

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Notas para un enfoque unitario de la
responsabilidad extracontractual del Estado

Eduardo Soto Kloss *
Profesor de Derecho Administrativo

INTRODUCCIÓN

Dicen que el hombre es el único animal que piensa y razona.

Y es que —a pesar de que al ver la actuación de tantos a través de la historia más de alguno pudiera pensar lo contrario y creer la proposición precedente derechamente errónea— el hombre, a pesar de todo, no sólo es un animal social y político sino también un animal razonante¹.

Sí, sólo inferior a los ángeles², Dios lo hizo imagen suya, y esa imagen es precisamente la razón que Aquel, en Su divina bondad, le insuflara, confiriéndole así nada menos que el señorío sobre todo lo creado.

* Se reproduce con agregación de notas, y reelaborada, la exposición que sobre el tema hiciera el Prof. Soto Kloss en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo celebrado en Montevideo (Uruguay), entre el 14 y 16 de diciembre de 1982.

ABREVIATURAS USADAS EN LAS NOTAS

RCHD Revista Chilena de Derecho
RDJ Revista de Derecho y Jurisprudencia
RDP Revista de Derecho Público
RCJ Revista de Ciencias Jurídicas (Valparaíso)

¹ “Puedo muy bien concebir un hombre sin manos, pies o cabeza, pero no puedo concebir al hombre sin que piense: sería una piedra o un animal”, Pascal (*Pensées* 339 ed. Brunshwieg/Garnier, Paris. 1960, 162). “Pensée fait la grandeur de l’homme”, dirá en 346; y en 347, 2 dirá: “Toda nuestra dignidad consiste precisamente en el pensar”. Es en 347, I donde Pascal refiere su célebre “L’homme n’est qu’un roseau, le plus faible de la nature; mais c’est un roseau pensant” (cursivas nuestras).

Sobre aquello del hombre como “animal social y político”, es la célebre formulación de Santo Tomás de Aquino (*De Regimine Principum*/Del gobierno de los príncipes, Libro I, Cap. I, donde explica estas características intrínsecas del hombre, según su propia naturaleza; en Ed. Losada, Buenos Aires. 1964, 17-21, la cita en 17).

² *Salmo 8* “Cuando contemplo los cielos, obra de tus manos, la luna y las estrellas que Tú formaste, digo: ¿Qué es el hombre para que de él te acuerdes, y el hijo del hombre para que de él cuides? *Le hiciste poco menor que los ángeles*, y de gloria y honor le han coronado. Le diste señorío sobre las obras de tus manos y todo lo has sujetado bajo tus pies” (cursivas nuestras).

Sí, creatura razonante; a pesar de que muchísimas veces se guía el hombre más por sus impulsos, sus pasiones y sus instintos que por su razón.

Si me refiero a esto es porque no parecería que en esta materia de la responsabilidad del Estado-Juez, vale decir por su actividad judicial, se haya hecho un análisis verdaderamente riguroso y profundo, convincente y completo, que dé debida cuenta, al menos en el análisis racional, de este tema, y en su integridad; tema, es cierto, un tanto tabú, y con razón —en alguna medida—, pues allí hay algo del famoso dilema que planteara ya Platón³ y que recordara cáusticamente Juvenal⁴ en una de sus sátiras: *Quis custodiet ipsos custodes?*

I. LA QUAESTIO (situación o estado del tema)

1) El caso más frecuentemente citado como fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado/Juez es aquel del vulgarmente llamado “error judicial”, y en lo que se refiere específicamente a lo penal, es decir a la condenación de un inocente, así posteriormente reconocido en un proceso de revisión de una sentencia anterior. Frente a estos casos de error judicial penal es usual que se admita la responsabilidad del Estado a fin de indemnizar al inocente, o a sus herederos⁵⁻⁶.

³ En *La República* o de la justicia, donde cree que son los filósofos/gobernantes o gobernantes/filósofos quienes deben gobernar; son los que llama “guardianes” o custodios de la ciudad, guiados sólo por su sabiduría y cuya voluntad viene a ser su suprema ley por ser ellos la ley viviente: vid. 475, en cuanto ellos “contemplan la verdad”; de allí a frase “y ¿quién custodia a los guardianes?”.

El mismo Platón responderá ya anciano (*Las leyes* o de la legislación, 875 a) que no cabría confiar sólo en la sabiduría de los mejores o más sabios sino que eran imprescindibles las leyes, que se impondrían incluso a los gobernantes: “los hombres han de establecer necesariamente leyes y han de vivir de acuerdo con ellas, so pena de no diferenciarse absolutamente en nada de los animales salvajes. Y la razón de ello está en que ninguna naturaleza humana nace suficientemente dotada para saber lo que es más provechoso para un régimen político humano y para, al mismo tiempo, sabiéndolo, poder y querer hacer siempre lo mejor”.

⁴ JUVENAL, *Sátiras* VI (en Ed. Iberia. Madrid, 1959, 94).

⁵ Sea que la misma sentencia que acoge la revisión determine la indemnización condenando al Estado a su pago, como v. gr., en Francia, de acuerdo a la ley de 11.6.1895 —que modificara el art. 446 del Código de instrucción criminal (vid. v. gr., C. Vedel *cit.* 314; Ch. Bréchon-Moulènes *cit.* 69-71), sea que se determine dicha indemnización en un procedimiento breve y sumario, como ocurre en Chile, según lo dispone la Constitución (1980), art. 19, N° 7, letra i. Recientemente (11.5.1982) y como primera aplicación, a nuestro conocimiento, de este texto constitucional de 1980 se ha condenado en primera instancia al Fisco de Chile al pago de 1 millón de pesos por error judicial en un asunto de infracción a la Ordenanza General del Tránsito (vid. *Rodríguez Rivero con Fisco*, en RCHD 9 (1982) 350-363).

⁶ El tema del error judicial —y especialmente en materia penal— limita también con la literatura, siendo variadas las obras al respecto; vid. v. gr., H. ROBERT, *Les grands procès de l'histoire*. Payot. Paris, 1922; J. GARCÍA y otros, *Grandes procesos de la historia* (3ª ed.) Mateu., Barcelona, 1957; R. FLOROT, *Los errores judiciales* (2ª ed.). Noguer., Barcelona, 1972, interesantísimo estudio sistemático de los errores

2) Sin embargo, mucho más frecuente que esta situación —y también en el ámbito penal— es la referente a las detenciones preventivas, en el caso de la instrucción de un proceso penal, detenciones que pueden durar no poco tiempo, y agraviar sobremanera a una persona, quien —a la postre— es liberada incluso sin cargo alguno, y es más: con certificaciones que no le ha sido hecho cargo alguno ni encontrado culpabilidad en los hechos, certificaciones emanadas de la propia autoridad encargada de la instrucción de la investigación.

Y, con todo, no suele ser comúnmente admitida la hipótesis que este sujeto detenido y luego liberado tenga derecho a ser indemnizado por los perjuicios, y definitivos, que ha sufrido por la actividad o acción de los servicios judiciales, acción que, por lo menos, ha de calificarse de torpe, cuando no de negligente o incluso indolente⁷.

3) Pero los servicios judiciales, y la administración de justicia, pueden producir daños y provocar perjuicios no sólo en la pesquisa y castigo de delitos, sino también en materia civil, incluyendo en este término todo lo que no es penal, esto es civil, comercial, laboral, tributario, menores, e incluso administrativo.

Valga simplemente referirse, v. gr., a medidas cautelares, que producen sus efectos y que luego apeladas son revocadas, pero el perjuicio producido ha sido en casos determinados bien definitivo: y ello que el perjuicio se produzca sea porque se concedieron sin deberse conceder, o que se origine el daño precisamente por haberse denegado debiéndose haberlas concedido. O también, v. gr., la denegatoria de suspensión de un acto administrativo, que produciendo efectos dañe de tal modo, que sea imposible su reparación posterior (un acto administrativo que ordena la demolición de un edificio porque amenaza ruina, dictado, v. gr., con una su-

judiciales y de las causas que los motivan. Aun cuando se trate de errores históricos más que judiciales, vid. P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*. Fayard. Paris. 1962; un libro muy sugerente es M. ROUSSELET, *Les cas de conscience du magistrat*. Perrin. Paris. 1967.

⁷ Suele citarse una ley alemana de 14.7.1904 como una de las primeras que establecían la reparación por detenciones preventivas sufridas inmerecidamente (vid. G. DUNL, *cit.* 618, nota 47), ampliada hoy por una ordenanza general de 15.12.1956. MARIENOFF (*Tratado cit.* IV, 773, nota 142) cita el art. 29 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz, que hace responsable al Estado en el supuesto de que alguien haya estado detenido por más de 60 días y fuere luego absuelto o sobreseído definitivamente. REIRIZ (*cit.* 81) menciona también las Constituciones de las Provincias de La Pampa y del Chaco (ambas de 1952), cuyos arts. 15 y 10, respectivamente, consagran la responsabilidad de la Provincia en los supuestos de prisión preventiva en procesos criminales en que resulte el detenido luego absuelto o sobreseído definitivamente por sentencia firme. En Francia (vid. Bréchon-Moulènes *cit.* 73s.) la ley de 17.7.1970 (Nº 70-643) dispone la indemnización pero sólo cuando esa detención provisional le ha causado al afectado un perjuicio "manifiestamente anormal y de una particular gravedad".

gerente desviación de poder, o una clara desproporción de medio a fin). O aun: en asuntos de menores o de fallidos, la designación de tutores o síndicos cuya tarea resulta desastrosa para los intereses de aquéllos. O incluso: la suspensión provisoria, v. gr., de la licencia para conducir vehículos motorizados, de quien, en definitiva, es absuelto o sobreseído.

Y cuando nos referimos a estas medidas cautelares no sólo pensamos en aquellas resoluciones carentes de mérito o infundadas, y que luego son enmendadas en el mismo proceso, sino también aquellas donde se ha incurrido en un vicio no de apreciación sino, v. gr., de abuso de poder, de incompetencia, de violación de la ley, etc.

También suele ser raramente admitida la obligación del Estado a reparar los daños provocados en esta actividad jurisdiccional.

4) Y los daños que puede provocar esta actividad jurisdiccional no sólo pueden referirse a su actividad contenciosa, sino también no contenciosa, es decir, graciosa o voluntaria, actividad donde el juez, y el tribunal, emite actos de certeza, de certificación, de constancia, y asimismo de autorización, de validación, de aprobación, etc. Se diría *casi* una actividad administrativa del juez, de fe pública del tribunal de justicia (actividad que la ley ha preferido, por su importancia, entregar a un juez de la República, que no a un funcionario de la Administración... al parecer más proclive éste a las seducciones de lo material, y menos acostumbrado que los jueces a la austeridad y a la templanza).

Y estos daños provocados en tal actividad de la judicatura ¿no merecen, acaso, ser indemnizados?

5) Pero no sólo en estas actividades de los órganos judiciales se pueden originar y se producen daños; no sólo a través de resoluciones judiciales (actividad jurídica) los servicios de la Administración de Justicia de una República o de un Estado causan perjuicios y dañan. También lo hacen en su actividad material: piénsese, v. gr., en su actividad de policía judicial, de custodia de documentos, de depósitos de dineros, valores, joyas, bienes muebles en general, de pérdidas de expedientes, demoras en la tramitación misma de los procesos, lentitudes injustificadas en la expedición de trámites, diligencias e incluso resoluciones, actuaciones enteramente abusivas de órganos judiciales, aprovechamiento ilícito de consignaciones o depósitos de dineros hechos en determinados procesos, declaraciones a la prensa que resultan dañosas para la honra de las personas, etc.⁸.

⁸ Suele en Argentina citarse el caso *Rivero Haedo* (1937), en que se sustrajo de una sucesión cuyos autos se tramitaban en un determinado juzgado, por un funcionario judicial, sumas de dinero, condenándose al Estado a la devolución de lo faltante; señala en este caso la Suprema Corte de la Nación que "si pudiera excusarse el Estado de la obligación de devolver a sus dueños un depósito fraudulentamente

Es decir, "faltas del servicio" judicial⁹, porque éste no actúa debiendo actuar, actúa tardíamente, o actúa de modo ineficiente. ¿No está obligado, acaso, a responder el Estado, simplemente porque se trata de la actividad judicial suya, en circunstancias que si fuera administrativa esta actividad dañosa nadie sensatamente pensaría en una irresponsabilidad?

II. SED CONTRA

¿Qué pasa que ha costado tanto para que pueda admitirse la responsabilidad del Estado por los diferentes daños que puede originar, provocar y producir la actividad judicial, sea por actos jurídicos (resoluciones), sea por su actividad material?

¿No será, tal vez, que el que custodia la salvaguarda del imperio del Derecho —tal el juez— difícilmente admitirá bajo el sello de una propia resolución judicial, firmada de su propia mano, la ineficiencia del propio servicio judicial, sus propias torpezas, errores o negligencias?

¿Quién custodia, pues, a los guardianes?

E pur' si muove. Sí, porque no podemos quedarnos con esas soluciones tan chatas, pobres y misérrimas, si creemos que es el Derecho el que ha de regir a los hombres en su vida de sociedad, y no la fuerza.

* * *

En este punto me viene a la memoria aquello que cantaba el salmista: "si Yahvé no edifica la casa, en vano trabajan los constructores; si Yahvé no guarda la ciudad, en vano vigilan sus centinelas"¹⁰.

sustraído nos encontraríamos en una situación no distante de la que ha condenado el artículo 17 de la Constitución Nacional, o sea la privación de la propiedad sin indemnización" (la cita en REIRIZ *cit* 79). SAYAGUÉS LASO (*Tratado de derecho administrativo* (2 vol.), Bianchi Altuna, Montevideo, 1959, I 672, nota 1, cita el caso de "una mercadería sospechada de contrabando, ilegalmente secuestrada por mandato judicial, declarándose finalmente en el sumario aduanero que no habría infracción fiscal y condenándose al Estado, en un juicio posterior, a pagar los daños y perjuicios ocasionados".

Aun cuando tiene connotaciones especiales —y se trataba de la jurisdicción aduanera (tribunales administrativos)— puede citarse en Chile el famoso caso del "Puelche", *Klimpel con Fisco* (Corte de Apelaciones de Santiago, 18.4.80, RDJ, tomo 77 (1980) II,II, 28-44, y Corte Suprema 6.11.1981 (rol 4.232, queja civil) donde se condena al Fisco al pago de 5 millones de pesos por daño material y suma igual por daño moral).

⁹ La ley francesa de 9.7.1972 (Nº 72-626) ha venido a introducir —según Bréchon-Moulènes *cit* 74— la responsabilidad del Estado por la actividad judicial al disponer (art. 11) que "L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la Justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice", garantizando, además, a las víctimas de los daños causados por faltas personales de jueces u otros magistrados, sin que ello obste a que el Estado persiga a estos últimos.

¹⁰ *Salmó* 127, 1-2.

Sí: es que el centinela, el guardián, el que custodia la salvaguarda del Derecho, depende de alguien; es también dependiente, subordinado, vinculado positivamente, sujeto al "Derecho"¹¹. Sí, él custodia como juez el imperio del Derecho, pero no autónomamente, sino como servidor del Derecho; éste es su dueño, éste es su sustento, éste es su fuerza. Sí, todo lo puede, pero en virtud de aquel (el Derecho) que le da la fuerza¹².

De allí que sea imprescindible y urgente preguntarse: esa pretendida irresponsabilidad del Estado/Juez ¿tiene asidero en el Derecho? ¿Tiene un fundamento positivo, o sólo es el fruto de una abulia doctrinaria para desarrollar los propios textos constitucionales que nos rigen? ¿No será, una vez más, entre nosotros un fruto de ese colonialismo mental que lleva a tantos de los nuestros a copiar soluciones foráneas despreciando nuestra propia riqueza vernácula? ¿O estar pidiendo siempre leyes específicas, para todo, como si la Constitución no fuera, acaso, la "ley de leyes"?¹³.

III. RESPONDEO (La responsabilidad del Estado por la actividad judicial en el Estado de Derecho)

1. Bases para una respuesta correcta

Para poder responder a las interrogantes planteadas en el párrafo II precedente nos parece de imprescindible necesidad distinguir, único modo de entender mejor el tema.

Se trata, primeramente, de una responsabilidad del "Estado", e independiente de la responsabilidad que puede predicarse de los "jueces" (responsabilidad personal de ellos); es la del Estado la responsabilidad de un sujeto de derecho, persona jurídica, y de derecho público.

Y del Estado por la "actividad" o "ejercicio" de la función judicial, o sea aquella que tiene por misión resolver contiendas entre partes (cualesquiera sean éstas), es decir, materia contenciosa, o bien dar certeza a ciertos hechos o situaciones, vale decir materia voluntaria.

Y tanto en una como en la otra (contenciosa, o voluntaria) en la realización de esa función, actos jurídicos y actos materiales, y en los primeros

¹¹ Valga recordar la fórmula de la Constitución de Alemania Federal (1949) art. 20, inc. 3º: "El poder legislativo está sometido al orden constitucional, los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho" (... *sind an Gesetze und Recht Gebunden.*); la Constitución española (1978) recoge —aunque con expresión distinta— la idea en sus arts. 9, inc. 1º, 103 inc. 1º, etc., entre otros.

¹² Parafraseando el célebre texto paulino "todo lo puedo en Aquel que me conforta" (*Filipenses* 4, 13), es decir, todo lo puede si Aquel le da la fuerza para ello, o sea, si lo sustenta, lo sostiene, lo fundamenta.

¹³ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Libro XXIX, cap. XVI in fine ("las leyes inútiles debilitan las necesarias").

no sólo la responsabilidad originada por la dictación de sentencias (es decir *in iudicando*) sino cualquiera resolución judicial que produzca daño o perjuicio (vale decir *in procedendo*), y aún originada en la actividad relacionada con el funcionamiento de los servicios destinados a la administración de justicia.

En otras palabras, se trata —más ampliamente dicho— de la responsabilidad del Estado producida en el “funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia”¹⁴, actividad que, por lo demás, es una de aquellas que constituyen la más propia razón de ser y de existir del Estado mismo¹⁵.

Ahora bien, para analizar este tema creo cometeríamos grave error si pensáramos que posee autonomía suficiente como para ser tratado de manera aislada, y con principios y soluciones propios.

Y digo esto por cuanto no se debe olvidar que se trata de la “responsabilidad del Estado”, y por “una” de sus actividades. Es una *especie* dentro del género, género que es precisamente la llamada “responsabilidad del Estado”.

De allí que no parece acertado desligar la “especie” (responsabilidad del Estado/Juez) de los principios que informan el género, pues al cortar dicho vínculo, o no advertir esa filiación, se corre el peligro de no dar, por una parte, con una correcta solución al problema y, por la otra, de obtener conclusiones contradictorias¹⁶.

En efecto, se trata de indagar un tratamiento unitario de una materia de suyo sensible y delicada, ya que podría decirse que la “responsabilidad del Estado” viene a coronar el régimen denominado Estado de Derecho,

¹⁴ Utilizando la terminología de la Constitución de 1833, en su epígrafe del capítulo VIII.

¹⁵ *Undurraga con Cora*, sentencia de 3.5.1976 (3er. Juzgado Civil de Santiago, confirmada en alzada el 1.7.77, y por la Corte Suprema 15.9.77), cuyo considerando 9º señala con tanta justeza que “resultaría absurdo concluir que (el Constituyente) haya tenido la intención de dejar al margen de toda autoridad jurisdiccional los litigios contencioso-administrativos hasta tanto no se diese cumplimiento al artículo 87 (creación de tribunales administrativos); tanto más cuanto que *la función judicial en todas sus posibles aplicaciones es de la esencia misma del Estado, y una de sus más poderosas razones de existir*”.

¹⁶ Lo que usualmente es posible advertir en el tratamiento de las diversas soluciones que se han dado a las distintas especies —legislativa/administrativa/judicial— del género “responsabilidad del Estado”. Hemos tratado de plantear una teoría unitaria de la responsabilidad extracontractual del Estado en nuestro *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, un principio general del derecho chileno*, en RDP 21/22 (1977) 149-156; más ampliamente en *La responsabilidad pública*, en RDP 27 (1980) 133-171 (también en *La responsabilidad del Estado*. Unsta. Tucumán, 1982, 13-49).

y a darle plenitud y sentido a la primacía del Derecho en la articulación política y social de una comunidad humana¹⁷.

Por último, valga señalar que esta materia ha sufrido el gran lastre —en general— de las perspectivas civilistas aplicadas, que, obviamente, no pueden dar razón suficiente y debida por ser enteramente inidóneas, pues hechas para otras situaciones y persiguiendo otros objetivos¹⁸.

Y este gran lastre es nada menos que enfocar la idea de responsabilidad bajo la noción subjetiva de “culpa” y su consecuencial efecto de castigo a un culpable¹⁹, problema que trasladado al Estado debería dar origen a la “responsabilidad disciplinaria de los agentes o funcionarios públicos (cualquiera sea la actividad estatal en sus distintas funciones) pero no, y en caso alguno, a la “responsabilidad del Estado”, responsabilidad que es de una “persona jurídica”, y de derecho público. Lastre que ha obnubilado a muchos, perturbado a no pocos y perjudicado a la gran masa de ciudadanos que se ha visto en la gran mayoría de nuestros países de Latinoamérica enfrentada a una irresponsabilidad del Estado legislador y juez, para con algunas excepciones aceptarse (y con muchas limitaciones, a veces) la responsabilidad del Estado administrador.

¿Es lógico esto? ¿Es acaso justo, o equitativo? ¿Puede ello ser saludable para una sociedad civilizada que prefiere ser regida por el Derecho y no por la voluntad de un déspota, por esclarecido que pueda ser éste? ¿Puede explicarse racionalmente esta incongruencia de soluciones frente a las distintas actividades o funciones de una misma persona, de un mismo sujeto de Derecho, y no obstante que el estatuto jurídico del Estado es uno mismo, y los principios que le vinculan al Derecho son exactamente los mismos?²⁰.

¹⁷ La idea de la responsabilidad como coronamiento del Estado de Derecho es una idea no discutida en teoría desde hace tiempo, sólo que en la práctica tribunalicia parece no ser muy de recibo; sobre ello vid., entre otros, nuestro *La responsabilidad extracontractual* cit. 151ss.; H. CALDERA DELGADO, *Manual de derecho administrativo*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1979, 550ss. y recientemente su *Responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución de 1980*. Edit. Jurídica de Chile, 1983; también en *Teoría del órgano, estado de derecho y responsabilidad del Estado*, en RDP 25/26, 157-176.

¹⁸ Vid. nuestro *La responsabilidad pública* cit. en RDP 27, 148-153 y espec. 164ss. y nota 52. Real en *La responsabilidad del Estado*. Unsta. cit. insiste incluso en la terminología, utilizando la expresión “responsabilidad patrimonial del Estado” en lugar de “responsabilidad civil”, ya que ciertamente no se trata de una responsabilidad “civil” (de los *cives*) sino del Estado. algo bien distinto y diferente, como puede advertirse de la sola mención de los términos.

¹⁹ Es lo que hemos tratado de mostrar en nuestra *La responsabilidad pública* cit.

²⁰ En el régimen institucional chileno ello es clarísimo; vid. v. gr., art. 1º, inc. 4º “El Estado (en cualquiera de sus funciones) está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. . .” (paréntesis nuestro); igualmente, el art. 5º y, en especial, los arts. 6 y 7 que son lapidarios al respecto.

Y ese lastre, por último, debe señalarse, proviene usualmente en nuestros países del haberse adoptado soluciones foráneas, "injertos extranjerizantes" como suelo llamarlos, incluso sin fundamento positivo en muchos casos en nuestros propios ordenamientos, desechando, en cambio, el estudio y la aplicación de nuestra propia Constitución y leyes, que de modo frecuente contenían y contienen una estructuración perfectamente articulada en orden a aceptar, desarrollar y concretar la responsabilidad del Estado, sobre bases unitarias y de derecho público, como corresponde.

Pues bien, ¿cuál será la base, el fundamento, el núcleo, que está en la médula de la noción y de la idea "responsabilidad del Estado"?

2. *El quid conceptual*

No creo del caso aquí traer a cuento ni (1) el problema de si se trata verdaderamente de una "responsabilidad", ni (2) si cabe entender de la misma manera esta noción cuando se predica de sujetos naturales que cuando se refiere a sujetos jurídicos, ni aún, por último, (3) si asume distinta significación la idea de responsabilidad cuando la recubre el derecho público que cuando la regula el derecho privado.

Baste señalar que la base jurídica diferente radica, creemos, en la distinta articulación que el Derecho ha imaginado para el actuar de las personas naturales y de las personas jurídicas, y, en este caso preciso, de la persona jurídica "Estado", cuya causa de existir y cuya finalidad intrínseca no es sino única y exclusivamente el bien común²¹.

En efecto: mientras el Derecho articula el actuar de las personas naturales sobre la base de la "autonomía de la voluntad" —tomando en cuenta la intrínseca naturaleza libre y racional del hombre como, asimismo, su natural sociabilidad— este mismo Derecho articula el actuar de las llamadas "personas jurídicas" sobre la base del "principio de la legalidad", más propiamente denominado "principio de la juridicidad", principio que informa todo su ser y su obrar, y en el cual las personas jurídicas (incluido el Estado, obviamente) son, existen y se mueven.

Puesto que la persona natural es una entidad racional y libre (razón que guía a una voluntad libre), es a su libertad que se dirige el Derecho; y cuando produce, provoca u ocasiona esa persona natural daños o perjuicios a otra u otros, puesto que su obligación en cuanto ser que vive congregada en la multitud de su semejantes es no dañar a nadie (*nemi-*

²¹ Ese conjunto de condiciones político-sociales que permiten a cada uno de los integrantes de una comunidad política/nacional su mayor realización espiritual y material posible, en orden a asegurar esa sobreeminente dignidad de la persona, dignidad que le viene de ser nada menos que imagen del Creador. La Constitución chilena (1980) lo dice de modo por demás hermoso, art. 1º, inc. 4º.

nem laedere), habrá de sufrir la sanción de reparar, pero en la medida que haya habido un quantum de subjetividad en ello, es decir, de intención (dolo) o preterintención (culpa), o más llanamente dicho negligencia, descuido o torpeza en el actuar.

Distinta es la situación de las personas jurídicas —centros unitarios de imputación de efectos jurídicos, artificios intelectuales del hombre para asegurar la unidad de voluntad de un cuerpo multiforme de voluntades naturales subjetivas. Y aún más distinta la situación de la persona jurídica “Estado”, que envuelve a la comunidad toda, al cuerpo social *in totum* y cuya finalidad intrínseca, única y exclusiva es el bien común de las personas que integran esa comunidad²².

Aquí no es una voluntad libre que despliega su autonomía según un arbitrio amplio, limitado por el solo deber de no dañar a otro; no es una libertad, una autonomía, cuya potencia volitiva no se encuentre predeterminada. No; muy diferente es el mecanismo de actuación del Estado, y de sus órganos: éstos existen en la medida que el Derecho los ha creado, actúan en la forma y en un ámbito competencial que el Derecho ha predeterminado, delimitado y perfilado en sus extremos (de materia, tiempo, lugar, grado, etc.), y persiguen un fin (directa o indirectamente) siempre público, de interés colectivo, de bien común²³.

Y aquí, entonces, la responsabilidad no nace como sanción a un culpable, que subjetivamente tuvo la intención de inferir daño a otro, o incurrió en una negligencia en su actuar, pues no se trata de una responsabilidad del agente o funcionario sino de la “persona Estado”, a quien se imputa, frente a terceros, la actuación de sus órganos. La responsabilidad nace aquí de una alteración perturbadora de la legalidad (juridicidad) que mueve a la persona jurídica, y de una violación al orden jurídico dañosa para un tercero, tercero que no se encuentra jurídicamente obligado a soportar el daño provocado por la acción u omisión perjudicial del Estado en alguna de sus actividades.

²² Para la noción de *bien común* —fundamental en la perspectiva clásica perenne de la sociedad política— la literatura es más que abundante; baste aquí señalar algunas obras básicas; S. RAMÍREZ, *Pueblo y gobernantes al servicio del bien común*. Euzamerica. Madrid. 1956 (de una claridad y rigor magistrales); A. F. UTZ, *Ética social*. Herder. Barcelona. 1961, cap. VI 153-212 (con un apéndice bibliográfico muy útil en 383-536); J. MESSNER, *Ética*. Rialp. Madrid. 1967, 155-240 (de gran amplitud de tratamiento). En Chile puede verse *El bien común*, Edic. Nueva Universidad. Santiago. 1975, con abundantes monografías; también J. C. SOTO CALDERÓN, *Democracia y bien común*, en *Crisis de la democracia*. Edic. Revista de Derecho Público. Santiago. 1975, 105-128; para una primera aproximación —elemental, por cierto— pudiera ser útil nuestra *La democracia ¿para qué? Una visión finalista*, en *Crisis*, cit., 13-38.

²³ Vid. nuestro *La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República*, en *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago. 1977, 178ss.

Pero, incluso, nace esa obligación de responder, en cuanto reparar el daño cometido a la víctima, aún si no hubiere una disfunción en la actividad de la persona jurídica Estado en alguna de sus actividades, en la medida, precisamente, que la víctima no tenga, o no se encuentre en, el deber jurídico de soportar el daño, deber de soportarlo que sólo una ley puede ponerlo a su carga y en los supuestos que la propia Constitución así lo prevea.

Y esto porque, en último término, es la *víctima* del daño el protagonista principal del drama de la responsabilidad del Estado, es sobre ella que gira toda la estructura lógica de la noción, y, en consecuencia, si está en una situación —ella, la víctima— que jurídicamente la habilita para no tener que soportar la carga del daño, tendrá el “derecho” de perseguir la restitución de aquello de que ha sido privada por ese daño, derecho que la propia Constitución reconoce²⁴ y que se impone a todo sujeto²⁵.

Sí, y ella —la víctima— es la protagonista de este drama para ella de la responsabilidad del Estado, porque por la actividad de éste (sea jurídica, sea materia) sufre ella un daño, daño que significa una lesión, un detrimento, un menoscabo en lo suyo, en su situación jurídica, en la esfera de lo que le pertenece (sea en cuanto ella misma, su mismidad, sea en lo que posee)²⁶.

Y es no sólo principio de todo derecho civilizado, sino, además, norma constitucional positiva²⁷ que nadie puede ser privado de lo suyo, de lo que le pertenece (bienes corporales o incorporales) o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley expropiatoria por causa de utilidad pública y mediando siempre la justa indemnización, fijada por el juez en caso de desacuerdo.

Todo otro daño que provenga de la actividad estatal y que no ponga específicamente el ordenamiento jurídico (la ley) a cargo de la víctima, deviene contrario a derecho pues no cubierto por una causal constitucional.

²⁴ Pues que le es anterior, ya que emana de su propia naturaleza de persona, y de su consecuencial dignidad. La Constitución de 1980 lo dispone de manera muy clara en su art. 5º inc. 2º, “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

²⁵ Sea natural o jurídico, público o privado, e incluso, ciertamente, al propio Estado, el cual en cualquiera de sus actividades —incluida la judicial— está bajo la ley, bajo la Constitución, bajo el Derecho, del cual es precisamente su creatura. Muy bien lo ha estipulado la Constitución de 1980 en sus arts. 6º y 7º (recogiendo una tradición que, valga recordarla una vez más, arranca ya de 1833, art. 160).

²⁶ Es lo que hacemos recordar en todos nuestros trabajos sobre la responsabilidad del Estado al plantear la idea clásica de “restitución” como fundamento finalístico (causa final) de la responsabilidad jurídica.

²⁷ En Chile vid. art. 19 Nº 24 de la Constitución.

Y es más, deviene antijurídico ese daño, y por lo tanto, está obligado a reparar el Estado los perjuicios, porque, además que se vulnera el derecho de propiedad de la víctima —reconocido y amparado por la propia Constitución— se impone a esa víctima con tal daño una carga especial y anormal que tampoco está obligada jurídicamente a soportar, ya que también es principio de derecho (y elemental en todo régimen civilizado) y norma constitucional expresa la llamada “igualdad ante las cargas públicas”²⁸, cuya violación dañosa exige reparación.

Y es que el Derecho implica de suyo una relación de igualdad, esa armónica relación de igualdad en el intercambio o reparto de bienes y servicios entre las personas²⁹, igualdad que es alterada, perturbada, destruida, en la medida que una víctima sufre un daño, una lesión de lo suyo, un menoscabo en su situación jurídica, incluso en las condiciones normales de su existencia, daño que jurídicamente no está obligada a soportar.

Y puesto que no está obligada jurídicamente a soportar tal perjuicio es que el Derecho impone, llama y exige una reparación, obliga al Estado a “restituir” ese desequilibrio en la igualdad producido en la víctima por ese daño, le impone la restitución en la situación de la víctima, restitución que se plasma y concreta en la correspondiente indemnización, reparación o resarcimiento.

Porque de lo que se trata en la responsabilidad, y también y muy especialmente cuando se refiere al Estado —garante del bien común— es primariamente restituir a la víctima en su situación jurídica, ya que el Derecho se preocupa primariamente, de las *res exteriores*, vale decir de las cosas o bienes (corporales, o incorporales como los derechos) que se pueden intercambiar o repartir entre las personas o son susceptibles de atribución.

Y es que el Derecho no se preocupa tanto del ser como del tener, de la conmutación de bienes y servicios, o de su reparto, atribución o distribución entre los sujetos que integran una comunidad determinada, reparto o conmutación que ha de ser equitativa si queremos que haya paz en la convivencia social, porque donde no hay justicia jamás habrá paz.

Y, entonces, siendo la víctima la médula del tema de la responsabilidad, y obviamente de la responsabilidad del Estado ¿por qué entrar a distinguir si el daño proviene de una actividad u otra (legislativa, administrati-

²⁸ Constitución, art. 19 N° 20, disposición que no es sino una especificación de la norma más general contemplada en el art. 19 N° 2.

²⁹ Es la idea clásica del *to dikaton*, hecha realidad por los romanos con su concepción del *ius* y de toda la tradición de los grandes juristas medievales; para referencias bibliográficas puede ser útil nuestro *La responsabilidad pública*, cit. en RDP 27, 138-142.

va, judicial), si resulta que el daño que sufre dicha víctima no ha sido puesta a su carga ni en principio ni expresamente por texto constitucional alguno y, en cambio, nada menos que esa propia "ley de leyes", tal la Constitución, le ha asegurado su derecho a no ser lesionada sino en los casos expresamente previstos por el ordenamiento?³⁰.

* * *

¿Es que será cuestión de "quién custodia a los guardianes"? ¿No será, más bien, cuestión de abulia interpretativa para desarrollar las disposiciones expresas de nuestras propias Constituciones? ¿Y no será, también, que los jueces parecerían poco dados a erigirse en verdaderos defensores o guardianes de los derechos fundamentales, olvidándose de su nobilísima función de últimos baluartes del imperio del Derecho?

Porque si queremos vivir como humanos deberá imponerse necesariamente el Derecho³¹, esto es lo justo, y en consecuencia, no podrá aceptarse bajo ningún respecto la impunidad de quien daña injustamente. Si, en cambio, se propicia la irresponsabilidad de quien perjudica de modo antijurídico ¿a qué, entonces, el Derecho?

NOTA BIBLIOGRAFICA

En *Chile* puede verse: L. Cousiño Mac Iver, Derecho de las personas detenidas, procesadas o condenadas injustamente a ser indemnizadas de todos los daños ocasionados, en RDJ, tomo 55 (1958), 43-65; A. Varela Caballero, Responsabilidad del Estado-Juez, en RCJ (Valparaíso), 2 (1971) 237-252; D. Hernández, Indemnización del error judicial, en RDP 25/26 (1979) 187-198. En *Argentina*: R. Bullrich, La responsabilidad del Estado. Menéndez. Buenos Aires, 1920; M. S. Marienhoff, Tratado de

³⁰ Nada impide, creo, que las técnicas instrumentales para hacer efectivas las reparaciones o restituciones a las víctimas puedan asumir particularidades diferentes cuando el origen del daño proviene de una actividad legislativa, judicial o administrativa, o incluso contralora. Pero todas ellas, sean cuales sean, no podrán torcer o impedir en la práctica el ejercicio del derecho que le asiste a la víctima a ser indemnizada cuando no ha sido por el ordenamiento constitucional/legal puesta a su carga la obligación jurídica de soportar un determinado daño en lo suyo.

³¹ Y no cualquier Derecho sino un derecho justo, que signifique un verdadero y concreto respeto —en las normas y en la práctica— de esa dignidad intrínseca del ser humano (que le viene sólo de ser imagen de Dios, su Creador), considerado tanto en su dimensión individual como social, y, por tanto, con derechos pero también con deberes para con sus semejantes y para con la sociedad.

"Si he llamado servidores de las leyes a los que hoy llamamos gobernantes —dirá ya el Platón anciano (*Las leyes* 715b)— no ha sido por afán de novedad; es porque, según mi opinión, de esto depende más que de todo lo demás la salvación de la ciudad o su perdición. Pues si en una ciudad la ley está encadenada y carece de fuerza, veo muy cercana su ruina; pero allí donde la ley se impone a los gobernantes y éstos son súbditos de ella, florecerá próspera y dichosa".

derecho administrativo (4 tomos/5 vols.). Abeledo-Perrot. Buenos Aires, IV (1973) 759-773; C. Reiriz, Responsabilidad del Estado. Eudeba. Buenos Aires, 1969, 73-81; B. Fiorini, Derecho administrativo (2 vol./2ª ed.). Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1976, II 715-753, esp. 744-747; M. M. Diez, Derecho administrativo (6 vols.). Plus Ultra. Buenos Aires, vol. V (1971) 163-175. En *Uruguay*: J. A. Prat, Derecho administrativo (5 tomos/9 vols.). Acali. Montevideo, IV (vol. 2)/1978, 93-106; A. R. Real, Responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales en el Uruguay, en Anuario de Derecho Administrativo (Chile) II (1977/78) 209-213; La responsabilidad patrimonial del Estado de Derecho por actos legislativos y judiciales, en Responsabilidad del Estado (Bandeira, Kemelmajer, Real y Soto Kloss). Edic. Unsta. Tucumán. 1982, 81-111. En *España*: E. García de Enterría-T. R. Fernández, Curso de derecho administrativo (2 vols.). 2ª ed. Civitas, Madrid. 1981, II, cap. 21 (321-377) espec. 342-346; L. Martín Rebollo, La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia. Civitas. Madrid. 1977, espec. 100-120; F. Soza Wagner, Sistema judicial y responsabilidad, en Revista española de derecho administrativo (Madrid) 13, (1977) 301-305. En *Francia*: L. Duguit, Traité de droit constitutionnel (4 vol.) 2è. éd. Fontemoing, Paris. 1923, III, 499-412; G. Vedel, Droit administratif (3è. éd.). Puf. Paris. 1964. 312-319; Ph. Ardant, La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle. LGDJ. Paris. 1956; Ch. Bréchon-Moulènes, Les régimes législatifs de responsabilité publique. LGDJ. Paris. 1974. En *Italia*: Lo Stato e la responsabilità patrimoniale. Giuffré. Milano. 1968, 591-623; V. Gianturco, Della responsabilità dello Stato verso le vittime di errori giudiziari. Giuffré. Milano. 1956.