

# TEORIA DEL ORGANISMO, ESTADO DE DERECHO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

## NOTAS SOBRE SU FORMULACION EN EL DERECHO CHILENO

HUGO CALDERA DELGADO  
Profesor de Derecho Administrativo

### SUMARIO

Introducción. I. La teoría del órgano y su fundamentación constitucional y legal. II. Estado de derecho y teoría del órgano. III. La teoría del órgano y la responsabilidad extracontractual del Poder Público: 1. Problemas que suscitan. 2. Etapas que es posible distinguir en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia. IV. Conclusión.

### INTRODUCCIÓN

Con el propósito de propender a esclarecer situaciones relacionadas de manera directa con la seguridad jurídica y garantizar al administrado en sus relaciones con la Administración, que en la época contemporánea son incontables y diversificadas a consecuencia de la misión de servicio público del Estado y de su vocación, claramente manifestada, de conformar y organizar la sociedad intentando racionalizar y optimizar su actividad y la utilización de sus variados recursos, hemos estimado de máxima utilidad mostrar una teoría que explica la forma en que se vincula jurídicamente el poder público y los individuos y, consiguientemente, indicar la manera cómo los actos de la Administración son imputables u oponibles, directamente, al Estado.

El problema señalado se resuelve por la aplicación de la denominada "teoría del órgano", doctrina que se sustenta sobre disposiciones constitucionales y legales, las cuales debidamente coordinadas dan lugar a un sistema integral y cohesionado.

## I. LA TEORIA DEL ORGANO Y SU FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL Y LEGAL

En los diversos órganos del Estado se encuentran radicadas las distintas funciones públicas; el órgano y la función correspondiente constituyen una unidad que, en lo relativo a la Administración, configuran los empleos, cargos o funciones públicas. Dichos empleos o funciones requieren tanto para su creación como para el otorgamiento de sus atribuciones de la dictación de una ley (Constitución Política (CP) art. 44 N<sup>o</sup> 5)<sup>1</sup>, donde la iniciativa exclusiva para su dictación está entregada al Presidente de la República (CP art. 45, inc. 2)<sup>2</sup>; el ejercicio de las atribuciones propias de la función o empleo público debe ejercerse de acuerdo con la ley, con sujeción a la ley, exigencia que consagra el llamado principio de la legalidad administrativa (CP art. 4, actual art. 6, Acta Constitucional (AC)

<sup>1</sup>CP de 1925, art. 44. "Sólo en virtud de una ley se puede: 5<sup>o</sup> Crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones; dar pensiones, y decretar honores públicos a los grandes servidores. Las leyes que concedan pensiones deberán ser aprobadas por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de cada Cámara".

<sup>2</sup>CP de 1925, art. 45, inc. 2<sup>o</sup>. "Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para proponer suplementos a partidas o ítem de la Ley General de Presupuestos; para alterar la división política o administrativa del país; para suprimir, reducir o condonar impuestos o contribuciones de cualquier clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de los servicios de la administración del Estado, tanto central como descentralizada; para fijar los sueldos y salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; para establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; para conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios, y para condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia No se aplicará esta disposición al Congreso Nacional y a los servicios que de él dependan".

Nº 2º) y aún el Jefe Supremo de la Nación no escapa a dicha exigencia (CP art. 71 = art. 9 DL 527, de 1974 y CP art. 72, Nº 2 = Nº 1, art. 10, DL 527 cit.<sup>4</sup>); a consecuencia de la naturaleza jurídica de los cargos públicos, sus funciones para ser ejercidas requieren del concurso o colaboración de las aptitudes de la persona natural, la cual por su ingreso al cargo público pasa a denominarse funcionario público (Estatuto Administrativo (EA) DFL 338/60 arts. 2 letra b) y 139<sup>5</sup>), pero para la validez de las actuaciones administrativas, entre otros requisitos (competencia, motivos, objeto, formalidades y fin) requiere que su instalación en el cargo se haya realizado en conformidad a la ley, esto es, que tenga investidura legal previa (AC 2, art. 6, inc. 19)<sup>6</sup>, y para ello es preciso que su nombramiento se haya efectuado de acuerdo con el EA (CP art. 72 Nº 7)<sup>7</sup> y que del acto de

<sup>4</sup>AC Nº 2, art. 6º. "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma y con los requisitos que prescribe la ley".

"Ninguna magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes".

"Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

<sup>5</sup>DL Nº 527/74, art. 9. "Al Presidente de la Junta de Gobierno está confiada la administración y gobierno del Estado, y su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público interno y la seguridad exterior de la República, de acuerdo con el presente Estatuto, la Constitución y las leyes". DL Nº 527/74, art. 10, Nº 1º. "Son atribuciones especiales del Presidente: 1. Dictar los reglamentos, decretos o instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes."

<sup>6</sup>DFL Nº 338/60, art. 2º, letra b). "Empleado público o funcionario es la persona que desempeña un empleo público en algún servicio fiscal o semifiscal y que, por lo tanto, se remunera con cargo al Presupuesto General de la Nación o del respectivo servicio".

DFL Nº 338/60, art. 139, inc. 1º. "El empleado asumirá su cargo tan pronto como le sea comunicado por escrito el hecho de que el decreto o resolución de nombramiento ha sido totalmente tramitado de conformidad a las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes".

<sup>7</sup>Ver nota 3

<sup>8</sup>CP de 1925, art. 72, Nº 7. "Son atribuciones especiales del Presidente: 7º Proveer los demás empleos civiles y militares que determinen las leyes, conforme al Estatuto Administrativo, y conferir, con acuerdo del Senado, los empleos o grados de coroneles, capitanes de navío y demás oficiales superiores del Ejército y Armada. En el campo de batalla, podrá conferir estos empleos militares superiores por sí sólo".

designación la Contraloría General de la República haya tomado razón (L 10.336/64 (orgánica de cgr) arts. 1, 6 y 10)<sup>8</sup>; en fin, en caso que el órgano del Estado, Administrativo en nuestro ejemplo, no tenga la investidura previa regular, legal, o exceda su competencia o incurra en infracción de cualesquiera de los elementos del acto administrativo, la actuación administrativa resultante adolecerá de nulidad (AC 2, art. 6, inc. final)<sup>9</sup> y dará origen o generará las responsabilidades y sanciones que la ley indique (ídem y art. 7º)<sup>10</sup> y, además, no será obligatoria su obediencia o acatamiento (AC 3, art. 7º)<sup>11</sup>.

La actuación nula y perjudicial de los órganos públicos compromete directamente, la responsabilidad del Estado ante los particula-

<sup>8</sup>Ley Nº 10.336/64 arts. 1º, 6º y 10º. Art. 1º inc. 1º. "La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto.....; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención".

Art. 6º, inc. 1º. "Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen".

Art. 10, inc. 1º. "El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, y se pronunciará sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer, dentro de plazo de treinta días contados desde la fecha de su recepción; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros".

<sup>9</sup>Ver nota 3.

<sup>10</sup>AC Nº 2, art. 7º. "Los preceptos de las Actas Constitucionales y de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los distintos órganos de autoridad, como a toda persona, institución o grupo".

"La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

<sup>11</sup>AC Nº 3, art. 7º. "El deber de acatar las Actas Constitucionales, la Constitución y las leyes, obliga a toda persona, institución o grupo, a obedecer las órdenes que, dentro de sus atribuciones, impartan las autoridades constituidas".

res o administrados (Ac 2, arts. 6 inc. final y Ac 3, art. 11)<sup>12</sup>, sin perjuicio de que pueda, simultáneamente, comprometerse la responsabilidad disciplinaria administrativa, la civil y la penal del funcionario frente al Estado (EA art. 175)<sup>13</sup> en la eventualidad de que se hubiere incurrido en falta o infracción disciplinaria le será aplicada la correspondiente medida disciplinaria (EA art. 177)<sup>14</sup>, si hubiere habido perjuicio patrimonial para el Estado, durante la tramitación del sumario administrativo puede decretarse su suspensión de funciones con la retención del cincuenta por ciento de su sueldo (EA arts. 212 y 213)<sup>15</sup>, sin perjuicio de tener que reparar el perjuicio total causado al Estado (DFL 256/1953, art. 121 inc. final y

<sup>12</sup>AC N° 3, art. 11. "Nadie puede invocar precepto constitucional o legal alguno para vulnerar los derechos y libertades que esta Acta Constitucional reconoce, ni para atentar contra la integridad o el funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen constituido".

"Todo acto de personas o grupos destinado a difundir doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad fundada en la lucha de clases, o que sean contrarias al régimen constituido o a la integridad o funcionamiento del Estado de Derecho, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República".

<sup>13</sup>DFL N° 338/60, art. 175. "El empleado que infrinja sus obligaciones o deberes funcionarios incurrirá en responsabilidad administrativa y será sancionado disciplinariamente, sin perjuicio de su responsabilidad civil y penal".

<sup>14</sup>DFL N° 338/60 art. 177. "Las medidas disciplinarias, por orden de gravedad, son las siguientes: a) Amonestación; b) Censura por escrito; c) Multa de uno a treinta días de sueldo; d) Suspensión del empleo, que puede fluctuar entre treinta días y tres meses; e) Traslado; f) Petición de renuncia, y g) Destitución".

<sup>15</sup>DFL N° 338/60, arts 212 y 213. Art. 212. "En el curso de un sumario administrativo se podrá suspender de sus funciones al o a los inculcados, con medida preventiva".

"Esta suspensión será ordenada por el Fiscal y surtirá efectos desde que fuere notificada al afectado, sin perjuicio de su tramitación posterior en la Contraloría General de la República".

"La suspensión preventiva terminará automáticamente al dictarse el sobreseimiento o al evacuarse la vista del Fiscal, según corresponda".

"El actuario notificará por escrito de este hecho al inculcado para que se reintegre al desempeño de sus funciones".

"La suspensión administrativa no obsta a la suspensión que pudiere ordenar la autoridad judicial".

Art. 213. "La suspensión preventiva privará al empleado del 50% de

EA art. 56)<sup>16</sup> y si el hecho fuere constitutivo de delito deberá darse cuenta al juez del crimen (EA art. 221 y LOCGR arts. 117 y 139)<sup>17</sup>.

La teoría del órgano, por estar fundamentada en disposiciones constitucionales y legales expresas, nos permite a la vez hablar de otra teoría, cual es la del órgano funcionario, institución jurídica que tiene plena validez en las relaciones surgidas, a consecuencia de la actividad administrativa, directamente, entre el Estado y los administrados.

---

su sueldo, a contar desde el 1º del mes siguiente al de aquel en que se hubiere dictado la resolución y mientras ella durare”.

“Al inculpado que fuere absuelto o sobreesido se le restituirá en el ejercicio de sus funciones y tendrá derecho a percibir los sueldos que no le hubieren sido pagados por causa de la suspensión, dictándose al efecto las resoluciones que procedan. Si la suspensión fuere decretada en sumario en el cual no esté comprometida la responsabilidad pecuniaria del afectado, no se le privará de parte alguna de sueldo durante la suspensión”.

“DFL N° 253/1953, art. 121, inc. final y EA, art. 56. Art. 121. “El empleado es responsable ante el Fisco o institución empleadora, de los perjuicios que le causare a consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones, ya sea intencionalmente, por negligencia o por imprudencia. (inc. 2º) Si el Estado resultare pecuniariamente responsable ante terceros a consecuencia de un acto ejecutado por un funcionario en contravención de sus obligaciones, éste deberá enterar en arcas fiscales la cantidad que se fije en favor de ello, a título de indemnización, por resolución judicial ejecutoriada. (inc. 3º) Esta obligación subsiste aún después de que dicho funcionario haya dejado de ser empleado público. (inc. final) El Contralor General podrá ordenar que se retengan por quien corresponda, las remuneraciones, desahucios o pensiones de aquellos empleados o ex empleados que no hayan rendido su cuenta o cumplido reparos de la Contraloría General, dentro de los plazos fijados por las leyes y reglamentos respectivos, sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que esté sujeto el obligado a rendir cuenta”.

DFL N° 338/60, art. 56. “La remuneración que perciban los empleados es inembargable, salvo por resolución judicial ejecutoriada dictada en juicio de alimentos. Puede también ser embargada a requerimiento del Fisco o de la respectiva institución empleadora para hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente de los actos del empleado realizados en contravención a sus obligaciones funcionarias”.

“Ley N° 10.336/64 arts. 117 y 139. Art. 117 “. “Si durante la tramitación del juicio se advirtiere la existencia de hechos delictuosos de los que no tenga conocimiento la justicia ordinaria, el juez de cuentas ordenará formular la denuncia correspondiente. Si estima que esos he-

La norma del EA art. 161<sup>18</sup>, regula, internamente, dentro de la relación de servicio, las consecuencias producidas por las actuaciones del funcionario realizadas excediendo los límites de la competencia atribuida por la ley a su cargo. En consecuencia, dicha norma no se aplica a los administrados, quienes no tendrán que recurrir en contra del funcionario emisor del acto o suscriptor del contrato, sino que directamente en contra de la Administración, en conformidad con la teoría del órgano. El citado art. 161 hay que relacionarlo con el DFL 256/1953<sup>19</sup>, art. 121, norma que se encuentra vigente.

---

chos tienen relación directa con el reparo objeto del juicio, suspenderá el procedimiento hasta que recaiga resolución ejecutoriada en el juicio criminal”.

“El juez de cuentas ordenará, además, poner los antecedentes a que se refiere el inciso anterior en conocimiento de la Tesorería General de la República, para los efectos previstos en el artículo 29, N° 10, de su Ley Orgánica”.

Art. 139. “Si de cualquiera investigación, examen o revisión que practique la Contraloría, resultare que se ha cometido malversación de fondos públicos, soborno, cohecho u otro delito semejante, se pasarán los antecedentes a la autoridad judicial competente”.

“El Consejo de Defensa del Estado, a petición del Contralor, se hará parte en todos los procesos que se inicien por denuncia de la Contraloría en defensa del patrimonio de las instituciones sometidas a su fiscalización; sin perjuicio de que el Contralor General pueda iniciar cualquier juicio civil o criminal o hacerse parte en todo proceso a que pudieren dar lugar los delitos o irregularidades que se notaren en los Servicios sometidos a su fiscalización o control”.

“En aquellos procesos el Contralor o sus delegados prestarán su declaración por medio de informes, en los casos en que sea solicitada, y tales informes constituirán una presunción grave para los efectos de establecer la responsabilidad penal de los procesados”.

<sup>18</sup>EFL N° 338/60, art. 161. “Ningún funcionario podrá tomar la representación del Fisco o del Servicio a que perteneciere para ejecutar actos o celebrar contratos que excedieren de sus atribuciones propias o que comprometiesen el Erario Nacional o el patrimonio del Servicio, salvo que una disposición legal o una orden de autoridad competente le hubiere facultado para tal objeto. Las obligaciones que nazcan de los actos realizados por el empleado con infracción de estas normas, serán de su exclusiva responsabilidad, y si fueren varios los que hubieren intervenido la responsabilidad será solidaria”.

<sup>19</sup>Ver nota 16.

## II. ESTADO DE DERECHO Y TEORÍA DEL ÓRGANO

¿Tiene algún sentido hablar de una teoría del órgano administrativo? y, aún más, ¿dicha formulación teórica presenta alguna utilidad? Las interrogantes planteadas pueden ser respondidas positivamente, a partir de un consenso previo. El postulado del que es preciso partir es el de la utilidad o de la conveniencia de estar regidos por una organización política estructurada y orientada en la ruta de aquel valor político institucional que se ha denominado como inspirador del Estado de Derecho. Sin tener que definir lo que debe entenderse por tal esquema de organización política, preferiremos señalar los elementos de que está compuesto y el orden que dentro de la ecuación debe ser respetado en relación con la disposición de sus elementos integrantes.

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 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 de 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 ni en todas las formas posibles de organización política, sin embargo, él tiene un contenido o substancia específica.

Con los elementos que emanan de dicho contenido hemos elaborado una ecuación que es la siguiente: **Derechos individuales + Principio de legalidad + Control jurídico de la Administración + Responsabilidad del Estado = Estado de Derecho.**

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 sola-



mente aquellos que estimamos imprescindibles, al punto tal que la ausencia de cualesquiera de ellos destruiría la ecuación y, consecuentemente, el Estado de Derecho.

A continuación entraremos al examen de los elementos que configuran la citada ecuación del Estado de Derecho:

La existencia del reconocimiento por el Estado de derechos inalienables en favor del individuo, los cuales no son sino la emanación de su condición humana es, como es sabido, una premisa irremplazable. En la ausencia de dicho reconocimiento los poderes que se viera conferir el Estado por obra del constituyente no tendrían límite, y la objetividad de la organización jurídica cedería, fatalmente, el paso a la subjetividad o a la discrecionalidad arbitraria de la autoridad. Los derechos individuales enmarcan la esfera propia del Poder.

El principio de legalidad, referido a los Poderes Ejecutivo y Judicial, tienen un doble propósito, el de otorgar una competencia específica y el de señalar la o las circunstancias o motivos que permiten dinamizar o exteriorizar la competencia. Su establecimiento opera como valla frente al actuar arbitrario del Poder y como garantía de respeto de que el Poder en el ejercicio de sus atribuciones se circunscribirá a la órbita que le ha sido señalada en la Constitución y dentro de los fines propios que la ley en cada caso le ha señalado. La consagración de los dos elementos indicados carecería de toda significación práctica (y tanto la política como el derecho tienen por objeto alcanzar resultados prácticos, esto es, efectos positivos y útiles), si no se contemplaran dentro de la organización del Estado los mecanismos llamados a verificar si el Poder (muy especialmente el Poder Administrador), en su funcionamiento, se ha ceñido o no al más irrestricto respeto del principio de legalidad que, como hemos indicado, no es inocuo para la vigencia efectiva de los derechos individuales reconocidos en favor de los administrados.

Sin un control efectivo sobre la actuación de los órganos administrativos, la sujeción por parte de éstos al principio de la legalidad resultaría una exigencia que sólo estaría entregada a la buena voluntad de la Administración, en consideración a que cualesquiera que fuere la conducta de los entes administrativos respecto del acatamiento del principio de la legalidad las consecuencias serían indiferentes para la Administración, dado que no habría forma de verificar la sujeción a la legalidad ni tampoco su transgresión. La ausencia del control convertiría en fuego fatuo tanto el reconocimien-

to de derechos individuales como la consagración del principio de legalidad. Luego, al no existir el control jurídico de la Administración daría igual o sería en todo caso indiferente que se contemplaran o no derechos individuales y que se consagrara o que se omitiera establecer el principio de legalidad.

Frente a la transgresión del principio de legalidad nace la responsabilidad del Estado y, en ocasiones, la del funcionario que vulneró con su actuación o con su actitud dicho principio (no obstante, aunque ello no es materia de este trabajo, debemos reconocer que la responsabilidad estatal puede resultar comprometida al margen de toda actuación ilegal y, aún más, dentro de la más rigurosa legalidad administrativa).

El eslabón que cierra la cadena es la consagración de la responsabilidad del Estado, responsabilidad que es detectada o declarada por los mecanismos de control jurídico, especialmente, por los jurisdiccionales, cuando con su actuación o con su omisión la Administración ha violado el principio de legalidad y ha dañado con un vínculo de causalidad directa un derecho individual o un interés legítimo.

Es en relación con el último elemento integrante de la ecuación del Estado de Derecho (con la responsabilidad del Estado) que la teoría del órgano tiene una directa vinculación.

La teoría del órgano, en relación con la responsabilidad, tiene por único y exclusivo objeto proporcionar a los administrados una base real y efectiva sobre la cual fundamentar su derecho a ser indemnizados por los perjuicios derivados de la conducta extracontractual (por acción u omisión) del Poder Público.

### III. LA TEORÍA DEL ÓRGANO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL PODER PÚBLICO

Entre los efectos prácticos que se derivan de la aplicación de la teoría del órgano se encuentra el de servir de fundamento jurídico para imputar al Estado, o a las demás personas jurídicas de derecho público, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses legítimos de los administrados a consecuencia de la actividad de los órganos integrantes de aquél. Dicha imputación es posible sea que la causa del daño provenga de actuaciones materiales, de actos administrativos, de omisiones, de retardos, del funcionamiento parcial o imperfecto y también si la causa del daño es la ac-

tividad irregular (ilegal) o la actividad regular y lícita de los órganos públicos.

La aplicación de la teoría del órgano a la responsabilidad extracontractual del Poder Público prescinde de toda consideración subjetiva relacionada con la conducta del agente público como requisito esencial que deba ser tenido en cuenta para hacer recaer en el Estado la obligación de indemnizar a la víctima. Para que la responsabilidad tenga lugar y para que nazca el derecho de la víctima a ser indemnizada es suficiente que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público y que haya un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido.

En los números siguientes examinaremos, entre otros aspectos comprendidos en el problema de la responsabilidad extracontractual del Estado, los elementos esenciales que deben ser considerados en el estudio de la responsabilidad indicada y la evolución de la jurisprudencia de los tribunales chilenos en la materia.

### *1. Problemas que se suscitan*

El problema de la responsabilidad extracontractual del Estado se reduce a la imputación a éste, o a las demás personas jurídicas de derecho público, de los perjuicios ocasionados a los particulares a consecuencia de las actuaciones, de las omisiones, de los retardos y de las prestaciones parciales provenientes de aquél y de éstas y a la consiguiente condena judicial para la reparación de los daños causados. Hemos dicho que, en general, el perjuicio puede tener origen tanto en una acción como en una omisión. La acción perjudicial puede provenir de una decisión jurídica de carácter unilateral, esto es, de un acto administrativo, como también de una actuación simplemente material del Poder Público.

La actividad administrativa causante del perjuicio puede recaer en una resolución o en una actuación material irregulares, desde el punto de vista del principio de la legalidad. La omisión de la Administración para poder comprometer la responsabilidad extracontractual del Poder Público tiene, necesariamente, que contravenir un deber positivo de actuación, situación que hace o que convierte en irregular la actitud pasiva de aquélla.

Ahora bien, es menester tomar en consideración la circunstancia

consistente en que siendo la Administración y el Estado entes jurídicos o ideales que no tienen existencia natural sino "normativa", tanto su capacidad como su voluntad sólo existen en la medida en que la Constitución Política o la ley, o ambas a la vez, hayan querido otorgárselas, teniendo como modelo la capacidad, la voluntad y el discernimiento de la persona humana, es decir, del hombre. Por ello, la capacidad de la persona jurídica y su posibilidad de actuación material ha tenido que llevarse a cabo con el concurso de seres humanos, los cuales reciben, genéricamente, el nombre de agentes públicos, de funcionarios o de empleados públicos. La circunstancia anotada, consistente en la necesidad imperiosa e ineludible en que se encuentran las personas jurídicas en general y el Estado, en particular, de recurrir a la colaboración de personas naturales, produce como consecuencia que en todo perjuicio causado por el Estado, ya sea que él tenga su origen en una acción o en una omisión, va a vincular directa e inmediatamente con el hecho perjudicial a una persona natural (agente o funcionario público), pero sólo desde el punto de vista físico. Esta intermediación entre el daño y la víctima, en la que se encuentra siempre a un agente público, órgano de la Administración o del Estado, ha sido fuente de errados enfoques o planteamientos del problema de la responsabilidad extracontractual del Poder Público.

En Chile el planteamiento equivocado sobre la perspectiva desde la cual debe ser observado y analizado el problema de la responsabilidad extracontractual del Estado se ha visto complicado por la posición negativa (injustificada y sin base constitucional, en nuestra opinión) de los Tribunales Ordinarios de Justicia para conocer de los litigios contencioso administrativos, actitud ésta que se ha visto agravada por la tesis, aceptada por los tribunales, acerca de la naturaleza de la actividad estatal involucrada en el perjuicio que motiva la reclamación. En efecto, nuestros tribunales ordinarios han distinguido entre actos administrativos o de poder público y actos de gestión; considerando dentro de los primeros a aquéllos que exteriorizan el ejercicio de potestades de poder público y, dentro de los últimos, de los de gestión, a los actos que aún cuando emanan de la Administración no presentan diferencias cualitativas esenciales con los que los particulares entretienen con ocasión de sus relaciones jurídicas privadas.

La responsabilidad extracontractual del Estado puede emanar de

dos fuentes diversas: del constituyente y del legislador, quienes la consagran expresamente, y de la jurisprudencia de los tribunales de justicia, en aplicación de las normas positivas expresas y de los principios generales de derecho, respectivamente. La última fuente, cuando se fundamenta en los principios generales de derecho, es la que ha surgido en Francia por obra de la labor pretoriana del Consejo de Estado. Sin embargo, nada impide en el caso en que la responsabilidad extracontractual del Estado haya tenido origen en la elaboración jurisprudencial erigida sobre la base de los principios generales de derecho, con posterioridad, venga la ley a dar expresión positiva y obligatoriedad general a la solución jurisprudencial.

## *2. Etapas que es posible distinguir en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia*

Como habíamos adelantado, ha conspirado en contra de la elaboración de una jurisprudencia erigida sobre principios de derecho público la equivocada interpretación del principio de separación de los Poderes y la tendencia de los tribunales a aplicar a los litigios en que se discute acerca de la responsabilidad extracontractual del Poder Público los artículos 2320, 2322 y 2329, del Título xxxv, del Libro iv del Código Civil.

La fundamentación de la responsabilidad extracontractual del Estado sobre la base de disposiciones positivas de derecho privado constituye un error. El Estado se rige por un sistema normativo propio, el cual está contenido en la Constitución Política del Estado, en las leyes orgánicas de los Servicios Públicos, en la ley Nº 10.336/64 "Orgánica de la Contraloría General de la República" y, fundamentalmente, en el Estatuto Administrativo, sin perjuicio de las demás normas especiales referentes a la Administración del Estado.

Dentro de la evolución jurisprudencial chilena se distinguen las siguientes perspectivas:

*En primer término* dicha jurisprudencia aparece jalonada por una serie de fallos que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado sobre la base de principios de derecho público. La fundamentación de las sentencias que se inscriben en esta línea iuspublicista aplica, tácitamente, los principios elaborados por la jurisprudencia pretoriana del Consejo de Estado Francés. Exponentes de esta jurisprudencia son las causas "Morán con Fisco" (Corte de Ape-

laciones de Santiago, 29/10/1906), este juicio se inició en una demanda de indemnización de perjuicios por daños en el mobiliario de una vivienda requisada por oficiales del Regimiento Pisagua durante la Guerra Civil de 1891. Es interesante recordar que en 1891, constitucionalmente, no existía ejército ni armada, por no haber sido despachada por el Congreso la correspondiente ley periódica, en conformidad con lo que establecía la Constitución de 1833, art. 37, Nº 3º (Art. 37: "Sólo en virtud de una ley se puede: 3º Fijar igualmente en cada año las fuerzas de mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra"). La demanda fue rechazada por las sentencias de primera y de segunda instancia. El considerando clave expresó: "Para 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".

En el fallo "Sociedad Fuschs y Plath con Fisco", (Corte de Apelaciones de Santiago, 11/1/1908, RDJ I. v. Sec. 2º, 55) recaído en una demanda de indemnización de perjuicios derivados de haber sido arrojada al mar una partida de cerveza de propiedad de la demandante, por orden de la fuerza pública, con el objeto de evitar que la bebida cayera en poder de huelguistas que alteraban gravemente el orden público, la sentencia de alzada expresa: "Que el deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no la faculta para adoptar el primer medio que se le presente ni la exime de la obligación de recurrir entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares" y "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 su apropiación por los huelguistas y los excesos a ella consiguientes; y, por el contrario, la circunstancia de haberse verificado esa operación en dos días diferentes y de no explicarse porqué la cerveza no pudo ser guardada en bodegas u otros lugares adecuados contribuye también a formar la presunción de que no fue aquél el último y supremo arbitrio a que ha debido recurrirse". La demanda fue acogida. La única observación que merece esta sentencia consiste en que los argumentos transcritos se agregó una referencia expresa al artículo 2329 del Código Civil,

circunstancia que le da a su fundamentación un carácter híbrido, siendo innecesaria la invocación del artículo citado.

"Lapostol con Fisco" (Corte Suprema, Cas. fondo, 8/1/1990). Demanda de indemnización de los perjuicios causados al dueño de un fundo a quien se le impidió el ingreso y la explotación del predio, por orden de autoridad competente, a fin de asegurar el abastecimiento de agua potable a una población. Este fallo es doblemente notable. En primer lugar él condena al Fisco a indemnizar los perjuicios provenientes del ejercicio regular de la competencia de un órgano público y, en segundo término, el fallo basa la responsabilidad extracontractual del Estado en principios de derecho público, expresamente reconocidos en la Constitución Política del Estado, en la especie, el de la igualdad ante las cargas públicas. En el fundamento de la responsabilidad del Estado está absolutamente ausente la idea de culpa, ésta es inexistente tanto como falta de servicio o como falta personal. En uno de sus considerandos se expresa: "Que las medidas dictadas por el Intendente de Concepción dados los antecedentes que las 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". El fallo acogió la demanda.

La *segunda etapa* que jalona la jurisprudencia chilena, en relación con la fundamentación de la responsabilidad extracontractual del Estado, queda demostrada con los fallos siguientes:

"Mario Granja con Fisco" (Corte Suprema, Cas. fondo. 11/x/1938. RDJ xxxvi Sec. 1ª 277). En esta sentencia se aplica el art. 2314 del Código Civil, al establecer la responsabilidad personal del agente público, cuando éste, en el desempeño de sus funciones públicas, comete un delito o cuasidelito que daña a los particulares. El fallo declara improcedente, en este caso, la aplicación del art. 2320 del citado Código, en razón de que él sólo es aplicable a las relaciones entre particulares y a que el vínculo jurídico que une al Estado con sus funcionarios es de derecho público. Además, según la Corte, tampoco puede invocarse el artículo referido en atención a que no es posible estimar que el funcionario (en este caso un carabinero) se encuentra al cuidado del Fisco. En primera instancia se hace la distinción entre actos de autoridad y de gestión.

"Rettig con Fisco" (Corte Suprema, Cas. fondo, 15/xi/1941,

RDJ xxxix, Sec. 1ª 343). Este fallo establece que tratándose de daños causados a particulares a consecuencia de actos de gestión rigen las normas sobre responsabilidad extracontractual del Tit. xxxv del Código Civil. Según esta sentencia los actos de gestión pueden provenir tanto del Fisco como de las Empresas del Estado, y que a los perjuicios originados a consecuencia de aquéllos debe aplicarse las normas del Código Civil.

“Aqueveque con Fisco” (Corte Suprema Cas. oficio, 17/xi/1941, DRJ T. xxxix, Sec. 1ª 345), anuló de oficio la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que había acogido una demanda de indemnización de perjuicios provenientes de un accidente del tránsito por estimar que contenía considerandos contradictorios. La sentencia anulada fundamentaba la responsabilidad del Estado en el art. 2320 y, en otro considerando, la basada en el art. 2314. La Corte de Apelaciones de Santiago (8.6.1943, RDJ XL, Sec. 2ª 50) rechazó la demanda por estimar que el accidente fatal se produjo a consecuencia de un “acto de gestión pública”, cuya regulación está sometida a normas de derecho público. Declara que el art. 2320 resulta inaplicable, en atención a que el vínculo jurídico que liga al Estado entre actos de gestión pública y de gestión privada. Los primeros, según ella, son los actos potestativos (unilaterales, esto es, administrativos) dictados con ocasión de la gestión administrativa de los servicios públicos y, los segundos, son los actos de naturaleza convencional, en los cuales están ausentes las prerrogativas unilaterales. La Corte Suprema (Cas. de fondo, 8/xi/1944, RDJ XLII, Sec. 1ª 392) fundamentó la responsabilidad del Estado en el art. 2320 del Código Civil, por estimar que el daño fue causado con ocasión del desempeño de un acto de gestión, por el cual el Estado es civilmente responsable: estimó que la regla que regula la responsabilidad en el caso de daños provenientes de actos de gestión, no es aplicable a los actos de autoridad, es decir, a aquellos inherentes a funciones propias del Estado-Poder. Para que el Estado pueda ser condenado a indemnizar los perjuicios causados por los actos de autoridad se requiere la ley especial expresa; considera como actos de gestión “a todos aquellos en que el Estado administra empresas industriales, de transporte, de comunicación u otros servicios de utilidad común que ha tomado a su cargo solo



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

Dentro de la línea jurisprudencial que distingue entre actos de autoridad y de gestión se encuentra “Arcaya con Municipalidad de Valparaíso”. La única variante consiste en que en este caso se aplicó el art. 2329 del Código Civil. La Corte de Valparaíso (3/XII/1948) expresó: “Si la corporación demandada no ha comprobado la imposibilidad de proveer a las medidas de seguridad a que por la ley se encuentra obligada, le afecta la presunción de culpa del art. 2329 del Código Civil”. La Corte Suprema (Cas. de fondo, 4.8.1952, RDJ T. XLIX, Sec. 1ª 281) al rechazar el recurso interpuesto por la Municipalidad de Valparaíso expresó que el fallo de la Corte “se basa en la culpa de la Municipalidad” y que “el daño se debió a descuido o negligencia de sus obreros, de cuyos actos, según el fallo, responde en conformidad al art. 2320, y aun a negligencia de ella misma”; consideró que la responsabilidad de la Municipalidad de Valparaíso podía fundamentarse tanto en el art. 2320 como en el 2329 y, aún más, en ambos artículos.

La *tercera etapa*, o más bien, la tercera tendencia que se observa en la evolución jurisprudencial dice relación con el fallo “Becker y otro con Fisco” (Cas. de fondo, 13/1/1965, RDJ LXII, Sec. 1ª 6). En él la Corte Suprema precisa lo que debe entenderse por acto de autoridad, al decir que “son aquellos que directamente emanan de una ley o de un reglamento, y que si las personas encargadas de ejecutarlos obran dentro de las normas legales o reglamentarias, no dan lugar a indemnización de perjuicios”. De este fallo se deduce que cuando con ocasión del desempeño de una función pública inherente al poder público se causa un daño a un particular, siempre que el perjuicio o la lesión en los derechos de los administrados haya provenido a consecuencia del desempeño irregular de dicha función, el Estado debe ser condenado a reparar el daño en virtud de lo dispuesto en el art. 2320 del Código Civil. En consecuencia, cada vez que con ocasión de un acto de autoridad, ejecutado sin sujeción irrestricta del principio de legalidad, se haya infringido un daño a un particular, dicho acto pierde su calidad jurídica de acto de autoridad, sin que por ello se convierta en acto de gestión ni en acto personal del agente. En la hipótesis señalada, interpretando el fallo de la Corte Suprema, desaparece la irrespon-

sabilidad del Estado, resulta aplicable el art. 2320, no obstante, haber comprometida una falta cometida en relación con el desempeño de una función pública de "autoridad".

#### IV. CONCLUSION

Dejamos en claro la íntima relación que existe entre Estado de Derecho, Responsabilidad del Poder Público y Teoría del Órgano. Explicamos también el problema real que plantea la responsabilidad extrancontractual del Estado, reduciendo a lo esencial sus elementos. Finalmente, mostramos la evolución que ha experimentado nuestra jurisprudencia, sin emitir, en esta parte, ningún juicio valorativo.

De un análisis crítico sólo se excluye la primera etapa de nuestra evolución jurisprudencial. En ella los tribunales fundamentan la responsabilidad extrancontractual del Estado sobre la base de principios extraídos de normas de derecho público chileno, tácitamente, es cierto, salvo en el juicio "Lapostol con Fisco", en que se aplica el Nº 99 del art. 109 de la Constitución Política de 1925.

La segunda etapa de la jurisprudencia chilena distingue entre actos de autoridad y de gestión. La citada diferenciación o clasificación es inaceptable tanto desde el punto de vista del derecho positivo como desde el de la equidad natural. Jurídicamente, tanto desde la perspectiva del Derecho Constitucional como desde el Derecho Administrativo, la aludida clasificación carece de todo fundamento. La actividad administrativa da origen a actos materiales y a actuaciones jurídicas. Las últimas, a su vez, puede recaer en actos administrativos (unilaterales) y en convenciones y contratos. Los contratos se clasifican en contratos administrativos (regulados por el derecho público) y en contratos privados de la Administración (sometidos al derecho común). La responsabilidad extrancontractual, ciertamente, no tiene relación alguna con los contratos y convenciones, sean de derecho público o de derecho privado. Desde el punto de vista de la equidad los actos de autoridad, por efecto de la jurisprudencia, constituyen fuente de injusticia, en atención a que los tribunales chilenos consideran que el Estado es irresponsable en relación con los perjuicios causados por aquéllos. Correlativamente, los actos de autoridad, significan una carga injusta que gravita sobre los administrados, quienes deben soportar las

consecuencias de un daño injusto e irreparable. Sólo los llamados actos de gestión dan lugar a indemnización, en opinión de nuestros tribunales, cuando con ocasión de ellos se ha cometido una falta que, a su vez, ha lesionado un derecho de un particular. También cuando con ocasión de un acto de gestión dañoso se condena al Estado a indemnizar en aplicación de los arts. 2320 y 2329 del Código Civil, se incurre en un error jurídico de proporciones, en consideración a la existencia de una legislación especial, de derecho público, que regula las consecuencias que se derivan de la relación de función pública, esto es, del contenido de la relación jurídica existente entre el Estado y sus funcionarios. La sola consideración del art. 49 y del inciso 29, in fine, del art. 547 del Código Civil, excluiría, lógicamente, toda posibilidad de aplicación del citado cuerpo legal a la relación de función pública. La última norma citada dice: "estas corporaciones y fundaciones (el fisco, las municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos del erario) se rigen por leyes y reglamentos especiales".

La tercera etapa jurisprudencial, representada por el juicio "Becker y otros con Fisco", manteniendo la aplicación de las normas del Código Civil a la responsabilidad extracontractual del Estado, excepto cuando se trata de actos de autoridad (por los que el Estado es irresponsable en ausencia de texto legal especial y expreso), reduce el concepto de acto de autoridad y, consiguientemente, la irresponsabilidad del Poder Público, al excluir del concepto citado a los actos de poder público realizados con violación del principio de legalidad.

Fuera de las objeciones técnicas señaladas en relación con la jurisprudencia, subsiste un problema de fondo: consistente en dar perjuicios por la actuación, la omisión, el retardo, el funcionamiento parcial y, en general, por el hecho derivado de la actitud regular o culpable (con falta) de los órganos públicos.

La Segunda Parte contiene la caracterización armónica y estructural de las disposiciones positivas del derecho público chileno vigente en que descansa la teoría del órgano. En las notas se indican, textualmente, dichas normas positivas.

Sin embargo, es posible que alguien pueda preguntar ¿Es posible fundamentar la responsabilidad extracontractual del Estado en forma que se otorgue un amparo más efectivo que el que actualmente

se brinda a los particulares? y, en caso de una respuesta afirmativa ¿Sería posible basar dicha responsabilidad en normas de derecho público, con total prescindencia del derecho privado?

La teoría del órgano se limita a constatar, para imputar un perjuicio al Estado, si el daño ha sido causado a consecuencia de la actuación, de la omisión, del retardo o del funcionamiento parcial de un servicio público, sin considerar para nada, si el daño resultante es imputable a culpa o negligencia del agente público, siendo suficiente para condenar al Estado la concurrencia de tres circunstancias: a) que la conducta que causó el daño no pueda estimarse como desprovista de relación con el servicio; b) que el agente o agentes que han actuado o debido actuar, tengan una relación de servicio con el Estado; y c) para que la responsabilidad del Estado pueda verse comprometida debe existir una relación de causalidad directa entre el daño y el hecho invocado como origen a aquél. Luego, es indiferente que haya habido o nó culpa o falta de parte del agente público. En nuestro derecho, hay perjuicios que pueden comprometer la responsabilidad del Estado en ausencia de todo tipo de falta o de culpa, aun cuando el daño se haya causado con ocasión del ejercicio regular de las competencias atribuidas por la Constitución o la ley a los órganos públicos.

Como hemos visto (en la Segunda Parte), la teoría del órgano se fundamenta, exclusivamente, en normas positivas de derecho público, en atención a que, técnicamente, sólo ellas son aplicables a los casos en la responsabilidad pueda estimarse comprometida. Esta teoría tiene vida propia, su vigencia es actual y, lo que es más importante, ella está apoyada en el derecho positivo chileno, lo que hace innecesario tomar de prestado la admirable construcción jurisprudencial emanada del Consejo de Estado de Francia.