

Justicia administrativa y responsabilidad patrimonial del Estado

Día 3 – Panel 1

Tabla de contenido

I. Replanteamiento de la Justicia Administrativa en Chile. UNA CUESTIÓN NECESARIA Y OPORTUNIDAD INMEJORABLE EN EL CONTEXTO DEL PROCESO CONSTITUYENTE VIVIDO POR NUESTRO PAÍS.....	3
II. Fundamentos del control jurisdiccional del estado de excepción”	9
Introducción	9
Sobre el Problema del Control de la Excepción.....	9
Los fundamentos del control.....	11
Nuevos fundamentos posibles.....	12
Bibliografía.....	14
III. La Responsabilidad del Estado-Administrador en la nueva Constitución Política de la República.....	16
Introducción:	16
La responsabilidad del Estado-Administrador en Chile, algunos hitos del último siglo:	18
Las constituciones chilenas y la responsabilidad del Estado-Administrador:	19
Los conflictos generados por el artículo 38 inciso segundo de la constitución chilena de 1980 y su legislación “complementaria”:	19
Los vaivenes de la jurisprudencia respecto de la responsabilidad del Estado-Administrador:.....	20
La responsabilidad del Estado-Administrador en algunas constituciones americanas y europeas:	20

Posibles formas de abordar en el nuevo ordenamiento constitucional la
responsabilidad en comento: 20

Propuesta de artículo que regule la responsabilidad del Estado Administrador en
la nueva carta política: 22

I. REPLANTEAMIENTO DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN CHILE. UNA CUESTIÓN NECESARIA Y OPORTUNIDAD INMEJORABLE EN EL CONTEXTO DEL PROCESO CONSTITUYENTE VIVIDO POR NUESTRO PAÍS

Alfredo Ignacio Villagrán Godoy

Larga discusión doctrinal e incluso jurisprudencial ha existido en torno a los problemas existentes respecto de la justicia administrativa en nuestro país, particularmente referente a la carencia de un contencioso-administrativo general radicado en tribunales especializados, lo que ha producido una conceptualización errada del recurso de protección como sustituto idóneo, lo que ha desvirtuado el propósito del mismo, cuestión visible de una somera revisión de aquellos en conocimiento de los tribunales superiores de justicia.

El problema expuesto se torna aún mas grave atendida la dispersión regulatoria tanto de los procesos y procedimientos administrativos (nomenclatura seguida del profesor don Juan Carlos Ferrada), como de la orgánica jurisdiccional-administrativa encargada de conocer las contiendas respectivas; sin contar tampoco, la dogmática administrativa, siquiera, con una unitaria configuración de lo que debe entenderse por contencioso-administrativo, y las delimitaciones necesarias con conflictos jurídicos puramente civiles, penales, comerciales, u otros en que es parte un órgano de la Administración del Estado atendido los actos de gestión realizados dentro de su ámbito de competencia.

Sin lugar a duda, a lo menos los mas importantes conflictos relatados parten de un sustrato común: nuestra actual Constitución Política de la República y un evidente vacío regulatorio, hasta de los sustratos más básicos, de una correcta ordenación de la justicia administrativa, lo que ha dado pie a un amorfo sistema en

la materia, que encuentra ramificaciones imprecisas desprendidas de diversos regímenes administrativos del derecho comparado.

En dicho sentido, el proceso constituyente en que transita actualmente nuestro país nos otorga una oportunidad única en orden a subsanar el defecto mencionado, plasmando en la nueva Carta Fundamental un camino cierto respecto de la jurisdicción contencioso- administrativa, en donde los aportes entregados, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, resultan esenciales; nada más que establecer una configuración unitaria, coherente y moderna que satisfaga el aumento exponencial de la actividad de la Administración del Estado.

Todo lo anterior, resulta aún más necesario atendida las cualidades y características propias de los actos administrativos (presunción de legalidad o validez, ejecutividad, ejecutoriedad, ejecución forzosa, entre otros), que implican, como quizás no sucede en ninguna otra materia, una carga adicional a los administrados que buscan impugnar los mismos: derribar la validez, *per se*, del acto desfavorable, lo que constituye un privilegio altísimo para la Administración.

Asentado lo anterior, el objeto del trabajo no va a consistir primordialmente en relatar y analizar los conflictos existentes en torno a la justicia administrativa en nuestro país, sin restar la importancia dogmática de este punto que, en la medida de lo posible, será abarcado buscando contextualizar al lector, pues la mayoría de aquellos problemas son conocidos por todos y han sido latamente tratados por prominentes estudiosos, sino más bien se buscará otorgar, humildemente, una propuesta respecto de la configuración que debiese otorgarse a la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestra nueva Carta Fundamental, buscando conciliar la misma, dentro de los máximos esfuerzos posibles, con la normativa infra constitucional existente, la que destaca por su dispersión, no solo en leyes, sino en diversas normas administrativas.

Para lograr el propósito reseñado precedentemente, se pretende dividir el trabajo en tres capítulos: el primero referente a una breve explicación de los

principales problemas existentes en nuestro país en torno a la justicia administrativa, atendida la disforme configuración que se ha entregado a la misma en nuestro ordenamiento jurídico, lo que partirá con una breve reseña histórica respecto de su evolución haciendo especial énfasis a los principales textos constitucionales que rigieron en nuestro país, y someramente a otra regulación, lo que permitirá entender al lector el origen de la problemática tratada; en un segundo capítulo se expondrán y sistematizarán los diversos sistemas comparados existentes respecto de la configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como sus ventajas y desventajas y, principalmente, sus importancias, compatibilidad, y necesaria procedencia, o no, en nuestra legislación; y, finalmente, en un tercer capítulo, se expondrá la propuesta realizada por este autor, respecto a las bases que deben cimentar la nueva justicia administrativa en la nueva Carta Fundamental, buscando, dentro de lo posible, su compatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico actual, lo que no se encuentra exento de dificultad atendido el derramamiento de normas administrativas existentes ya sea a nivel legal, como infra legal.

A mayor abundamiento, el primer capítulo pretende enfocarse en dos aspectos fundamentales: uno respecto a la evolución histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestro país desde la independencia de nuestro país, y concretización del origen de los problemas actuales en el diseño de justicia administrativa nacional; otro referente a los conflictos actuales más importantes en la materia, entre los que destacaran la falta de un contencioso-administrativo general en nuestro país, la tergiversación del recurso de protección para dichos fines, la inoperancia práctica de la denominada “nulidad de derecho público” como supletorio contencioso-administrativo atendido el latoso procedimiento que lo rige (procedimiento ordinario de mayor cuantía) que atentan contra la eficiencia y eficacia que se requieren en la materia, la inseguridad que brindan los recursos administrativos ante los órganos de la propia Administración, y la ausencia de una orgánica jurisdiccional adecuada para conocer y resolver los especialísimos problemas jurídicos administrativos.

El segundo capítulo, tratará de tres sistemas administrativos rigentes en la materia en el derecho comparado (nomenclatura seguida de la profesora Sandra Ponce de León Salucci): un sistema francés o de régimen administrativo, en donde la justicia administrativa se ubica en la propia Administración, es decir toca a tribunales situados en ella la resolución de los conflictos jurídicos suscitados entre un administrado y un órgano que lo compone, atendido el prístino entendimiento que tienen del principio de separación de poderes; un sistema inglés, judicialista o de la regla de derecho, en que se otorga a los tribunales de justicia del Poder Judicial la misión de conocer y resolver los conflictos jurídicos que se susciten entre la Administración y los administrados, concurriendo los requisitos respectivos; y, finalmente, un sistema mixto, en donde se entrega a tribunales integrados por personas externas a la Administración y al Poder Judicial el conocimiento y resolución de las contiendas jurídicas, contando aquellos con especiales conocimientos técnicos en la materia.

En el precedente título se tratarán, especialmente, las ventajas y desventajas de cada uno de estos sistemas, así como un análisis respecto de la experiencia de los países en los que se encuentran asentados, para finalizar examinando su compatibilidad, procedencia, y posible utilidad con la reglamentación existente en nuestro ordenamiento jurídico infra constitucional. Con todo, se llega a una conclusión fácil de apreciar, pero que tiene mayores consecuencias de las que se pueden pensar, especialmente considerando la necesaria unidad, coherencia, y cohesión que debe existir en la materia: nuestra jurisdicción contencioso-administrativa es tricéfala compartiendo caracteres con estos tres sistemas: francés- recursos administrativos; inglés-conocimiento general de materias administrativas por tribunales de justicia que forman parte del Poder Judicial, atendida la falta del prometido desde antaño por el constituyente; mixto- la existencia de tribunales contencioso-administrativos especiales que conocen solo respecto de algunas cuestiones especialísimas, como los Tribunales Ambientales, o los Tribunales Tributarios o Aduaneros.

Finalmente, en el último capítulo se propondrá como base para la configuración de la justicia administrativa desde la nueva Carta Fundamental un sistema mixto en lo orgánico, pero de régimen administrativo en lo funcional.

En efecto, respecto del carácter orgánico se propone la creación de un tribunal contencioso-administrativo general que conozca, primordialmente, de aquellas materias que no sean de conocimiento de alguno especializado, de composición mixta entre abogados letrados con elevados conocimientos en materias administrativas (lo que implica imponer requisitos de edad y experiencia académica o profesional a los integrantes de dicho órgano jurisdiccional), y otros con conocimientos técnicos en la materia (con innegable reconocimiento y experiencia en materias administrativas, no necesariamente abogados, como podría ser, a modo ejemplar, administradores públicos), externos a la Administración y al Poder Judicial (sin perjuicio de someterse a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, en concreción del sistema de “frenos y contrapesos”), con el objeto de garantizar la independencia e imparcialidad de los mismos, así como un elevado contenido de sus sentencias, otorgando mayor certeza de justicia en sus decisiones.

La diversificación del conocimiento de contiendas jurídicas a profesionales externos a la labor jurídica no es nueva en nuestro país, así, a modo ejemplar, los Tribunales Ambientales están compuestos por tres miembros, dos de ellos abogados y un profesional del área de las ciencias, mostrando excelentes resultados al otorgar una perspectiva distinta en el análisis de las materias puestas en su conocimiento, y otorgando una mayor fundamentación en sus sentencias, lo que ha disminuido, radicalmente, la impugnación de las mismas: un análisis económico de cuestión entrega un visto bueno a esta fórmula.

Finalmente, desde una perspectiva funcional, este autor cree conveniente seguir una fórmula proveniente puramente del sistema de régimen administrativo, distinguiendo entre cinco tipos de contenciosos administrativos (sin perjuicio de su

necesario desarrollo a nivel legal): i) un contencioso de nulidad; ii) un contencioso de plena jurisdicción; iii) un contencioso de interpretación; iv) un contencioso represivo; v) un contencioso cautelar. Esta formulación permite otorgar uniformidad a la diversidad de acciones existentes en nuestro derecho, así como las futuras que pretenda crear el legislador, pero, fundamentalmente, implica una ayuda a la magistratura administrativa quienes sabrán, a ciencia cierta, a que materia toca enfrentarse con anterioridad al conocimiento de fondo de la cuestión sometida a su decisión.

II. FUNDAMENTOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN”

Javier Valdés Torres

Introducción

Nuestra generación ha sido marcada, ya desde la posguerra, y en Chile particularmente desde los casos de violaciones a Derechos Humanos, por la ya clásica noción de activismo judicial y de control férreo entre los poderes públicos. La llamada doctrina del “judicialismo” o “Gobierno de los Jueces” ha sido evidentemente influyente en latinoamérica, especialmente en el auge del neoconstitucionalismo. Sin embargo, ya sea como consecuencia de ello o paralelo a este proceso, se ha ido produciendo un fuerte rechazo a la legitimidad y a la labor de los jueces, ya sea en el ámbito administrativo, o especialmente en el ámbito penal.

En dicho contexto, las diversas innovaciones y restricciones que ha implicado la pandemia global del virus COVID-19 y también, previamente, el llamado “Estallido” o “Revuelta” social desde el 18 de octubre de 2019, han añadido un problema adicional: habida cuenta del uso de facultades extraordinarias de los gobiernos de turno para luchar contra la propagación del virus y para controlar las diferentes propuestas, el estado de excepción se ha presentado como una opción razonable de regulación de la fuerza y de limitación de derechos fundamentales. Esta “emergencia del derecho” ha producido un profundo cuestionamiento a los límites del poder estatal y, también, una interesante discusión respecto de sus fundamentos.

Sobre el Problema del Control de la Excepción

El escenario descrito, sin embargo, ha generado un estado abierto en la discusión respecto de distintas posibles dicotomías que debemos explorar para estudiar de buena forma el asunto.

El Estado de Excepción comúnmente ha sido comprendido como la situación límite del derecho: el momento definitorio de lo que es y no es el poder puro, o, dicho en términos político-teóricos, el momento del soberano. Así, las distintas posturas sobre éste discurren principalmente en torno a su necesaria puesta en escena “fuera” del derecho, esto es, la excepción a las reglas. En dicho “momento” -el de la excepción-, el derecho en principio se suspende. La decisión sobre ese momento, además, es una decisión puramente soberana: solo le compete a quien detenta el poder (el rey, el presidente, etc.).

Pero a lo largo del siglo XX, y puesto en consciencia la necesidad de un estatuto universal de derechos fundamentales que rija, precisamente, ahí donde el borde del derecho es gris, donde el poder confunde al derecho con arbitrariedad, se hizo notorio un cambio de paradigma. En tal sentido, la noción de excepción se volvió relativa: sería una excepción a ciertos derechos, a ciertas reglas primordiales, pero no a un conjunto general de normas. La excepción, además, “se regla”: se operativiza su desenvolvimiento para ser, precisamente, legal -o, generalmente, constitucional-. Dicho momento, de auge de los DDHH tras el trauma de la guerra y del Estado de Sitio, imprimió la pregunta por su control, un control que -democrático o no- tenga en sus ojos la defensa de derechos inalienables incluso en dicha circunstancia.

Sin embargo, para comprender hoy los fundamentos de dicho control debemos comprender de mejor manera una diversidad de conceptos sobre la excepción. Así, en primer lugar, es necesario analizar la distinción entre un “estado” de excepción, y una “situación” de excepción. Ello, con el objetivo principal de (i) entender si las reglas que nos hemos dado -no solo en Chile, sino que también a nivel comparado- dan cuenta solo de la primera categoría, o también aplican a la segunda; (ii) y, además, de dilucidar si las reglas actuales respecto de la “situación” de excepción encuentran su eco en los mismos fundamentos -constitucionales, especialmente- que las de un “estado” de excepción, o tienen otro.

Por otra parte, la segunda distinción relevante de hacer es entre la declaración de la excepción y su ejecución. Dicha distinción, a la luz de cómo es el control de las decisiones tomadas en cada una de esas dos instancias parece central para poder comprender qué grados de deferencia debe existir.

Por lo anterior, y ad portas de un proceso constituyente en Chile donde debemos discutir las bases de una nueva institucionalidad, el problema del control jurídico -ello, preponderantemente, implica al control judicial- aparece de nuevo como un problema que debemos resolver: ¿pueden los jueces, ante decisiones del calibre de un toque de queda o restricciones a la movilidad masivas, tener alguna injerencia? ¿qué tipo de control puede hacerse en razón del derecho a decisiones de política pública de ese calibre?

Los fundamentos del control

Lo anterior tiene ciertos problemas: ¿Pueden los jueces, por ejemplo, hacerse valer de la antigua doctrina del acto de gobierno? ¿Pueden los jueces evitar la “inmunidad” de la declaración de estados de excepción constitucional en base a, por ejemplo, el control de derechos fundamentales? ¿pueden otros organismos, no jurisdiccionales, controlar en base al derecho tales decisiones? La diferencia de estos casos, frente a la potestad del juez, con una decisión de política exterior u otra bajo categoría del acto de gobierno no es clara.

Las respuestas tradicionales a dichas preguntas dicen relación, en general, con una histórica discusión respecto de la separación de poderes y el rol de los jueces en el control jurisdiccional del poder administrativo y político. Históricamente, las dos posturas han rondado por un lado una “inmunidad” del poder político ante el control de los jueces, especialmente sospechosa del poder de los jueces; y, además, una posición de defensa férrea del control jurisdiccional de todo acto en razón del derecho, aunque dicho acto sea profundamente político. En tal sentido, dichas posturas van desde el famoso “judicialismo” a la inmunidad del acto o también llamado “acto de gobierno”. Sin embargo, dichas categorías conceptuales

no logran explicar, especialmente hoy, la complejidad del fenómeno del estado de excepción y la relevancia que, dentro de éste, tiene un adecuado control jurídico.

Nuevos fundamentos posibles

Por lo anterior es que necesitamos de nuevas categorías conceptuales para comprender el control jurídico de la política –si acaso es posible-, y especialmente de una política de la excepción. Sin embargo, principalmente en el Derecho Administrativo continental, tales nociones como la de acto de gobierno, o la de estados de excepción aparecen como cometas en el cielo: cada cierto tiempo el problema renace para ser observado aparentemente sin solución concreta. Su teoría escasea: al ser un momento de evidente practicidad (la política frente al control de un juez u otra institución), se ha resuelto comúnmente en base a la contingencia, sin discernir si el problema puede ser resuelto de una forma “común” o bajo conceptos comunes a todos los casos.

El común denominador sobre este tipo de actos o cuestiones políticas es el hecho de que el control de ellos es un control eminentemente político: ya sea uno electoral, uno social o uno jerárquico. Ésta es precisamente la llamada “responsabilidad política”, que se hace efectiva ante el electorado o, en su defecto, ante el Congreso, según los procedimientos de nuestra Constitución. Sin embargo, la complejidad de las relaciones sociales y políticas ha llevado a que dicho control muchas veces no sea suficiente o el más adecuado.

Por ello, y por otro lado, existen *iuspublicistas* acérrimamente en contra de esta categoría, como es el caso de García de Enterría. El problema es respecto del orden de comprensión de la función del principio de división de poderes: en la medida en que se entiende que hay otros tipos de controles –no sólo jurídicos-, se tolera que ciertos actos, por su funcionalidad y por su excepcionalidad, estén fuera del control que implica el contencioso administrativo –en todas sus formas, en el caso chileno-. El problema, para otros, estriba en que esa posibilidad de un control alternativo es incierta y relativa, por cuanto depende de cuestiones netamente

políticas y no considera, muchas veces, la afectación a derechos de particulares. Así, y en este sentido que pretenda reivindicar la categoría del acto político, debe buscar de paso asegurar la deferencia del poder judicial hacia tales actos.

En dicho panorama, es relevante relevar la importancia de algunos conceptos actuales que nos permitan comprender mejor el problema planteado o, en subsidio, será necesario crear nuevos conceptos que lo abarquen. Para ello, y dada la importancia de comprender este problema a la luz del principio democrático y, principalmente, en base a la idea de separación de poderes, estudiaré los fundamentos que la idea de 'deferencia', proveniente especialmente del derecho anglosajón, nos brinda.

Claramente esta discusión evidencia las dificultades políticas de fondo que tiene propugnar una teoría de la deferencia en el derecho continental donde rige el estado de derecho y, con él, la prioridad del control judicial.

Por tanto, la necesidad de que ésta sea teorizada debidamente en nuestra doctrina es urgente, especialmente si buscamos los fundamentos del control jurídico del estado de excepción. La relación, justamente, que tiene este tipo de problemas competenciales y de control con las distintas nociones sobre Democracia (por un lado, una cierta democracia "jacobina" y correligionaria del control ciudadano y la efectividad de éste, dejando a los jueces precisamente como jueces; y por otro lado, una visión escéptica del sistema político y de la acción política, y partidaria de un activismo judicial que logre la consecución y el respeto de derechos y garantías a los ciudadanos por medio del Derecho) es importante para estudiar cómo controlar hoy, jurídicamente, la política.

Por lo anterior, es que estudiaré las posibilidades teóricas que nos brindan otras doctrinas, especialmente, la teoría de la deferencia, para explicar el control jurídico del estado de excepción y sus distintas aristas.

Bibliografía

- AGAMBEN G. (1995). *Homo Sacer: Il potere sovrano e la vita nuda*. Torino: Giulio Einaudi Editore; 1995.
- AGAMBEN G. (2003). *Stato di Eccezione. Homo sacer, 2.1*. Torino: Bollati Boringhieri Editore.
- ALCHOURRÓN, C. E. BULYGIN, E. (1976). *Normative Systems*. New York: Wien.
- ATRIA, Fernando (2016). *La Forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (2000). *La democracia como principio constitucional. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta.
- BULYGIN E. (1995). Cognition and interpretation of law. En: Gianformaggio L, Paulson S. (eds.) *Cognition and interpretation of law*, Turin.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond (1948). *Teoría General del Estado* (trad. J. León Depetre). México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1ª edic.
- DALY, Paul (2012). *A Theory of Deference in Administrative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DWORKIN, R (1984). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- DWORKIN, R. (1996). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, en Cambridge, MA: Harvard University Press.
- FERRAJOLI L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- FULLER, Lon (1958): "Positivism and fidelity to Law: A Reply to Professor H.L.A. Hart." *Harvard Law Review* 71, no. 4, pp. 630-672.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1998.
- HART, H.L.A (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- KANTOROWICZ, E. H (1997), *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*. Princeton University Press: Princeton.
- KELSEN H. (1991). *Teoría pura del Derecho*. México D.F.: Porrúa-UNAM.
- KELSEN H. (1949). *Teoría general del Derecho y del Estado*. México D.F.: Imprenta Universitaria; 1949.
- LASTARRIA, José Victorino (1865): *Elementos de Derecho Público Constitucional Teórico, Positivo y Político* (Gante, Kessinger Legacy Reprints, 3a ed. facsimilar).
- LAWSON, G. & SEIDMAN, G (2019). *Deference: The Legal Concept and the Legal Practice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- MONTESQUIEU (1995). *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Barcelona: Marcial Pons.
- SCHMITT, C. (1934), *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid,.
- ____ (1985a.). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*, Alianza Editorial, Madrid,
- ———.(1985b). *Political Theology. Four chapters on the concept of sovereignty*, MIT Press, Cambridge, MA,.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-ADMINISTRADOR EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

Oscar Enrique Fuentes Mondaca

Introducción:

Quedó en la historia que una madrugada del mes de noviembre del año 2019, en la ex sede del Congreso Nacional, un grupo de congresistas y representantes de los partidos políticos del país llegaron al acuerdo de que nuestra república requería de una nueva Carta Fundamental, en la que se pudiese (de ser posible) reflejar el Chile del 2020 y de las próximas décadas. Este trascendente cambio ha abierto la puerta para que la Doctrina comience a vislumbrar y a proponer aquello que la nueva Carta Magna debe regular, eliminar o mejorar en esas instituciones que han hecho rasgar vestiduras en los últimos cuarenta años.

Ahora bien, sabemos que la responsabilidad es un elemento esencial del Estado de Derecho, y de que esta busca que cada uno de los integrantes de la sociedad repare los daños que cause por un actuar con dolo o culpa, también que la materia referente a la responsabilidad del Estado es una cuestión que ha sido un trabajo de siglos, recordemos que en la Monarquía absoluta existía la concepción de la irresponsabilidad política del monarca, ya que el poder con la que aquel podía ordenar provenía directamente de dios, por lo que la autoridad no podía hacer nada malo o equivocarse. Esa formula se resume en “The king can do no wrong”.

A pesar de ello, esa concepción mutó y llegamos, después de un largo camino, a comprender que las autoridades tenían responsabilidad y por lo tanto el hacerse cargo de los daños que pudieren cometer en su actuar era una cuestión intrínseca a sus cargos. Cuestión de tal relevancia, que en la nueva senda que nos brinda el devenir de la historia, no podemos obviar que sea regulada en la nueva

Carta Fundamental. Pero esta vez de forma clara, directa, sin recovecos ni sinuosidad.

En el trabajo que deseamos presentar, nos interesa desarrollar el principio de la responsabilidad del Estado-Administrador y de cómo aquel podría verse en alguno de los preceptos que se construyan en la nueva Constitución Política de la República (CPR). Ello, primero, en consideración a la relevancia que tienen aquel principio en el ordenamiento jurídico, porque ¿podría acaso una Constitución no regular la responsabilidad del Estado?, y segundo, a pesar de que la actual ley fundamental establecería en su artículo 38 inciso segundo –para algunos– la responsabilidad estatal por los actos dañosos que realice, el mismo ha sido fuente de una larga discusión respecto a su objeto y regulación.

Para ello, y como eje central de este trabajo, se propondrá una fórmula precisa de la regulación del principio mencionado como norma constitucional, con la finalidad, esperamos, de ser un aporte en la discusión en la materia. Así, serán varios los puntos que trataremos para arribar a la proposición anunciada, comenzando con realizar una breve reseña histórica del principio de responsabilidad y de cómo hemos llegado al concepto que hoy utilizamos en nuestro ordenamiento.

Repasaremos las cartas fundamentales que ha tenido nuestra república buscando en ellas las regulaciones de la responsabilidad del Estado-Administrador, para establecer una regulación constitucional de esa responsabilidad, de encontrarlas. También, revisaremos el estatuto del actual artículo 38 de la CPR y los principales conflictos que esa norma ha traído para la doctrina y (en el acápite siguiente) los vaivenes de la jurisprudencia respecto del mismo.

Igualmente, haremos mención a algunas constituciones americanas y europeas sobre cómo regulan la responsabilidad del estado, los efectos de las mismas y de sí ellas nos pueden ayudar a encontrar un concepto que mejor se adecue a nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, y de forma principal, nos avocaremos a establecer dos cosas, la primera, si la responsabilidad del Estado-Administrador debe ser regulada sólo en una ley que se dicte al efecto (que hasta el día de hoy en términos generales en nuestro sistema jurídico no existe); si aquella responsabilidad debe estar sólo en la carta fundamental o si debe fundarse tanto en la norma legal como en la CPR. Y dos, otorgar un concepto sobre la responsabilidad en comento y desojar aquel, en tanto sus elementos y características nos guíen en la conclusión sobre si el concepto tratado puede ser la base de la regulación de la responsabilidad del Estado-Administrador.

La responsabilidad del Estado-Administrador en Chile, algunos hitos del último siglo:

En este apartado se procederá a relatar los diferentes momentos que ha atravesado la responsabilidad del estado, algunos autores nos señalan que son dos ámbitos generales que se han desarrollado en nuestra historia respecto de la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado. Otros dividen los momentos en más etapas -aunque contemplando la responsabilidad y irresponsabilidad del Estado-, agregando a ellas, los actos de gestión o autoridad que validaban o no la irresponsabilidad, los actos de autoridad lícitos y responsabilidad por actos de gestión y actos de autoridad ilícitos con base en normas de la responsabilidad civil extracontractual.

Ese breve análisis, de las etapas de la responsabilidad, nos podría ayudar para encaminar o asentar la etapa que mejor nos ayude a encuadrar la proposición que queremos otorgar, entendiendo los beneficios y mejor ejemplo para la regulación de aquel principio en la nueva carta fundamental.

Las constituciones chilenas y la responsabilidad del Estado-Administrador:

En este acápite revisaremos las distintas constituciones de nuestro país y veremos si en ellas se ha desarrollado la Responsabilidad del Estado-Administrador, o si encontramos partes de la misma en cada una de aquellas que nos ayude a entender el actual artículo 38 de la CPR y de cómo, a su vez, este se puede mejorar o complementar. Así, principal y sucintamente, veremos las Constituciones de 1822, 1823, 1828, 1833 y de 1925.

Los conflictos generados por el artículo 38 inciso segundo de la constitución chilena de 1980 y su legislación “complementaria”:

¿La responsabilidad del Estado-Administración es objetiva?

¿La responsabilidad del Estado-Administración es subjetiva?

¿El ámbito de atribución de la responsabilidad del Estado es por falta de servicio?

¿Es acaso ese ámbito de atribución de la falta de servicio, objetivada u objetiva?

¿Qué rol cumplen las leyes N°s. 18.575, 18.695 y 19.966 en la falta de servicio?

¿Debe regularse la responsabilidad en base a las normas del artículo 2314 y siguientes del código civil?

Nuestra intención es, mediante la respuesta que le otorguemos a esas preguntas, encontrar una fórmula que nos sirva para desarrollar el principio de la responsabilidad del Estado-Administrador y su desarrollo en la nueva constitución. Contemplando la fórmula óptima.

Los vaivenes de la jurisprudencia respecto de la responsabilidad del Estado-Administrador:

Revisar las decisiones de los tribunales de justicia, apoyándonos en los casos emblemáticos, por lo menos revisar esas decisiones en sus etapas correspondientes, cuestión que, en nuestra opinión, podría invitar a encontrar otro parámetro que se incluya en la propuesta realizada al efecto.

La responsabilidad del Estado-Administrador en algunas constituciones americanas y europeas:

Nuestro sistema jurídico, así como la mayoría de los sistemas legislativos del mundo, se basan en encontrar en otros ordenamientos fórmulas que sirvan de ejemplos para dar solución a cuestiones que aquejan a cada sociedad. Por ello, es que revisaremos algunas constituciones americanas. Tales como la colombiana, que ha sido utilizada de suyo como ejemplo en nuestro ordenamiento.

También revisaremos otras, en las que, más allá de la eficacia de las mismas, han sido dictadas bajo fórmulas de convenciones constituyentes y en momentos “cercaños a nuestros días”, nos referimos a la boliviana y ecuatoriana.

Igualmente, examinaremos algunas normas jurídicas fundamentales europeas, que nos den luces de cómo regular en la nueva constitución la responsabilidad del Estado-Administrador, no copiando las mismas (aunque varias de las instituciones legales que disponemos se han esgrimido en base a la copia, código civil, en el derecho privado, o como también nuestra propia ley de procedimiento administrativo N° 19.880).

Posibles formas de abordar en el nuevo ordenamiento constitucional la responsabilidad en comento:

Entendemos que la responsabilidad del Estado-Administrador podría darse o regularse en tres formas distintas, esto es:

1. Regulada totalmente en la ley: es decir, que no sea tratada en la CPR y que esta última simplemente se limite a remitirse a la norma legal para su regulación.

Prima facie ello no nos interesa, ya que es de tal importancia la responsabilidad del estado o que este se haga responsable por los actos que causan daño, que creemos, por varias razones (como la supremacía constitucional y la eficacia directa que esta tiene) que debe estar en la CPR la regulación de aquellos actos dañinos o lesivos por parte del Estado.

2. Dejarla en la CPR y con su “bajada” en la ley: ello proporcionando los elementos básicos la norma fundamental y en la ley dictada al efecto sea desarrollarla a cabalidad.

Cierto es, que nuestro sistema jurídico actual regula de esta forma la responsabilidad del Estado-Administrador, prescribiendo en el artículo 38 inciso 2° (según algunos autores) la obligación del estado de resarcir a los ciudadanos o particulares cuando estos sean dañados por la actuación de los agentes de la Administración. Sin embargo, no creemos que esta fórmula siga siendo la adecuada, ya que repetir la técnica de la CPR del '80 no nos llevaría a nada, el error (si se puede llamar así) ya se cometió al no regular de forma precisa la responsabilidad y no deberíamos tropezar dos veces con la misma piedra.

3. Dejarla solo en la CPR: podría ser difícil imaginarse que en la norma fundamental se encuentre todo el desarrollo de la responsabilidad de la Administración, sin embargo, eso no es para nada imposible, así podemos tomar como ejemplo la responsabilidad del Estado-Juez la que tiene en el artículo 19 N° 7, letra i), una regulación que en términos generales (incluso comparándola con la ley suprema de 1925) otorga los elementos esenciales para perseguir tal responsabilidad.

Los puntos antedichos, quisiéramos repasarlos apoyándonos de la doctrina atingente, con el fin de que la propuesta de regulación que propondremos quede, según lo manifestado en el último punto (3.) sin dudas en la nueva CPR.

Propuesta de artículo que regule la responsabilidad del Estado Administrador en la nueva carta política:

Este será el punto fundamental de nuestra exposición en las jornadas, en el cual volcaremos lo estudiado y concluido en cada uno de los acápites mencionados en este documento. Con el fin de proponer un artículo que, en nuestra opinión, pueda definir que se entiende por la responsabilidad del Estado-Administrador, su ámbito de aplicación, elementos, características, plazos e incluso procedimiento.

Así, dividiremos en dos partes nuestro trabajo, la primera, lo que presentaremos en las jornadas propiamente tal, esto es, la definición que otorgaremos, su regulación y características generales, además, de la defensa del mismo, desmenuzando cada uno de los argumentos planteados, respecto de la responsabilidad reiterada, en el tiempo dado al efecto.

Por la otra, estará el trabajo o texto definitivo, en el que se desarrollará cada uno de los párrafos enunciados de forma más amplia.

Igualmente, se está abierto a cualquier proposición que realice la comisión para abordar de mejor forma nuestra presentación, la que sin duda será un aporte en el trabajo final.

Óscar Fuentes