

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, GLOBALIZACIÓN, REGULACIONES Y SEGURIDAD JURÍDICA

EDUARDO SOTO KLOSS*

RESUMEN: El autor plantea que sin responsabilidad del Estado no existe Estado de Derecho, ya que es esta responsabilidad de origen constitucional la salvaguarda de los derechos de las personas. Explica que, a propósito de los fenómenos actuales de globalización y de intervencionismo estatal en la actividad privada, desarrollada bajo pretexto de regulación, suelen producirse daños a los ciudadanos; y, si entendemos que las personas son anteriores y superiores al Estado, como alma de la sociedad, es indispensable hacer operativos los regímenes de responsabilidad del Estado, a fin de que este responda al daño sufrido por la víctima a causa de la actividad estatal.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado - Estado de Derecho - Seguridad Jurídica.

ABSTRACT: The author raises that without responsibility of the State State of Right does not exist, since is this responsibility of constitutional origin safeguard it of the rights of the people. He explains that, with regard to the present of globalisation and state interventionism in the deprived, developed activity under regulation pretext; damages to the citizens usually take place; and, if we understand that the people are previous and superior to the State, like soul of the society, he is indispensable to make the regimes operative of responsibility of the State, in order that this responds to the damage suffered by the victim because of the state activity.

Key words: responsibility of the state - rule of law - legal security.

Más de alguno, tal vez, al leer la programación de estas Jornadas** puede haber pensado ¿qué hace aquí el tema de la responsabilidad del Estado? Y sin embargo, si hablamos de “Estado de Derecho” y de “Estado Constitucional de Derecho”, no se puede considerar con seriedad esta construcción política si no se le “corona” en su cúspide, que es precisamente, la “Responsabilidad del Estado”; así como en la familia, en la cual su cabeza es el marido, y es la esposa su “corona”, aquello que la completa, la perfecciona y le da su verdadera plenitud¹.

* Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de París/Panthéon-Sorbonne). Profesor titular de derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Decano Académico de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/Argentina.

** Conferencia pronunciada en las Jornadas Internacionales sobre el tema organizadas por la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, en sus 25 años, en Buenos Aires/Argentina, los días 24 y 25 de noviembre de 2003. Se han agregado notas.

¹ Vid. mi *Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile (2 vols.). Santiago de Chile. 1996, vol. 2, 244-477, especialmente 244-311.

Recientemente MERTEHIKIAN, E., *La responsabilidad pública*. Editorial Abaco. Buenos Aires. 2003, 27-73; también CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo* (6ª edición). Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998, t. 1º, 263-309 (7ª edición actualizada/2002, 477-567); MARIENHOFF, M., *Tratado de derecho*

Hay que ser enfático en esto: sin "Responsabilidad del Estado" no hay Estado de Derecho. Y es que la "Responsabilidad del Estado" es la última salvaguarda de los derechos de las personas y de la más relevante importancia cuando se da —como normalmente se da— un intervencionismo profundo de la Administración, el que muchas veces bajo apariencias —y solo apariencias— democráticas, deviene en un cercenamiento puro y simple de los derechos y libertades ciudadanas. No podemos olvidar que buena parte del subdesarrollo de nuestra América es fruto de ese intervencionismo estatal que tronchó de manera muy aguda la iniciativa privada y la arrinconó en una maraña de burocratismo administrativo, haciéndole desaparecer, y con ello transformando al ciudadano, a las personas, en "siervos" del Estado, lo que está en el origen en no poca medida, de la corrupción, que ha azotado como peste o plaga mortal todos nuestros países de la América².

Cuando se endiosa al Estado —fruto de ideologías probadamente fracasadas— fatalmente se esclaviza a las personas, porque no es el Estado el que tiene la primacía de origen frente a las personas: son estas "anteriores" al Estado y "superiores" a él; el Estado es solo un medio, un instrumento, de bien común, o sea de bien de las personas, de todas y cada una de ellas; de allí que el Estado está para el "servicio" de las personas y no al revés, como sucede en los colectivismos, sean o no totalitarios. Nunca debe olvidarse que es la persona humana, cada hombre, cada mujer, el principio, sujeto y fin de toda sociedad, de todo Estado, de todo Derecho³.

Ahora bien, puesto que se dice que estamos en una época, o más bien, "tiempo" de globalidad, me parece más que nunca oportuno preguntarse ¿cómo queda la "corona" del Estado de Derecho —que es la Responsabilidad del Estado— en este esquema?

Si se advierte, aparece un tema poco tratado; incluso, me atrevería a decir: "soslayado", y quién sabe si con mayor agudeza, "silenciado".

Y es que a guisa de "globalización" se va produciendo —especialmente, en Europa— una "crisis del Estado", muy fuerte, y en su aspecto más sustancial, tal como aparece la idea de Estado ya hacia la segunda mitad del siglo 16. Estado igual a ente "soberano"⁴. Hoy con la globalización ¿de qué "soberanía" nos hablan? Si de soberanía nos hablan,

administrativo, Abeledo Perrot, t. 4º (1973) 689-812; GORDILLO, A., *Tratado de derecho administrativo* (3ª edición). Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1998, t. 2º, cap. XIX; y el pionero BULLRICH, R., *Responsabilidad del Estado*. J. Menéndez. Buenos Aires. 1920, y casi 50 años después REIRIZ, G., *Responsabilidad del Estado*. Eudeba. Buenos Aires. 1969, que resucitara el tema.

² Ya Ludwig von Mises señalaba que "la corrupción es un efecto regular y frecuente del intervencionismo", vid. CHAFUEN, A. y GUZMÁN, E., "*Estado y corrupción*", en GUZMÁN, E. (editor), *Corrupción y gobierno*. Fundación Libertad y Desarrollo. Santiago de Chile. 1998, 45-96; la cita en 45.

³ Vid. nuestro *Derecho Administrativo* cit., vol. 2, sobre la primacía de la persona humana, 11-19; antes en *Libro Homenaje al Prof. Héctor Frugone Sch.* Universidad Católica del Uruguay/Editorial A. Fernández. Montevideo. 2000, 459-470.

⁴ El tema de la *soberanía* es inagotable; entre muchos, me inclino por DE JOUVENEL, B., *La soberanía*. Rialp. Madrid. 1957; de interés es su análisis sobre la aparición del Estado soberano en los siglos 17 y 18 especialmente en Francia (pp. 301-350). En perspectiva distinta, HELLER, H., *La soberanía*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1965, con un estudio preliminar de Mario de la Cueva, su traductor; vid. también de MAISTRE, J., *Estudios sobre la soberanía*. Dictio. Buenos Aires. 1978; y con agudeza, KRIELE, M., *Introducción a la teoría del Estado*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1980, 37-80 y 315 y ss. Aún de interés, PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de derecho político*. Civitas. Madrid. 1976, 119-183; al igual que DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del Derecho (público y privado)*.

habría que predicarla no precisamente del Estado, sino de entes supranacionales, o transnacionales⁵. Ciertamente es que en nuestra América, la "crisis del Estado" no es crisis de soberanía (si es que a partir de 1950 con la hegemonía del "tío Sam", puede hablarse propiamente de nuestros Estados como soberanos en lo político o en lo económico), sino "crisis de eficiencia en su actuar", pero ello derivado directísimamente, del cada vez más exacerbado intervencionismo administrativo hasta llegar el Estado a tener fábricas de helados o de telas, y hasta fijar el precio del mismísimo "Pancho" o Hot-dog, hasta en sus más mínimas variedades de agregados, como sucedió en Chile durante el gobierno marxista 1970/1973⁶.

Y de ese intervencionismo excesivo no podía sino resultar el "desastre", en que, cual más cual menos, nuestros países, se han debatido y aún se debaten y luchan por salir, infructuosamente no pocas veces.

Una de las maneras para salir de esos desastres es volver a mirar a las "personas", de carne y hueso, como motor del desarrollo, como "alma" de la sociedad, como fuerzas vivas y no siervos del Estado, y potenciar las asociaciones, los grupos asociativos, el derecho de asociación, la socialidad intrínseca del ser humano, inscrita en su propia naturaleza. De allí también, los procesos de privatizaciones, en sus diversas formas, estructuras y regímenes, privatizaciones que, propiamente, significa traspasar a los privados, o sea los particulares, actividades que ha asumido el Estado, y que son propias de ellos y no de este. Por desgracia, tales "privatizaciones", muchas veces no son tales sino que tras ellas se esconde, sin embargo, el mismo estatismo de siempre, pero regido, ahora, por el derecho privado, es la seudoprivatización o mascarada de tal: es, simplemente, la huida de la Administración hacia el derecho privado⁷.

Heliasta. Buenos Aires. 1975, cap. I, 9-26; en su *Traité de droit constitutionnel* (2è éd./4 vol.). Fontemoing et Cie./Boccard. Paris. 1923, t. 3º, 426-441. Sobre los orígenes medievales de la idea de soberanía vid. CALASSO, F., *I glossatori e la teoria della sovranità*. Giuffrè. Milano. 1957.

⁵ Sobre el tema, vid. recientemente *La crisis del Estado*, conferencia del Prof. A. C. Pereira Menaut, en la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Santiago de Chile) el 29.10.2003, de próxima publicación en *Ius Publicum* (U. Santo Tomás) N° 13/2004.

⁶ Vid. v. gr. FONTAINE A., A., *Los economistas y el Presidente Pinochet*. Zig-Zag. Santiago de Chile. 1998, 40-41. Al 11.9.1973 había más de 500 empresas en manos del Estado, la mayoría de ellas incautadas de modo ilegal, las que debieron ser devueltas a sus dueños en el período 1974/75. El estatismo de la época era tan exacerbado que a 1973 se llegó a tal punto que existía precio fijado por la autoridad administrativa respecto de 3.200 artículos y/o servicios que eran, para tal efecto, calificados por resolución administrativa "de primera necesidad o de uso o consumo habitual", incluyéndose en junio de 1973 entre ellos, hasta la pólvora y los explosivos... Una de las primeras medidas del gobierno cívico militar fue decretar la abolición de ese sistema y disponer la libertad de precios (DL N° 35/1973).

⁷ La literatura sobre *privatizaciones* es enorme; pionero en Hispanoamérica fue Chile al respecto por el impulso dado a ellas por el gobierno del Presidente Pinochet Ugarte; sobre el tema, presenta interés LARROULET, C. (editor), *Soluciones privadas a problemas públicos*. Instituto Libertad y Desarrollo. Santiago de Chile. 1991, en donde se describe las privatizaciones en el sector eléctrico, de telecomunicaciones, de salud, de previsión, de transportes, y de educación (básica, y superior). Para el cambio que significó pasar de una posición política estatista a una de Estado subsidiario, vid. LAVÍN, J., *Chile revolución silenciosa*. Zig-Zag. Santiago de Chile (varias ediciones, la 1ª de 1975). Sobre "la fuga del derecho público", o "la huida hacia el derecho privado", como dicen los alemanes (*die Flucht ins Privatrecht*), vid. entre varios, BORRAJO INIESTA, L., "El intento de huir del derecho administrativo", en *Revista española de derecho administrativo* 78/1993, 233-249; SALA ARQUER, J.M. "Huida al dere-

Pero esas privatizaciones que, como tales, pueden dar excelentes resultados cuando se trata de actividades que muchas veces fueron asumidas por el Estado, por razones políticas partidistas, o impuestas por poderes foráneos, y que fueron asumidas y desarrolladas desde el inicio por privados (como en Chile, la electricidad, los teléfonos, el agua potable, los ferrocarriles, el gas, etc.), y que corresponden propiamente al sector privado, han devenido –por distintas circunstancias– en un nuevo intervencionismo estatal; son las llamadas “regulaciones”, en las que ha proliferado no ya solo el aspecto normativo, sino también fiscalizador y hasta, incluso, sancionador, configurándose antes que “legislan”, “fiscalizan” y “juzgan” e incluso, para peor, “sancionan”, abarcándose así en una misma mano aquello que ya el viejo bordelés de Montesquieu, daba como ejemplo de supresión de lo que llamaba la “libertad política”⁸.

cho privado y huida del derecho”, en *REDA* 75/1992, 339 y ss; LAGUNA DE PAZ, J.C., “La renuncia de la Administración Pública al derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública* 136/1995, 201-229; DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en *RAP* 133/1994, 57-98; MARTÍN RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo”, en *RAP* 140/1996, 25-67; SAINZ DE ROBLES, F.C., “Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo... y otras fugas del poder”, en *Tapia* N° 92 (Madrid) Enero-Febrero 1997, 3-7, etc. En Chile, CEA, J.L., “Utilización por la Administración Pública del derecho privado”, en *Revista de Derecho Público* (Chile) 60/1996, 71-84.

⁸ DE SECONDAT, Ch., barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, cap. VI; valga recordar su texto, tan olvidado hoy en que se practica precisamente lo que él vituperaba: “Cuando el Poder Legislativo está unido al Poder Ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. // Tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. // Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares” (en Editorial Tecnos. Madrid. 1972, 151-152). La misma idea retomará años después Madison en *El Federalista* (Fondo de Cultura Económica. México. 1982 (3ª reimpr. de la 1ª. ed. 1943, 204-205): “La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean estas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía” (cursivas nuestras). Sobre la libertad política, vid. la obra homónima, aún de interés, de CARLYLE, A.J., en Fondo de Cultura Económica. México. S/f. Sobre este nuevo “intervencionismo ahora regulador”, vid. BARRA, R.C., *Perspectiva jurídica de la regulación. Los entes reguladores, en servicios públicos*. Instituto de Estudios de Derecho Administrativo. Mendoza. Ediciones Diké. Mendoza. 2001, 111-121, espec. 111; un buen cuadro resumen de las distintas formas que puede asumir esta “regulación” de servicios, en BRACONNIER, S., “La régulation des services publics”, en *Revue française de droit administratif* vol. 17, N° 1 (2001) 43-57. Sobre esta asunción de poderes por el Estado regulador vid. en *Servicios públicos* cit., los trabajos de CUADROS, O., *Los entes reguladores y el principio de división de poderes*, 153-162, y AGUILAR VALDEZ, O., *Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos*, 17-82. Esta “barbaridad” político-jurídica se da, por desgracia, igualmente y con ribetes multiplicados, en materia tributaria, en la cual suele regir la más descarnada “summa potestas” de la autoridad administrativa; vid. recientemente VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Justicia y relación tributaria. Una panorámica*, en *Verbo* (Madrid) 415-416 (2003) 407-424, con referencias expresas al pensamiento tributario de Montesquieu, a fin de asegurar la libertad de las personas frente a la potestas tributaria del monarca (aplicable hoy al Estado).

Y en esta actividad reguladora, que frecuentemente, por desgracia, va muchísimo más allá que la mera "regulación" o "normación"⁹ es en donde, muy a menudo, pueden producirse y se producen *daños* no solo a quienes realizan la actividad regulada, sino a los usuarios de ella, o a los simples ciudadanos o personas¹⁰.

Es aquí que viene a cuento nuestra Responsabilidad del Estado.

No es el caso entrar en esta ocasión a recordar cómo la idea misma de "responsabilidad" tuvo su origen en lo moral, como contrapartida de la libertad del hombre, de la persona humana, que una de sus características propias de lo humano; ni tampoco recordar cómo su estructuración fue asumida por el derecho canónico del cual tomó el derecho penal la teoría de la culpabilidad, y de donde pasó al derecho civil, siempre fundamentada en la idea de "falta o culpa"¹¹. De allí que fuera no poco dificultoso aplicar esta idea al Estado, que es persona jurídica ["ente ficticio" para el Código de Bello/1855, art. 545], más encima provisto mágicamente del manto de la irreprochabilidad, de la inimpugnabilidad, y de la soberanía, entendida esta al más puro alcance absolutista: "*the King can do no wrong*" / "*le roi ne peut mal faire*" / "*im Polizei sachen es gibt keine Apellation*"¹².

Sin embargo, ninguno de nuestros países ha sido colonia de aquellos regímenes absolutistas, de monarquía absoluta, si bien hay que reconocer que no pocos de nuestros juristas han sido colonos mentales de ellos.

Nosotros, en cambio, estuvimos regidos por el derecho indiano, en el cual ya desde 1627 a través de un decreto real de Felipe IV, recogido por la Recopilación de leyes de Indias (1680) 2.2.19, se establecía de manera clara y sin ambages que "si en las materias que le tocan (al Consejo de Indias) por hecho propio nuestro, o por órdenes,

⁹ Normación que debe ser siempre materia de *reserva legal*, o sea de competencia del legislador y legislador parlamentario (no el Presidente de la República como legislador delegado), ya que la actividad económica es materia de reserva legal y con prohibición expresa del Presidente de la República de asumirla, como estatuye la Constitución de Chile/1980 (arts. 19 N° 21 inciso 1° y 61 inciso 2°).

¹⁰ Vid. al respecto, BUSTELO, E.N., *Responsabilidad del Estado por la actividad u omisión de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados*, en Servicios Públicos. Instituto de Estudios de Derecho Administrativo. Mendoza. Ediciones Diké. Mendoza. 2001, 435-445; también FARRANDO, I., *La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios*, en Servicios públicos cit. 163-185.

¹¹ Vid. mi *Derecho Administrativo* cit., vol. 2, 244-280, en donde se exponen estas ideas y sus fuentes: un retorno a la idea clásica de "restitución" y no de "sanción" a un culpable.

¹² Recuérdense los dichos de Duguit, *Traité* cit. 426 en donde comprueba que "al mismo tiempo que se debilita la noción de soberanía se extiende la noción de responsabilidad del Estado" y que "tomadas ambas nociones en sí mismas, ellas son antinómicas" (427, traducción nuestra). Sobre el tema en Inglaterra vid. nuestro *Derecho Administrativo* vol. 1, 317-320, y espec. nota 71; más ampliamente H. W. R. Wade, *Administrative Law* (7th. ed. repr. 1995). Clarendon Press. Oxford. 1995, chap. 20 (761-818) y 21 (819-856); también CRAIG, P. P., *Administrative Law* (4th. ed.). Sweet and Maxwell. London. 1999, chapt. 26 (845-906). Llama la atención la irresponsabilidad de la Corona inglesa durante siglos en circunstancias que Bracton -1210/1268, contemporáneo de Alfonso X el Sabio- (*De legibus et consuetudinibus Angliae*/1259) ya señalaba que "rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege, quia lex facit regem" (fol. 5 b/vid. Thorne's ed. 32); sobre "the king can do no wrong" o "le roi ne peut mal faire" en su aspecto primitivo vid. la observación de DE JOUVENEL, B., en su *La soberanía* (cit. 181-182) en cuanto a que esta fórmula estaba dirigida al monarca mismo como intimación para actuar bien, una vez efectuada su consagración/*sacre*, dado que con ella el monarca se transforma en un ser nuevo, un servidor al cuidado del reino y del bien de sus súbditos. Sobre el brocardo germano vid. nuestro *Derecho Administrativo* cit. vol. 1, 175-221, espec. 181-188.

que hayamos dado, se hubieren causado algunos daños, o agravios de terceros, los remedien y hagan que se les dé satisfacción..."¹³. Y no fue ello mera palabrería, ya que hubo aplicación práctica —al menos en Chile— a través de varios procesos de que conoció v. gr. la Real Audiencia de Santiago de Chile, durante los siglos 17, 18 y comienzos del 19 hasta la Independencia en 1818¹⁴.

Pero en nuestro tiempo de globalización no es menos urgente hacer operativo los regímenes de Responsabilidad del Estado, ante el intervencionismo regulador, que como todo intervencionismo pretende inmiscuirse profundamente en toda actividad económica, comercial, industrial y de servicios, limitando o impidiendo el ejercicio de las libertades a pretexto de intereses públicos— que no pocas veces o son meramente intereses de partidos políticos o de factorías personales o grupos de presión, incluso foráneos.

Cierto es que ha ido cundiendo la idea de establecer en estos ámbitos unas instancias de conciliación, a veces permanentes, que eviten o resuelvan los conflictos entre las partes contratantes en las concesiones, sean de obras o de servicios e incluso hasta la ley misma prevé indemnizaciones en casos específicos, de regulación de tarifas, por ejemplo en el tema eléctrico en la legislación chilena, cuando ocurren ciertas circunstancias¹⁵.

Pero no hay que olvidar que pueden ser las personas, los ciudadanos comunes, los que pueden ser dañados y sufrir perjuicios tanto por la actividad estatal, como por la actividad de los concesionarios; o de quienes ejercen la actividad regulada, pues no siempre se trata de concesionarios. Por aquella, tanto por la regulación misma dictada, al ser v. gr. inconstitucional, como por su aplicación administrativa, que puede ser ilegal al exceder el marco legal —cualquiera sea el vicio— y producir daños a los usuarios.

Esta situación es cada vez más recurrente en el ámbito regulatorio y ante ello la víctima no puede menos que ser protegida por el Derecho. Si uno revisa las Constituciones de nuestra América Hispánica, uno advierte que si bien no siempre aparece explícitamente prevista la Responsabilidad del Estado por su actuar ilícito —como ocurre expresamente en Chile¹⁶—, tal Responsabilidad del Estado tiene asidero claro e irrefragable, de

¹³ *Uso Recopilación de leyes de los reynos de las Indias* (4 tomos). PAREDES, Julián, Madrid, 1681 (edic. facsimilar Ediciones Cultura Hispánica. Madrid. 1973), tomo 1, Libro II, Título II (Del Consejo Real y Junta de Guerra de Indias) Ley XIX (Que el Consejo remedie los daños que se hubieren causado a terceros, por órdenes, que se hayan dado), folio 137. Puede advertirse claramente la enorme diferencia de esta legislación real con la irresponsabilidad de las coronas inglesa y francesa, por la misma época, y aun después, durante los siglos siguientes.

¹⁴ Vid. ARANCIBIA MATTAR, J., *La responsabilidad de la autoridad indiana por los daños producidos a los gobernados en el reino de Chile. Jurisprudencia (1552-1798)*. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 1999.

¹⁵ Vid. DFL (Minería) N° 1/1982, art. 94 ("En caso de que las empresas o concesionarios, que se mencionan en el artículo anterior [empresas de generación y transporte, sean o no concesionarias, y concesionarios de servicio público de distribución] consideren que las tarifas fijadas por la autoridad causan perjuicio a sus legítimos derechos o intereses, podrán recurrir ante la Justicia Ordinaria, reclamando la indemnización correspondiente" (inciso 1°), y ello "de acuerdo a las reglas generales para perseguir las indemnizaciones a que haya lugar" (inciso 2°).

¹⁶ Artículo 6° inciso 3°: "La infracción de esta norma [que consagra la supremacía de la Constitución, su obligatoriedad y su operatividad directa] generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley". Artículo 7° inciso 3°: "Todo acto en contravención a este artículo [que establece los requisitos de validez de la actuación de los órganos estatales] es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale". Y artículo 38 inciso 2°: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la

una manera objetiva, y fundada en la "lesión" sufrida por la víctima, ya que la Responsabilidad del Estado no es una sanción al autor del perjuicio, como suele suceder en la llamada responsabilidad civil, sino una "restitución" a la víctima de aquello de que fue privada, dañada, lesionada, injustamente, en contrariedad a Derecho, no estando obligada jurídicamente a soportar el daño. Y es importante tener esto en cuenta ya que suele afirmarse que en estas actividades reguladas —con mayor o menor intensidad según los casos— ha de admitirse una mayor extensión de los poderes de la Administración, una mayor discrecionalidad en el ejercicio de sus potestades, un menor rigor en el control judicial, y hasta —in extremis— conferir jurisdicción a órganos especiales creados ad hoc (sean Comisiones, como de conciliación, o Tribunales arbitrales ajenos al Poder Judicial), para conocer de los conflictos que ocurran.

Como todo ello pareciera querer hacer primar lo económico y el resultado, por sobre lo justo y el respeto de la palabra empeñada *Ipacta sunt servanda* —*nemo allegans propriam turpitudinem*— *venire contra factum proprium non valet* —es que no pueden admitirse tales predicamentos estatistas—, que muchísimas veces envuelven posturas puramente políticas circunstanciales que provocan daños incluso ingentes, tanto a los entes regulados v. gr. concesionarios, como a los propios usuarios.

De allí surgen consecuencias muy importantes. Resumiéndolas al máximo podríamos señalar las siguientes:

- 1.- La víctima no solo puede dirigirse en demanda en contra del ente regulado sino, además, en contra del Estado / ente regulador, incluso por la ausencia efectiva de fiscalización del ente regulado, es decir su omisión¹⁷.
- 2.- No cabe aquí pretender aplicar normas de responsabilidad civil, fundadas siempre en criterios de subjetividad, como culpa, negligencia o descuido, ya que tanto el ente regulado como el ente estatal regulador son personas jurídicas, carentes de subjetividad y, por ende, carentes de imputación fundada en culpa o dolo; su voluntad no es psicológica (en donde cabe culpa o dolo) sino orgánica.
- 3.- En aquellos regímenes en donde se admite, normalmente por la vía de la jurisprudencia la Responsabilidad del Estado por acto lícito¹⁸, igualmente surge tal responsabilidad en razón de no ser justo que uno, o algunos, soporten un daño en bien del todo. No es justo que uno pague por todos, sino que debe ser indem-

Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". Por su parte, el artículo 19 N° 7 letra i) establece la responsabilidad del Estado/Fisco por procesamiento injusto en lo penal.

¹⁷ Para responsabilidad estatal por omisión vid. MARIENHOFF, M., *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actividad omisiva en el ámbito del derecho público*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1996; también, BUSTELO, E.N., cit. nota 10 precedente; antes BIANCHI, A., *La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control*, en la Ley, 14.8.2000, suplemento de jurisprudencia de derecho administrativo; CASSAGNE, J.C., *La responsabilidad del Estado por omisión*, en La Ley 1989-C-512. Ahora MERTEHIKIAN, E., *La responsabilidad pública* cit. cap. IX, 245-275.

¹⁸ Vid. MERTEHIKIAN, E., cit. cap. X, 277-294.

nizado por aquel que –se dice– es el representante del todo, es decir el Estado (o el ente regulado que actúa por él)¹⁹.

4.- La víctima debe ser reparada de modo integral, tanto en la lesión sufrida en lo material como en las condiciones normales de vida, y no cabe contentarse con una indemnización parcial solo referida a la primera, ya que en tal caso no hay verdaderamente restitución en lo que fue dañada.

5.- Y no se olvide nunca que la Responsabilidad del Estado es una responsabilidad "constitucional", que tiene su origen en la propia Constitución (y no, precisamente, en las normas del Código Civil), como una manera de salvaguardar la integridad del ser y del tener de las personas en sus derechos y libertades fundamentales, esenciales, naturales a ellas. Y si su fuente es constitucional, ella está regida por el derecho público y sus principios basilares.

En un tiempo de globalización y fuertes normaciones regulatorias de intervención en la actividad privada, urge no soslayar el tema de la Responsabilidad del Estado, tantas veces preterido en nuestras historias, y que, sin embargo, es la coronación ineludible de todo Estado que se pretenda de Derecho.

Cierto, sí, que ello supone un juez independiente e imparcial, sobre todo a nivel supremo, lo que no parece darse de modo frecuente en nuestros regímenes; pero ese es ya otro tema.

Fecha de recepción: 14 de agosto de 2004.
Fecha de aceptación: 1 de octubre de 2004.

¹⁹ En una jurisprudencia que en Chile tiene antecedentes ya en 1889 con el caso *Abalos con Fisco*, a raíz de una destrucción de plantaciones de sandías en el valle de Aconcagua, en razón de una epidemia de cólera, ordenada por decretos de la Intendencia de Aconcagua; el fallo (5.6.1889) señala en su considerando 3º: "Que si la destrucción de los sandiales cuyo pago reclaman los demandantes fue una medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República, el Fisco como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de todos", planteamiento que se ha mantenido hasta ahora (v. gr. *Lapostol con Fisco*/1930 y *Galletué con Fisco*/1984); vid. mi *Derecho Administrativo* cit., vol. 2, 385-389; 392-397 y 430-434.