lugar a dudas este fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que se ajustó a la doctrina establecida por la Corte Suprema en **“Granja con Fisco”**, era portador de consecuencias muy difíciles de aceptar, por lo que el Tribunal Supremo adoptó en el caso un criterio diverso:

“El Fisco, representante de la entidad Estado en el orden patrimonial, responde civilmente de los perjuicios causados por un empleado suyo que desempeña funciones o presta servicios en “actos de gestión” de una repartición fiscal que tiene a su cargo un servicio de utilidad pública. En ese caso no se trata de responsabilidad civil alguna del “Estado Poder” por daños causados por funcionarios que realizan actos de autoridad, ejerciendo funciones que corresponden sólo a los poderes públicos; casos en que, ciertamente, por ser actos ajenos al Derecho Privado, no podría ser aplicado el Código Civil y sería necesario que una ley especial creara la correspondiente responsabilidad estatal” () “El chofer que comete el cuasi delito y que trabajaba como empleado dependiente de la Dirección General del Correo, en actos de gestión que el Estado-Fisco desempeña por medio de dicha repartición, encargada de atender un servicio de utilidad común, del todo ajeno a las funciones del poder, no actúa, al manejar la camioneta del correo, en una gestión pública de esa persona jurídica de derecho público”.

“El Fisco es una entidad capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones patrimoniales de derecho privado con motivo de simples “actos de gestión”, carácter que tienen todos aquellos en que administra empresas industriales, de transporte, de comunicación u otros servicios de utilidad común que ha tomado a su cargo solo por motivo de mayor

¹⁵ R.D.J. Tomo XL. Sec. 2ª, páginas 50 y siguientes.

conveniencia pública, y por ello queda sujeto a las ordenaciones del Código Civil”¹⁶.

Esta jurisprudencia sentó definitivamente la aplicación del artículo 2320 del Código Civil para todos los actos de gestión realizados por Estado, pese a ser sus fundamentos débiles, y el criterio de distinción entre actos de autoridad y de gestión se mantuvo en fallos posteriores.

La distinción, tantas veces mencionada, significó necesariamente excluir la responsabilidad del Estado por todos aquellos actos cuya naturaleza no dejaba lugar a dudas sobre su condición de actos de autoridad, como la proveniente, por ejemplo, de la dictación de actos administrativos.

Como reiteraremos más adelante, el más grave efecto de la irresponsabilidad del Estado por actos de autoridad es el de dejar sin reparación los perjuicios provenientes de la dictación de actos administrativos ilegales.

Existen, con todo, sentencias que se apartan en cierta medida de la evolución jurisprudencial que hemos trazado.

I.3.1.a.4. Fallo pronunciado por la Corte Suprema, con fecha 13 de enero de 1965, en los autos caratulados **“Becker y otro con Fisco”** (Recurso de Casación en el Fondo)¹⁷

La jurisprudencia de la Corte Suprema sufrió un cambio de cierta trascendencia con la sentencia dictada en la causa **“Becker y otro con Fisco”**, aceptándose la responsabilidad extracontractual del Estado por una falta cometida por uno de sus agentes sin que haya podido estimarse que hubo actos de gestión. En este fallo se hace aplicable el artículo 2320 del Código Civil cada vez que exista una falta en el origen de los perjuicios ocasionados a particulares; restringiendo el concepto de acto de autoridad sólo a aquel ejecutado *“dentro de las normas legales o reglamentarias”*¹⁸.

¹⁶ R.D.J. Tomo XLII. Sec. 1ª, páginas 392 y siguientes.

¹⁷ R.D.J. Tomo LXII. Sec. 1ª, páginas 6 y siguientes.

¹⁸ Se trataba, en la especie, de una demanda en contra del Fisco por indemnización de perjuicios causados en atropello ocasionado por un radiopatrulla conducido por un carabinero, durante un recorrido policial, infringiendo las normas del tránsito y habiendo sido el conductor declarado culpable del accidente por sentencia del Juzgado de Policía Local correspondiente.

El acto de autoridad, de acuerdo a lo resuelto, sería solamente aquel que se realiza conforme a las leyes o reglamentos, o sea, legalmente, lo que por lo demás es contrario al concepto doctrinario de acto administrativo, que sólo excluye al acto ilegal en caso de vía de hecho¹⁹, y si sólo en estos casos no hay lugar a indemnización en contra del Estado como expresamente se indica, ello significa que la única responsabilidad estatal que queda excluida es la objetiva o sin culpa. Así parece indicarlo también la sentencia al expresar.

“Tratándose de actos de autoridad o de poder, sólo el examen de cada caso en particular determinará si ese acto produce o no responsabilidad para el Estado. En efecto, si por ejemplo, se producen estragos por obras de la naturaleza, como serían los terremotos, o por obra de los hombres, como sería una reunión tumultuosa de gente que perturba gravemente el orden público, sería posible, aceptable y aún necesario que, considerados estos casos, así como otros análogos y de igual gravedad, se llegase a establecer la absoluta irresponsabilidad del Estado, cualquiera que sea el daño que se cause a las personas o bienes, en presencia de su obligación de mantener el orden público”.

I.3.1.a.5. Fallo pronunciado por la Corte Suprema, con fecha 19 de mayo de 1965, en los autos caratulados **“Hernández con Fisco”** (Recursos de Casación en la Forma y en el Fondo)²⁰

En sentencia posterior la Corte Suprema modificó, nuevamente, su criterio, al rechazar el Recurso de Casación interpuesto por la demandante en el juicio **“Hernández con Fisco”**, de 19 de mayo de 1965, reiterando que el artículo 2320 del Código Civil no se aplica en los actos de autoridad. Agregó, eso sí, que:

“Existe acto de autoridad en el cobro de contribuciones, pues hay coacción y el pago del impuesto es inherente y consecuencia misma del concepto de impuesto”.

¹⁹ Pierry Arrau, Pedro, “Competencia de los tribunales Ordinarios para conocer de la Actividad Administrativa”, publicado en *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 4, Valparaíso, Diciembre de 1973, páginas 152 y siguientes.

²⁰ *R.D.J.* Tomo LXII. Sec. 1ª, páginas 93 y siguientes.

En la especie, el concepto de acto de autoridad no concuerda con el dado en el fallo “**Becker con Fisco**”, antes comentado, por cuanto el funcionario del Servicio de Cobranza Judicial de Impuestos, al proceder al cobro de contribuciones, lo hizo, según se manifiesta en la sentencia, sin conformarse a las normas e instrucciones que imparte el Director Abogado, según lo establece la ley. Se menciona que el funcionario actuó ilegítimamente, justamente, para afirmar que:

“El Fisco no responde porque sólo podían afectarle los actos legítimos del señor Rocha, es decir, los ejecutados conforme a las normas e instrucciones que imparta el Director Abogado”.

De esta manera, entonces, de acuerdo con esta sentencia, puede un acto ser considerado como de autoridad, no obstante su ilegalidad, no comprometiendo en este caso la responsabilidad del Estado.

I.3.1.a.6. Fallo pronunciado por la Corte Suprema, con fecha 29 de agosto de 1974, en los autos caratulados “**Caniuman con Fisco**” (Recursos de Casación en la Forma y en el Fondo)²¹

En la causa, por lesiones, “**Evaristo Caniuman Cheuquelao**”, nuestro más alto Tribunal manifestó que:

“...el Estado y las empresas autónomas suyas podrían no responder por los actos de poder público que realicen y produzcan daño o perjuicio respecto de personas o de intereses particulares supuesto en el ejercicio legítimo de ese poder”.

Es interesante señalar que en esa sentencia, que se refiere a un accidente de tránsito en que participó un vehículo del Servicio Agrícola y Ganadero, no se mencionó para nada el término de “acto de gestión”, consecuente con la jurisprudencia “**Becker con Fisco**” que sólo distingue entre actos de autoridad y los que no tienen ese carácter.

²¹ Fallos del Mes N° 190. Septiembre de 1974, páginas 181 y siguientes.

I.3.1.a.6. A modo de síntesis

En síntesis, podemos concluir que la tendencia de la jurisprudencia sobre esta materia es considerar que el Estado no responde por los actos de autoridad. Sin embargo, la extensión misma de este concepto no se encuentra claramente delimitada, ya que podría incluir sólo a los actos válidos o legítimos (fallos **“Becker con Fisco”** y **“Evaristo Caniuman Cheuquelao”**), lo que parece insostenible; o, también, a aquellos en que se ha actuado con imperio, aunque sean irregulares (fallo **“Hernández con Fisco”**).

En todo caso, no quedan incluidos entre los actos de autoridad aquellos como el de conducir un vehículo policial, que si bien no pueden ser calificados como de gestión, no constituyen por sí solos una manifestación del imperio público.

Por el contrario, todos aquellos actos que no son de autoridad, sean o no de gestión de acuerdo con el antiguo concepto, comprometen la responsabilidad del Estado debiendo éste reparar los perjuicios que ocasionen a los particulares, en los términos del artículo 2320 del Código Civil. En estos casos, el Estado tiene derecho al reembolso de lo que haya debido pagar a terceros, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2325 del Código Civil.

I.3.1.b. Lo actual: Inserción en el derecho chileno de los criterios de falta de servicio y falta personal

Pasando por normas de escaso alcance, se llegó a la dictación del Decreto Ley N° 1289 en 1976, Ley Orgánica de Municipalidades, y de la Ley N° 18.575 de 1986, sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Principalmente esta última transformó en derecho positivo chileno las instituciones francesas de falta de servicio y falta personal, acogidas por nuestra doctrina junto a otras que aún no han encontrado, sin embargo, reconocimiento legal, en nuestro país, como la responsabilidad por riesgo y la siempre creciente juridización de los conflictos. Esta última es un avance del Estado de Derecho si se entiende que la juridización reemplaza la justicia de propia mano, la revancha o el uso de la fuerza por particulares o agentes sin título legal para usarla. Es, en el fondo, desarrollo de la vida social en paz.

Los evidentes crecientes alcances del Estado de Derecho y de los más perfilados y desarrollados derechos de las personas involu-

cran, natural y mayormente, al Estado en la solución regulada de los conflictos de interés de todo tipo.

El Decreto Ley N° 1289 del año 1976, sobre Municipalidades, incorporó a la legislación chilena la doctrina francesa sobre responsabilidad extracontractual del Estado al señalar, en su artículo 62, que²²:

“La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando estos no funcionan debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente”.

Si bien no podía caber duda que se trataba de la falta de servicio del derecho francés, definida por los autores en idénticos términos, no se señaló así expresamente.

El artículo 61 inciso tercero, por su parte, señalaba que los funcionarios son civilmente responsables de los perjuicios ocasionados a terceros, cuando han actuado con dolo o culpa.

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado trató, por su parte, la responsabilidad extracontractual en dos artículos²³.

En el cuarto, de aplicación general, señala que:

“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 hubiera ocasionado.”

En el Título Segundo, artículo 44, consagra expresa y categóricamente que **la Administración responde por falta de servicio**, sin perjuicio de *“repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*.

Con posterioridad la nueva Ley de Municipalidades, N° 18.695 de 1988, estableció en su artículo 83, en los mismos términos que la

²² Las referencias que siguen se entienden hechas a la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, la que hoy está considerada en un texto refundido, cual es el DFL N° 2/19.602 (2000), del Ministerio del Interior.

²³ Las referencias que siguen se entienden hechas a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, la que hoy está considerada en un texto refundido, cual es el DFL N° 1/19.653 (2000), de la Secretaría General de la Presidencia.

Ley de Bases, la falta de servicio y falta personal, señalando, sin embargo, que ella procede "*principalmente*" por falta de servicio, lo que deja abierto el campo para una evolución jurisprudencial de la institución hacia otros tipos de responsabilidad.

Algunos han querido ver en la comparación de los artículos 4 y 44 de la ley de Bases Generales, un distinto tratamiento de la responsabilidad extracontractual; particularmente por el hecho de encontrarse en títulos distintos que no se aplican a los mismos órganos en virtud del artículo 18 de la Ley que excluye de la ampliación del título II a la Contraloría General de la República, Banco Central, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión y empresas públicas creadas por ley.

La explicación, sin embargo, a juicio de nuestros administrativistas y según la historia de la Ley, es otra: la comisión que elaboró el proyecto de ley de Bases Generales no excluyó a ningún órgano de la aplicación de las dos disposiciones sobre responsabilidad. Después de una larga discusión en el seno de la comisión acerca de la conveniencia de implantar en Chile la institución francesa, triunfó la posición que así lo sustentaba, pero se aceptó (estimando tal vez que lo que abunda no daña) incluir al comienzo de la ley una **declaración general** del principio de la responsabilidad. Tal reiteración no ha hecho sino dar pie a diversas interpretaciones.

Tanto es así que, si bien obviamente la falta de servicio es la "*culpa del servicio*", como señalan Mazeaud y Tunc²⁴, y que, por ello, la responsabilidad continúa siendo subjetiva, esto es, basada en una culpa, no se descarta jurisprudencialmente, del todo, la responsabilidad objetiva y se omite en oportunidades la necesaria exigencia, establecida por la ley, de probar el mal funcionamiento del servicio o el no-funcionamiento del mismo.

Así, la Corte Suprema, en fallo de fecha 24 de marzo de 1981, en "**Tirado con Municipalidad de la Reina**", señaló en su considerando cuarto:

²⁴ Henri y León Mazeaud y André Tunc, "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual" (tengo dudas si el título lleva coma en la obra original parece que no), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962. Tomo I, Vol. 11 N° 819, pág. 561. También señalan en tomo III, Vol. I, Vol. I N° 2005, pág. 8: "Es la misma Administración la que ha incurrido en culpa, igual que una persona moral de derecho privado en el caso de daño causado por uno de sus órganos. Esa culpa es un acto Administrativo". Más adelante: "Por ello, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo para considerar la falta de servicio, en el estado puro, como una culpa de la Administración, que absorbe y elimina la culpa del funcionario".

“Que no puede haber infracción de las disposiciones del Código Civil cuando la sentencia, con extensos razonamientos, ha aplicado el principio de la responsabilidad objetiva establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades, descartando la responsabilidad por la culpabilidad o fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la casualidad material”.

La sentencia, en su considerando transcrito, no toma en cuenta para nada que el artículo 62 requería que el servicio no hubiere funcionado debiendo hacerlo o hubiere funcionado en forma deficiente, lo que evidentemente implica algo más que la mera casualidad material: implica la falta del servicio, la culpa del ente.

Cabe destacar entre la reciente jurisprudencia trascendente de la Corte Suprema los fallos pronunciados en las causas caratuladas **“Aedo con Fisco”**, **“Domic con Fisco”** y **“Pizani con Fisco”**, dictados con fechas 27 de noviembre de 2000, 15 de mayo de 2002 y 15 de abril de 2003, respectivamente^{25, 26}.

Entre las ideas fundamentales de tales fallos, cabe destacar el que la responsabilidad del Estado es relativa a su función y no es más gravosa que la de los particulares, no es objetiva y prescribe.

Aspectos centrales de estos fallos son, en definitiva:

- Que la responsabilidad estatal corresponde a la naturaleza del Estado;
- Que el Estado es una organización jurídica y política de la comunidad y no un interés opuesto;
- Que el Estado desarrolla funciones enmarcadas en el Derecho Público, de interpretación estricta; y
- Que el ordenamiento jurídico vigente no considera responsabilidades objetivas, ni para particulares ni para el Estado.

I.3.2. *Ideas Finales*

Finalmente, y a modo de asunto pendiente, pese al camino ya recorrido en nuestro país y a la amplitud del campo de aplicación de

²⁵ El fallo “Aedo con Fisco” fue publicado en la *Revista de Derecho del CDE*. Año 1 N° 3, páginas 221 y siguientes. El fallo “Domic con Fisco” fue publicado en la *Revista de Derecho del CDE* N° 7, páginas 157 y siguientes.

²⁶ A los fallos anteriores, cabe agregar el pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 10 de octubre de 2000, en los autos caratulados “contra Zambrano García”, publicado en la *Revista de Derecho del CDE*. Año 1 N° 2, páginas 275 y siguientes.

los principios que fundan la responsabilidad del Estado por su actividad administrativa, queda, sin embargo, un área importante en que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, subsiste la regla general de la irresponsabilidad del Estado como consecuencia de la ilegalidad de los actos administrativos, salvo respecto de aquellos particulares que, accionando ante los tribunales ordinarios, logran el reconocimiento de una ilegalidad concreta y obtienen, al respecto, la reparación o salvaguardia judicial de su derecho lesionado. Esta salvaguardia, por cierto, sólo alcanza a las partes del respectivo proceso.

En nuestro país no existe órgano alguno de carácter jurisdiccional que sea competente para anular, en forma general, los actos ilegales en vigor e impedir los daños que éstos puedan ocasionar a los particulares.

Por cierto, la propia autoridad administrativa puede siempre modificar la situación global mediante actos administrativos posteriores que dejen sin efecto los actos interpretados como ilegales, situación que, como es comprensible, será excepcional. Nadie es buen juez de sus propios actos y menos de oficio. Debieran instituirse mecanismos legales, instancias administrativas y procedimientos breves e idóneos para superar esta carencia de protección al ciudadano.

Por lo anterior, de conformidad con las normas vigentes, la eventual indemnización correspondiente a la responsabilidad del Estado por actos ilegales queda, entonces, sujeta al accionar del administrado, tanto cuando el perjuicio proviene de la dictación misma del acto ilegal (valga la redundancia, por ser ilegal), cuando el perjuicio proviene de la ejecución de ese acto. Ese accionar particular, vale la pena reiterarlo, no impide la ejecución, respecto de otros, de la decisión ilegal y sólo determina la reparación del demandante particular por los perjuicios a éste ocasionados. Este último, en lo atinente a su caso, puede lograr la reparación de los perjuicios sufridos dada la aceptación de competencia por la justicia ordinaria al respecto y en virtud de la aplicación forzosa de las normas contenidas en el Título XXXV del Código Civil, valederas como normas de derecho común aplicables en ausencia de normas especiales por el principio de integridad del ordenamiento jurídico que nos rige²⁷.

²⁷ Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en leyes especiales —de lo que no nos ocupamos en este trabajo— como por ejemplo el artículo 68 de la Ley sobre Juzgados de Policía Local que, aplicada al Estado, solucionó definitivamente el problema de su responsabilidad por accidentes de vehículos fiscales.

Queda, por tanto, en principio, reducida la responsabilidad estatal en Chile a la actividad material de la Administración en los casos en que haya concurrido, y se pruebe judicialmente, culpa o dolo de un agente público, funcionario o ente, dos distintas hipótesis con diferente epílogo para la caja fiscal.

No puedo concluir este artículo sin agradecer la invaluable colaboración de don Arturo Onfray, quien, durante mi convalecencia reciente, y dadas las urgencias de la Revista del Consejo de Defensa del Estado, puso el debido orden en el material y el infaltable vistazo final.