

# LA RESPONSABILIDAD PUBLICA

## (Un retorno a la idea clásica de restitución)

EDUARDO SOTO KLOSS  
Profesor de Derecho Administrativo

### S U M A R I O

Introducción. I. La idea de reparación de un daño como restitución de una situación injusta sufrida por una víctima. II. La noción de responsabilidad como sanción a una conducta ilícita (la irrupción de una noción moral). III. La reparación de daños producidos por la actividad del Estado: orígenes, un enfoque civilista. IV. Nuestra tesis: una visión propiamente jurídica. V. Conclusiones.

### I N T R O D U C C I O N

“La responsabilidad pública”: enfoque político<sup>1</sup>, es un tema, ciertamente, apasionante, y ¿cómo no serlo si nada menos dice relación con los fundamentos mismos del problema de la responsabilidad? ¿No es, acaso, el modo normal de llegar a la verdad de las cosas el preguntarse por las primeras causas de ellas, o sea por sus últimos fines? ¿Y, más, aún, que verdad inconcusa es que todo agente obra por un fin que es causa de su actuar y término (fin) de su actua-

\*Conferencia —con agregación de notas— pronunciada el día 4.5.1979 en la inauguración del curso de post-grado “La responsabilidad pública”, realizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Norte “Santo Tomás de Aquino” Católica de Tucumán (República Argentina).

<sup>1</sup>Entiendo “político” en su sentido de ordenación de la ciudad (polis), para un *honeste vivere*, o una “vida virtuosa” en sentido aristotélico; es decir, como un modo de cuidar una mejor regulación de la vida social de los hombres, a través de la justicia (aquí, tratándose de responsabilidad pública, de la justicia distributiva —que es una forma de la justicia particular, en el concepto del Estagirita). “Político”, pues, en cuanto persigue una mejor disposición de los instrumentos jurídico-institucionales, a fin de obtener el bien común de la sociedad/polis (y de una sociedad concreta, como es la nuestra).

ción? Y puesto que el Derecho es una ciencia práctica ¿no es, acaso, que en el orden operativo se da comienzo siempre por la aprehensión del fin?<sup>1bis</sup>.

Pero el tema en sí puede prestarse a múltiples tratamientos, tal es su riqueza, y ello también el peligro para quien quiera exponerlo. ¿Qué creéis vosotros que puede recubrir este tema?

He creído conveniente —y aún indispensable— exponer el tema de un modo que sea de real provecho, no transitando los caminos ya tan hollados por tanto administrativista, generalmente más preocupado de la técnicas de las instituciones públicas que de sus fundamentos racionales<sup>2</sup>, sino adentrándonos en indagar las bases sobre las que se asientan tantas afirmaciones hoy recibidas casi sin discusión por los juristas, y que curiosamente, en general, no son nociones propiamente jurídicas.

Decía en otra ocasión que el hablar de contrato, para cualquier iniciado en el arte de la jurisprudencia o en la ciencia del derecho, evocaba casi hoy de suyo, la idea de “acuerdo de voluntad”, y sin duda no pocos han quedado un tanto perplejos cuando se ha mos-

<sup>1bis</sup>. Sto. Tomás de Aquino, *Suma Teológica* 1-2. 15.3. En el obrar humano es fundamental la idea de fin (vid. v.gr. Aristóteles, *De anima* 3.10; *Ética a Nicómaco* 1. 1; 1-4. Sto. Tomás lo destaca numerosas veces: vid. v. gr. *ob. cit.* 1.44.4; 1-2. 1.1 “El fin es, ciertamente, el último en el orden de la ejecución, mas el primero en la intención del agente”; 1-2. 1.2; 1-2. 1.5; 1-2. 8.2; etc. Sobre el Derecho como ciencia práctica vid. entre otros, J. M. Martínez Doral, *La estructura del conocimiento jurídico*. Univ. de Navarra. Pamplona. 1963; J. J. Sanguinetti, *La filosofía de la ciencia según Santo Tomás*. Eunsa. Navarra. 1977. Nunca debería olvidarse que el fin mismo de toda ciencia (sea especulativa, sea práctica) es —ya indirecta, ya directamente— un fin práctico, cual es servir al hombre y ayudar a su perfección; quienes operan con el Derecho deberían recordar más a menudo esta verdad.

<sup>2</sup>Olvidando que el Derecho es artificio sólo humano (que ni los brutos ni los ángeles requieren de él para su pacífica convivencia), y que lo propio de lo humano es la razón. Es la razón lo que especifica propiamente al hombre (“sustancia individual de naturaleza racional” en la clásica formulación de Boecio (480-525): vid. su *Liber de persona et duabus naturis contra Eutychen et Nestorium*, cap. 3 (“Persona est naturae rationalis individua substantia”) en *Patrología Latina* (Migne), vol. 64 (1847) 1338-1354, la cita en 1345, col. 1; “lo más perfecto que hay en toda la naturaleza” llega a decir S. Tomás al referirse a la persona (*ob. cit.* 1.29.3 “ser subsistente en la naturaleza racional”, nombre “que expresa la dignidad de la misma”, agregará en *ob. cit.* 2-2.63.1).

trado que ello no era así sino de acá a tres siglos atrás, y esto fruto de la revolución copernicana que sufriera el derecho al irrumpir la reforma protestante con sus secuelas de iusnaturalismo racionalista, laicismo y nominalismo voluntarista, cuyos efectos hoy muy pocos atisban, porque es en la actualidad el lenguaje casi común de los juristas, y aún de juristas católicos<sup>3</sup>.

Pero, no he venido hoy a escandalizaros, sino a que veáis cómo en el asunto de la responsabilidad y de la responsabilidad estatal, se produce también algo semejante en cuanto la noción misma de responsabilidad es una noción relativamente contemporánea, e implica la irrupción en lo jurídico de nociones de teología moral protestante, producto de la Reforma, que obnubilaron el tratamiento propiamente jurídico del tema y que en la esfera de lo público aún hoy impera en cierto modo a través de la irresponsabilidad del Estado, si bien no tanto en su esfera de actividad administrativa, pero sí sobre todo en lo referente a su actividad legislativa y no poco también en la judicial.

Alguien decía que en todo problema jurídico yacía un problema filosófico y en especial filosófico-político, pero todo problema político lleva envuelto un problema religioso: no en vano encontramos aquí también esta realidad. Y es que la ruptura de la unidad religiosa del occidente cristiano provocó consecuencias no sólo políticas —que suelen ser bien conocidas— sino también jurídicas, que suelen ser, por desgracia, bien ignoradas<sup>4</sup>. Lo que vamos a exponer emana no de milagros como lo pediría un judío, ni de puramente humana sabiduría como lo haría un griego gentil, sino de una perspectiva en la que el Derecho ha sido iluminado por una buena nueva: ni milagros ni vana filosofía, pues, sino lo perenne de lo humano, pero

<sup>3</sup>El Congreso Internacional de Derecho Administrativo celebrado en Mendoza en 1977, organizado por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, tuvo por tema "La contratación administrativa"; la primera parte de mi exposición *Contratos de la Administración*. Características y diferencias, fue publicado por la Secretaría del citado congreso; la segunda parte *La contratación administrativa, un retorno a las fuentes clásicas del contrato*, en ADA II 93-110 (también en RAP 86 (1978) 569-584; los dos trabajos en RDJ 1978).

<sup>4</sup>Muy útiles y perspicaces son en este campo los trabajos de M. Villey: vid. v.gr. en especial *La formation de la pensée juridique moderne*. Montchretien. Paris. 1975, 273 ss.

vivificado por la luz de Cristo, como ha ocurrido en la tradición occidental. Parecería que en esta materia el Creador hubiese querido hacer también realidad lo que cantaba Isaías: “Disiparé la sabiduría de los sabios, y anularé la sagacidad de los prudentes”, que retomaría el Apóstol: “¿Dónde están vuestros sabios, dónde tus letrados? ¿Dónde los expertos de este siglo? ¿No ha convertido, acaso, Dios en necedad la sabiduría de este mundo?”<sup>5</sup>.

Pasemos, pues, al tema mismo.

## I. LA IDEA DE REPARACION DE UN DAÑO COMO RESTITUCION DE UNA SITUACION INJUSTA SUFRIDA POR UNA VICTIMA

En el entendimiento común así como en la especulación científica suele procederse en la solución de los problemas, de tal modo que las respuestas que se van dando a ellos, las últimas en el tiempo van como anulando las anteriores, las cuales suelen perder en seguida toda importancia. En la jurisprudencia, en el Derecho (ciencia práctica por excelencia) se da, por el contrario, un cambio de perspectiva más bien, respecto de la misma realidad, de modo tal que los problemas y sus secuelas se dan y repiten siempre, pero en que suelen no sólo haber avances sino también ostensibles retrocesos: hay cambios de perspectivas, sí, pero, por desgracia, también olvidos lamentables.

¿Será eso lo que ha ocurrido aquí en este campo de la responsabilidad? Y ¿no demuestra ello que es indispensable para entender el Derecho —sea en sus aspectos de derecho público o de derecho privado— de conocer la historia, y conocer también la filosofía, puesto que gran parte de las nociones hoy reinantes en el Derecho emanan de filósofos, que no de juristas?<sup>6</sup>, y ¿no es acaso esto la causa de tantos desvarios en el tratamiento de no pocas materias, v. gr. acto jurídico, derecho subjetivo, contratos, personas jurídicas, responsabilidad, etc.? Entremos ya, pues, en materia.

<sup>5</sup>Isaías 29, 14. S. Pablo, 1 *Corintios* 1, 22-27.

<sup>6</sup>Muy de relieve lo ha puesto Villey v. gr. en materia de contratos (vid. *Préface historique à l'étude des notions de contrat*, en *APD* 13 (1968) 1-11 esp. 3s; de derecho subjetivo (*Los orígenes de la noción de derecho subjetivo*, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Ed. Universitaria de Valparaíso. 1976, 23-57); de responsabilidad (*Esquisse historique sur le mot responsable*, *APD* 22 (1977) 45-58), etc.

Si preguntásemos aquí a alguno: “Y vosotros, ¿qué decís qué es la responsabilidad?”, estoy seguro que la gran mayoría sería casi conteste en afirmar que es la obligación de “responder” de sus propios actos, y en especial de aquellos que, producidos con culpa o malicia, dañan a otros, “responder” que implica un reparar el perjuicio hecho. Y esta idea —que es la común— lleva insita aquella de que base de la responsabilidad es la culpa, pues allí donde no se dé ni negligencia ni malicia no habría responsabilidad, ni, por ende, obligación de reparar el daño.

Este es el principio general del derecho común, sin perjuicio de que se den variadas excepciones, tanto en el orden de tener que responder no sólo de sus propios actos, sino también de otros sujetos que estén a nuestro cuidado o guarda o bajo nuestra dependencia, como asimismo, en el orden de responder no sólo por negligencia o malicia sino también —ahora se dice— por el riesgo creado por una determinada actividad.

Ahora bien, si vosotros sois dados a la historia del derecho como a la filosofía jurídica, y también a la filosofía, y ¿por qué no a la teología moral? os daréis cuenta de inmediato la extrema mixtura de elementos dispares que contienen esas ideas, que hoy son incluso normas de los códigos civiles vigentes. ¿Querriás ver los orígenes tan distintos que se dan cita en este problema de la responsabilidad, según se lo ve hoy, y que han dado lugar a innumerables disputas, muchas veces sin solución?

Tal vez no creeréis si se os dice que el derecho romano aparece ajeno a la idea de responsabilidad<sup>7</sup>; pero ello es absolutamente ló-

<sup>7</sup>Vid. entre otros, V. Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho romano* (tr. de la 10ª ed. 1949). Depalma. Buenos Aires. 1952, 415-420 y 428-431 (en la 13ª ed. Jovene. Napoli. 1957, 372-376); A. D'Ors, *Derecho privado romano* (3ª ed.) Eunsa. Navarra. 1977, 419-423; A. Guarino, *Diritto privato romano*. Jovene. Napoli. 1957, 567-594 y 597-602; F. Schulz, *Derecho romano clásico*. Bosch. Barcelona. 1960, 562-573; P. Jörs-W. Künkel, *Derecho privado romano* (reimpr. 1ª ed. 1937). Labor. Barcelona. 1965, 364-369 y 242-259; también P. Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*. Giuffrè. Milano. 1939; *Istituzioni di diritto romano* (3ª ed.). Giuffrè. Milano. 1954, 411-417; D. Daube, *On the use of the term damnnum*, en *Studi in onore di Sino Solazzi*. Jovene. Napoli. 1948, 93-156; B. Perrin, *Le caractère subjectif de l'iniuria aquilienne à l'époque classique*, en *Studi in onore di Pietro de Francisci* (4 vol.), Giuffrè. Milano, 1956, 263-284; F. de Robertis, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel diritto*

gico, además de histórico, que así sea, por cuanto el derecho romano clásico habiendo sufrido una clara influencia de la filosofía griega, entiende el derecho no como un sistema de normas de conductas, ni como una estructura de imputación/respuesta, sino como algo mucho más simple, como una cosa, la cosa justa, pero *cosa-res*, en el sentido romano: como una justa repartición, como un justo equilibrio, de bienes que pueden ser repartidos entre los miembros de la ciudad; es la idea del *sum cuique tribuere*, de lo debido según una relación de igualdad (de equivalencia, o de proporción) en los cambios o conmutaciones o repartos que realizan los hombres entre sí; el *to dikaion* de los griegos, lo justo, lo debido, el *quod iustum est* de los latinos.

Y puesto que para el romano el *ius* no es asunto de normas, sino que es asunto de justicia, *ars boni et aequi*<sup>8</sup>, aparece evidente que

---

*post-classico*, en idem 407-419. Sobre la influencia de la filosofía griega en los juristas romanos, vid. entre otros, P. N. Kamphuisen, *L'influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les jurisconsultes romains*, dans *RHDfE* 1932 389-412; R. W. y A. J. Carlyle, *Il pensiero politico medievale* (4 vol.). Laterza. Bari, I (1956) 13-78; aunque antiguo, E. Costa, *La filosofia greca nella giurisprudenza romana*. s/e. Parma. 1892; P. M. Valente, *L'étique stoïcienne chez Cicéron*. Paris. s/c. 1956; A. Truyol, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado* (2 vol.). Rev. Occidente. Madrid, I (3ª ed. 1961) 172-213; J. Pérez Leñero, *Influencia de la filosofía griega en el derecho romano*, en Homenaje a N. Pérez Serrano (2 vol.). IEP. Madrid. 1959, I 128-160.

<sup>8</sup>Según elegantemente decía Celso, como nos refiere Ulpiano (*Digesto*, I.1.1. *nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*). Sobre la idea romana de *ius* como lo justo vid. entre muchos, B. Biondi, *Diritto e giustizia nel pensiero romano*, en *Ius* 1958, 289-314; A. Burdese, *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*, en *ASD* 1970/73, 103-119; A. Carcatera, *Iustitiae nelle fonti e nella storia del diritto romano*, en *ACIDR* II (1951) 37-47; M. Villey, *Sum ius cuique tribuens*, en *Estudios en torno cit.* 59-70; *Nueva retórica y derecho natural*, en *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Ghersi. Buenos Aires. 1978, 115-142, esp. 127-132. Esta idea del *ius*, de derecho, como lo justo, que venía de Aristóteles (*to dikaion*, lo justo según igualdad: *dika* no es sino división en dos partes iguales), será desarrollado ampliamente por la escolástica medieval llegando a su perfección con las formulaciones de S. Tomás: riguroso es su análisis y demostración. Señala él que lo propio de la justicia es ordenar, o regir, al hombre en las cosas relativas a otro; implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre lo evidencia: en el lenguaje vulgar se dice de las cosas que se igualan, que se "ajustan". Y la igualdad se establece precisamente en relación a otro;

la existencia de un daño implica, de suyo, una ruptura en esa relación de igualdad (en que consiste básicamente la justicia, y más concretamente lo justo jurídico, su objeto, esto es el Derecho), un desequilibrio, una injusticia, que es necesario restablecer.

La obligación de reparar, pues, nace no de una falta, pues que si ésta no existe, igual se produce el desequilibrio y la ruptura de la justicia, que es necesario restablecer. Nace del daño, perjuicio que comporta una injusticia (*damnum iniuria datum*), y la injusticia —para que exista paz en la ciudad— debe ser reparada, puesto que ella es la perturbación del orden, indispensable para la convivencia en sociedad.

Es, pues, del daño que nace la obligación de reparar, es él el centro del problema, y es fundamental advertir esto porque siendo para el romano el Derecho lo que es justo, lo que es debido según igualdad (de equivalencia, o de proporción, según el caso), el problema del daño revierte siempre en un asunto de justicia, es decir, de igualdad que se rompe, de equilibrio en las relaciones que se perturba, de un orden de cosas que se desajusta, y que es necesario equilibrar, aderezar, restablecer, ajustar<sup>9</sup>.

La idea de falta entra para el jurista romano a través de lo contractual más bien, y en aquellos contratos que suponen la buena fe, es decir aquellos *consensus contractus* de los que nacían —de acuerdo a lo formulado por el pretor las *actio bona fidei*, porque había allí

---

lo recto en el acto de justicia se constituye en atención a otro sujeto, puesto que en nuestras obras se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro, v. gr. la remuneración debida por un servicio prestado. Por tanto, se da el nombre de justo a aquello que realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, de allí que de un modo especial se determine por sí mismo el objeto de la justicia, y que es llamado lo justo: tal es el derecho. Manifiesto aparece, entonces, que el derecho es el objeto de la justicia; y derecho significa originariamente no otra cosa que la misma cosa justa (*ipsa res iusta*), lo justo, lo debido a otro según una armónica relación de igualdad (de equivalencia o de proporción) en el intercambio de bienes o en la distribución de beneficios o cargas (vid. al respecto *ob. cit.* 2-2.57.1). Puede ser útil señalar que *ius dicere* (decir el derecho, lo justo) ya en Cicerón (*De legibus* 3.1.2) era equivalente a *praescribere recta*, esto es determinar lo recto y conforme a derecho, que era lo propio del magistrado.

<sup>9</sup>Recalca esto muy pertinentemente Villey; vid. nota 10.

un *synallagma*, esto es un intercambio recíproco de bienes<sup>10</sup>. Y de allí pasará a la *lex Aquilia*, con sus extensiones. Pero lo que es necesario recalcar es que la base, el fundamento, la causa, de la obligación de reparar no es la existencia de una falta, de culpa, de malicia en el autor del daño, sino el desequilibrio producido en las relaciones de los hombres, ~~des~~ desequilibrio injusto, *iniuria*, perturbación de una igualdad que es necesario proteger, y por ende, necesidad de reparar aquélla, alterada por ese daño contrario a esa igualdad (*aequalitas*).

Como puede advertirse, la idea de reparar los daños contrarios a derecho —*iniuria*— era perfectamente ajustada, consonante, proporcionada, a la idea misma de Derecho (*ius*) que tenían los romanos: lo que aparece justo, ajustado, debido a otro en las relaciones entre los hombres en la ciudad, en cuanto al intercambio de bienes o reparto o distribución de ellos, según un orden de igualdad (de equi-

<sup>10</sup>Villey lo señala muy bien en su *Esquisse historique* cit. 48ss; vid. nuestro *La contratación administrativa* cit. 94s. y nota 5 (con bibl.). Al hablar de la restitución S. Tomás apunta con su precisión acostumbrada que “Todo el que origina un daño a alguien le quita aquello en que le daña, ya que se llama daño precisamente porque uno tiene menos de lo que debe tener”, “por lo tanto, el hombre está obligado a la restitución de aquello en que perjudicó a otro” (*ob. cit.* 2-2. 64. 4 resp.); y ¿Qué es restituir? “No otra cosa que poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo” (2-2. 62. 1), restitución la cual “se ordena principalmente a remediar el daño sufrido por aquel a quien se le ha quitado algo injustamente” (2-2. 62. 6 ad 3), es decir es un acto de justicia (2-2. 64. 8).

Esta idea —que ya venía de Aristóteles (vid. nota 48) — pasará a través de la llamada segunda escolástica, desarrollada por los grandes teólogos juristas españoles (s. xvi y xvii: vid. v. gr. D. De Soto, *De iustitia et iure*, libro iv q.6 y 7 —en ed. facsimilar (de la de 1556. A. de Portonaris. Salamanca) IEP (5 vol.). Madrid. 1968, II 327-381), a Grocio y a través de él a los iluministas germánicos, si bien se alteraría la perspectiva propiamente jurídica para teñirse claramente de una perspectiva moral, revertiendo el problema de la víctima de un daño, para enfocarlo desde el punto de vista del autor de él. Para la *restitutio* en la escolástica hispánica vid. a título meramente ejemplar, y como primera aproximación, H. Thieme, *Qu'est-ce que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole?*, en *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Giuffrè. Milano. 1973, 7-21 (cita Thieme una obra de G. Nufer. “Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit”. Freiburg am Brisgau. 1969 (que también citan Feentra (378) y Pérez Prendes (241) en esa obra colectiva), que no nos ha sido posible consultar).

valencia, o de proporción). El daño debe ser reparado, porque la desigualdad que ello comporta debe ser restituida; la obligación de responder en cuanto reparar un perjuicio no es sino, pues, una obligación de restituir lo debido a aquél que se ha visto perturbado en el orden que lo justo (el *ius*) le asegura<sup>11</sup>.

Esta nos parece que es una visión propiamente jurídica. Sin em-

<sup>11</sup>Le asegura como suyo (*suum*); para el *suum* valga sugerir, entre otros, la lectura de F. Olgiati, *Il concetto di giuridicit  in Santo Tommaso d'Aquino* (4a. rist.). Vita e Pensiero. Mil no. 1955, cap. ix, 78-101 (hay tr. esp. Euns. Navarra. 1977). Que la reparación de un daño, y por tanto que la responsabilidad desde una visión propiamente jurídica, es asunto de restitución aparece muy claro en esta perspectiva que describimos: ello será puesto de relieve en el pensamiento tomista al estudiar la idea clave de bien común y los deberes del gobernante, como asimismo al tratar de la justicia y el derecho y los vicios que se oponen a aquélla. Y esta restitución no sólo es asunto de lo justo de conmutación o intercambio sino ciertamente también de lo justo público, o de distribución o reparto: vid. entre otros sobre esto último, T. Urdanoz, *Introducción a la cuestión* 61, 62, 63 (*Suma Teológica* ed. BAC (16 vol.). Madrid, vol. 8 (1956) 331ss., 362ss. y 400ss.); también C. Spicq, *Appendice* II 199-210 a *La justice* (*Somme Theologique* ed. Revue des jeunes. Descl . Paris. 1948 (2 .  d.) vol. II); en especial A.—J. Faidherbe, *La justice distributive*. Sirey. Paris. 1934, quien dedica su cap. VII (129-139) a este asunto, pues siendo la distributiva verdadera justicia, su violación conlleva la obligación de restituir. (Temo mucho que mi estimado colega Ugarte Godoy (*La justicia conmutativa*, en esta misma Revista) pueda haber sido seducido por una visión más moralista que propiamente jurídica, al apuntar a una primacía de la conmutativa sobre la distributiva. Ambas implican la obligación de restituir en la medida que haya habido violación de ellas, pues "todo el que origina un daño está obligado a la restitución de aquello en que perjudicó a otro" (*Suma Teológica* 2-2. 62. 4 resp.). Otra cosa es que la ejecución de esa obligación de restituir se concrete al modo de la conmutativa, y es que no puede ser de otra manera, pues se restituye lo que se perjudicó: la igualdad es de equivalencia, pero es que si no fuera así no habría propiamente restitución, ya que si fuera mayor, en lo que es mayor ello devendría liberalidad si fuere espontánea, o exacción si fuere impuesta. La justicia distributiva es justicia propiamente tal. La observación que hace el ilustre colega, en sus conclusiones, en orden a la inexistencia de una preocupación por los problemas de la justicia de parte de nuestros publicistas, me parece un tanto injusta en lo que me concierne, pues desde hace varios años ya ha sido mi preocupación fundamental: vid. en esta Revista, 19/20 (379-384) mis *Consideraciones sobre la posición de los juristas...*; en ADA II (93-110) *La contratación administrativa...*; en RCHD I (1974) 349-359 *La competencia contencioso-administrativa...*; etc.).

bargo, al igual que tantas otras nociones jurídicas que los romanos llevaron a un desarrollo que nos hace aún admirarlos, ésta de responder en cuanto a ser convocado a un tribunal por estar obligado a causa de la producción de un daño contrario a Derecho, proceda o no él de actos voluntarios o no, sufrirá la influencia de la filosofía (el nominalismo voluntarista), que trastocará los fundamentos mismos no sólo del Derecho sino de la mayor parte de sus nociones fundamentales<sup>12</sup>.

## II. LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD COMO SANCION A UNA CONDUCTA ILÍCITA (la irrupción de una noción mora)

Es ya un lugar común, casi, el sostener que el voluntarismo de Duns Scoto, y luego de Ockham (esto es de la escuela franciscana) al desarrollarse, y laicisarse luego de la Reforma, llevó a concebir el Derecho no ya como la cosa justa —*ipsa res iusta*—, como lo justo, lo debido, o sea no ya como una cierta relación de igualdad en los bienes y servicios que los hombres intercambian entre sí, y que pueden ser intercambiados o repartidos, relación de igualdad que supone alteridad, socialidad, pero sobre todo justicia, pues lo igual es precisamente aquello que se ajusta, que es debido, a otro<sup>13</sup>.

<sup>12</sup>Vid. nota siguiente.

<sup>13</sup>Vid. los diversos trabajos de Villey en que ha mostrado de manera particularmente aguda esto: además de los ya citados, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en APD 3 (1957) 87-98; *Philosophie du droit*. Dalloz. Paris. 1975, 136-171. Vid. también A. Folgado, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo*. Bibl. La ciudad de Dios. San Lorenzo del Escorial. 1960, 94ss. Sobre el derecho como igualdad vid. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro v (puede verse los comentarios de S. Tomás a este libro en *La justicia*. tr. y notas B. Raffo. Cursos de cultura católica. Buenos Aires. 1946); muy útil puede ser M. Villey, *Philosophie* cit. 55-99; también C. Despotopoulos, *Les concepts de juste et de justice selon Aristote*, en APD 14 (1969) 283-308. Vid. asimismo S. Tomás, *ob. cit.* 2-2. 57. 1 (“en nuestras obras se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro”); 2-2. 57. 2 (“el derecho o lo justo es algo adecuado a otro conforme a cierto modo de igualdad”); idea en 2-2. 79. 1 “a la justicia compete constituir la igualdad en nuestras relaciones con otro”; “esa igualdad... se constituye practicando el bien, esto es dando a otro lo que le es debido, mientras dicha igualdad de la justicia ya constituida se conserva apartándose del mal, o sea no infringiendo ningún daño al prójimo”); 2-2. 57. 3

Por el contrario, con la primacía en el hombre no de la razón, sino de la voluntad, aparece el Derecho no como primariamente el objeto de la justicia —*obiectum iustitiae*— sino como facultad o poder del sujeto sobre las cosas, pero también sobre otros hombres<sup>14</sup>.

---

(“el derecho o lo justo natural es aquello que por su naturaleza es adecuado o ajustado a otro”), etc. Vid. sobre S. Tomás y la noción de derecho M. Villey, *La formation* cit. 116-175; *Philosophie du droit* cit. 122-130; *Bible et philosophie gréco-romaine de St. Thomas au droit moderne*, en APD 18 (1973) 27-57 (trad. “El derecho, perspectiva griega, judía y cristiana”. Gherzi. Buenos Aires. 1978, 49-103); también T. Urdanoz, *Introducción a la cuestión 57*, en ob. cit. 178-230.

Sugestivo es al respecto lo que Goethe observaba (Eckerman, *Conversations con Goethe* —29.I.1826) respecto a que todas las épocas retrógradas y en descomposición son subjetivas, mientras que todas las épocas progresivas tienen una tendencia objetiva. Ello se verá particularmente en la edad moderna: Lachance (*Le droit et les droits de l'homme*. Puf. Paris. 1959) señala que “en el dominio de la religión los datos objetivos sobre las realidades sobrenaturales se verán suplantados por el principio subjetivo del “libre examen”; en el orden moral y jurídico se sustituirán las nociones de fin y de bien común, así como la de orden objetivo instituido en vista de su concreción, por la idea de “deber”, y la de “acordar la libertad de cada uno con la de todos”; en lo político, cesan de considerarse las instituciones como el producto, en sus fundamentos, de leyes anteriores y superiores a la voluntad individual, para entenderlas como el resultado de un “contrato social”, de un acuerdo de las libertades individuales, y en consecuencia no cabe asignarles a esas mismas instituciones otros fines que la salvaguarda de las prerrogativas y derechos de los individuos; en lo económico, la idea de necesidades materiales que satisfacer ha venido a ser subordinada a la ley de la “libre competencia”, cuando no ha devenido totalmente eclipsada por ella” (146 —traduc. nuestra).

<sup>14</sup>Será ya la concepción de Suárez, que influirá en Grocio, de donde se expandirá en especial en la corriente iluminista germánica de Puffendorf, Thomasius, y Wolff, desde donde revertirá en el enciclopedismo francés y la revolución de 1789: es el período llamado de la Ilustración (vid. sobre ello, entre otros, M. Villey, *Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au 18è. siècle*, en APD 6 (1961) 73-105 (tr. “Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural”. Gherzi. Buenos Aires. 1978); Ph. I. André-Vincent, *La notion moderne de droit naturel et le volontarisme*, en APD 8 (1963) 237-259 (tr. “Génesis y desarrollo del voluntarismo moderno”. Gherzi. Buenos Aires. 1978). Sobre Suárez y su idea de derecho, vid. v. gr. L. Recasens, *La filosofía del derecho de Francisco Suárez* (2a. ed.). Jus. México, 1947, 11-205; M. Villey, *La formation* cit. 338-395; R. Mancoske, *Juridicidad y moralidad en Suárez*. I.E.J. Oviedo. 1967 (con bibl.); *Derecho y justicia en Suárez*. Urania. Granada. 1968; C. I. Massini, *Sobre*

De aquí a considerar el Derecho como un orden de conductas hay un paso; y no sólo ello, pues esto conducirá a considerarlo después como un conjunto de normas de conductas, y donde la obligación de responder por un daño cometido tendrá su base no en el daño producido (desequilibrio de un orden de justicia, de igualdad), sino en el sujeto autor del daño, pues que orden de conductas significa imputación, e imputación de la violación de un deber<sup>15</sup>. Estamos, si lo advierten, ya en el pleno corazón de la moral, es decir el Derecho ha dejado de ser ese ámbito de *res exteriores*<sup>15bis</sup> que trabajaban los

---

*la definición de derecho en Francisco Suárez, en Cuadernos de la Univ. Católica de Cuyo 12 (1975/77) 69-84). Puede ser útil L. Lachance, Le droit et les droits cit. 147-170, para las raíces de esta postura de entender el Derecho como un poder del sujeto, como asimismo sus consecuencias.*

<sup>15</sup>Es la idea de Kant, que influirá en todo el pensamiento germánico posterior, y que llegará propiamente hasta el mismo normativismo.

<sup>15bis</sup>. La justicia —cuyo objeto es el derecho, o sea lo justo, la cosa justa, lo debido según igualdad (de equivalencia o proporción)— consiste, se refiere, a los actos y realidades exteriores (*consistit circa operationes et res exteriores*, dirá S. Tomás, *ob. cit.* 2-2 79. 1 ad 1; también en 2-2. 61. 3 resp.). Estas acciones exteriores configuran o constituyen la materia propia de la justicia y de sus partes (cfr. *ob. cit.* 1-2. 60. 2 resp.; 2-2. 58. 10: la materia de la justicia es la operación exterior, en tanto que esta misma, o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción; idem 2-2. 58. 11; 2-2. 58. 3 ad 3 dirá: La justicia no tiene por objeto las cosas exteriores en cuanto al hacer —que es propio del arte— sino en cuanto al usar de ellas para otros), siendo la forma de ella, la igualdad (*aequalitas*), ese *medium rei* (*ob. cit.* 2-2. 61. 2. ad 2); por ello es que se pueda decir que la justicia se ordena a otro sólo en las acciones y cosas exteriores, conforme a cierta razón especial del objeto, esto es en cuanto que por ellas un hombre se coordina con otro (*ob. cit.* 2-2. 58. 8 resp.).

Valga señalar, también, que esa moral laica ya no tendrá su fundamento en la prudencia y en la ley natural, es decir propia de la naturaleza del hombre e ínsita en su propio ser, dada a él e inserta en un orden universal, sino que la “nueva moral” (kantiana) dependerá de la conciencia del hombre, quien se erigirá en supremo juez de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto: él será la medida de todas las cosas. Como se advierte, este idealismo sustituirá la objetividad de la prudencia por la subjetividad individual: no es raro, entonces, que este subjetivismo voluntarista haya originado cualquier caos imaginable, pues si el hombre es la medida de todas las cosas basta la fuerza que no el derecho, la imposición brutal que no la justicia.

Esta irrupción de lo moral, cuya medida se establece en relación a sí mis-

romanos, para devenir moral, y una moral laica, sistema de deberes y derechos subjetivos, un orden de imputaciones, de responsabilidades fundadas en la falta y donde la reparación es sanción a un culpable.

Si Santo Tomás fue el gran revelador de la grandeza del orden natural y defensor de las realidades naturales —la gracia no destruye la naturaleza, sólo la perfecciona—<sup>16</sup> este trastocar lo jurídico fun-

---

mo, a través de nuestras propias disposiciones subjetivas, individuales, trastruca el fundamento mismo de lo jurídico, que no se mide sobre la base del bien propio —como ocurre con lo moral— sino sobre la base del bien del otro (sea individualmente, en la justicia de los intercambios, sea como miembro de una sociedad política, en la justicia de los repartos o distribución del bien común). No se olvide que el Derecho tiene como materia las operaciones “exteriores” que tienden a ser rectificadas por un criterio de igualdad a fin de que haya paz en la comunidad (Vid. sobre ello, Lachance, *Le droit et les droits* cit. 164ss).

Respecto al normativismo, contrariamente a lo que él postula (o pretende postular), no es en absoluto aséptico y “puramente” objetivista, sino que parte de bases bien concretas de un moralismo relativista y de una filosofía agnóstica bien determinada; el pretendido purismo no es sino una mera “fachada”, apenas una “máscara” para incautos (vid. de G. Ibáñez, su re-rensión a la obra A. Squella, Derecho, desobediencia y justicia, en esta Revista, Nº 24 (1978) 204-218).

Este entender el Derecho como un conjunto de normas e imputación de ellas a conductas hace resaltar el aspecto coercitivo, y la idea de deberes; si se recuerda que toda la moral kantiana no es sino en definitiva un sistema de deberes, se verá por qué el derecho ha asumido toda una connotación desagradable en virtud de esa perspectiva de atadura, de sacrificio, de sanción. ¡Qué distinta era, en cambio, la visión clásica (romana/medieval)! donde el *ius* es problema de justicia, de ejercicio de virtudes (y no olvidemos que la virtud reside más en el bien que en la dificultad, como nos recuerda Santo Tomás, *Suma* cit. 2-2. 123. 2 ad 2 (virtutis magis consistit in bono quam in difficili), también en 2-2. 27. 8 ad 3) desde que ellas nos inclinan a seguir “rectamente” (de modo conveniente) las inclinaciones que nos son naturales *Suma* cit. 2-2. 108. 2 resp: virtutes perficiunt nos ad prosequendum debito modo inclinationes naturales). Aun cuando ello sea un tanto tangencial —si bien importantísimo— vid. J. Pieper, *Ocio y vida intelectual* (3ª ed.). Rialp. Madrid. 1974, 17-39 esp. 26ss.

<sup>16</sup>En relación con este principio fundamental del tomismo, puede ser útil en lo que concierne al Derecho, Villey, *De la laïcité du droit selon St. Thomas*, en *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (2e. éd.). Dalloz. Paris. 1962, 203-219; *Philosophie du droit* cit. 122-133; *Bible et philosophie* cit. 28-38; *St. Thomas et l'immobilisme*, en *Seize essais de philosophie du*

diéndolo con lo moral hasta ser absorbido en éste, es el *mentis* más rotundo de los fueros propios de la razón, y una desconfianza, yo diría, bien típicamente luterana del hombre como si fuera éste sólo pasto de pecado, y no polvo redimido.

¿Cómo es que sucediera esto?

A nosotros nos aparece ahora simple tal vez, pero en su evolución **ello** fue ciertamente complejo.

Sin entrar a mayores detalles —que no es aquí del caso tratar— podríamos decir que la obligación de responder es encarada al modo cómo responde el hombre ante Dios, y según lo entiende la teología moral. Uno responde como individuo, en tanto poseedor de un alma única, irrepetible; pero responde de sus actos, y de sus actos culpables, que han violado una ley, la divina. Dios, que ve lo interior del hombre, penetra hasta en lo más íntimo de la conciencia, en toda la más profunda subjetividad del hombre, y juzga de acuerdo a todo ello<sup>17</sup>. De acuerdo a esto, es la falta, el pecado, la causa de la sanción; es la intención subjetiva quien nos originará culpables, responsables, es la disposición —maliciosa o negligente— del ánimo del autor de la falta el centro del juicio de imputación, y según sea dicho ánimo es que será sancionado o absuelto.

No en vano la responsabilidad penal será la primera en desarrollarse en el derecho moderno, pues ella imitaba casi de modo natural, el mecanismo que la moral desarrollaba para tratar el acto u omisión pecaminoso<sup>18</sup>.

---

**droit.** Dalloz. Paris. 1969, 94-106. Y en lo que concierne a lo estatal, puede ser provechosa la lectura de L. Lachance, *L'humanisme politique de St. Thomas d'Aquin*. Sirey/Lévrier. Paris/Montréal. 1965. 53-72 (nature et grâce). Para St. Tomás, *Suma Teológica* I q. 1 art. 8 ad 2 (cum enim gratia non tollat naturam, sed perficiat); I.2.2. ad 1 (sic enim fides praesupponit cognitionem naturalem, sicut gratia naturam). La gracia, además de elevar al hombre, tiende a purificar su propia naturaleza y a devolverle esa integridad de su ordenación originaria —dirá Lachance— y es que el orden **natural** es el fundamento previo e indispensable del orden de la gracia (vid. *Le droit et les droits de l'homme* cit. 84s.).

<sup>17</sup>De allí toda la importancia que asume en el derecho el proceso (para indagar a través de un procedimiento investigador la verdad de los hechos).

<sup>18</sup>Puede ser útil por las referencias al pensamiento medieval, Villey, *La responsabilité pénale chez St. Thomas*, en *Seize essais* cit. 247-262.

Y todo esto —diría— en que la base del análisis de la responsabilidad que lleva a cabo la escuela moderna del iusnaturalismo racionalista (que más debiera denominarse iusracionalismo), está en entenderla no como obligación de responder por un desequilibrio de la igualdad (lo justo) en las relaciones entre los hombres, sino como una imputación de un acto que es violación de una regla preestablecida: la ley divina (en la teología moral), la humana (en el derecho). El traslado efectuado por el voluntarismo es evidente, pues que para él la ley humana no es ya una prescripción de la razón ordenada al bien común, promulgada por aquél que tiene a su cuidado la comunidad, sino la expresión de la voluntad general<sup>19</sup>.

Obvio es que el centro, entonces, de la obligación de responder no está ya en el daño producido, sino en el autor de él en cuanto le es imputable, en cuanto él es la causa moral de ello, en cuanto es fruto tal daño de su subjetividad —único modo que le sea imputable— ya por malicia, ya por negligencia<sup>20</sup>.

Grocio —que había ya elevado al contrato como acuerdo de voluntad (*solus consensus obligat*) y que debía respetarse por ser fruto de un pacto libremente consentido (*pacta sunt servanda*)— elevará igualmente la responsabilidad a axioma fundamental del Derecho al decir que debe repararse todo daño producido por su falta o culpa<sup>21</sup>.

Es sobre estas bases que la doctrina —recién en el siglo XIX— creará la teoría de la responsabilidad civil, fundamentada en la visión subjetiva, moral, de un juicio de imputación, siendo el autor de la falta que provoca daño la causa moral del daño. De allí que siendo su causa, se centrará en el autor del daño todo el problema de la responsabilidad, y en la existencia de la culpa como fundamento de toda obligación de reparar<sup>22</sup>.

<sup>19</sup>Y que llevará a sostener que el contrato no es ya intercambio justo de bienes sino acuerdo de voluntades, básicamente, y el Estado y la sociedad un pacto voluntario para vivir en común, y así etc. Vid. nuestro *La contratación* cit. (ADA II) espec. para esta concepción de lo contractual.

<sup>20</sup>Vid. sobre ello y la idea de causa moral, A. Giuliani, *Imputation et justification*, en APD 22 (1977) 85-96; pone de manifiesto la influencia de Suárez en Puffendorf (sobre este último puede ser útil H. Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho* (2a. ed.). Aguilar. Madrid. 1971, 133-149).

<sup>21</sup>H. Grocio, *Del derecho de la guerra y de la paz* (tr. Torrubiano). 4 vol. Reus. Madrid. 1925, I 8 (Prolegómenos), pp. 11s.

<sup>22</sup>Sólo por excepción se admitirá ésta cuando no hay falta, e incluso no

Ahora bien, ¿creen Uds., acaso posible que en tal ambiente intelectual hubiese podido florecer la idea de la "responsabilidad del Estado" si se considera que más encima se doblaba ello con la idea de soberanía? Y ¿aún más, esta idea entendida de un modo muy especial?<sup>23</sup>.

### III. LA REPARACION DE DAÑOS PRODUCIDOS POR LA ACTIVIDAD DEL ESTADO: ORIGENES, UN ENFOQUE CIVILISTA

Antes de entrar en este punto debe recordarse que la legislación de Indias contemplaba ya en el siglo XVI la posibilidad de reclamar ante las audiencias de los agravios gubernativos, como se decía por entonces<sup>24</sup>, y ya en 1617 Felipe IV consagraba la obligación de reparar los daños o agravios que se produjeran a sus súbditos "por hecho

---

pocos, tal vez por pudor, se resistirán ya a hablar en tal caso de responsabilidad; esta posición se encuentra también entre iusadministrativistas: (vid. v. gr. E. Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*. IEP. Madrid. 1958, cap. IV (412-469); en España F. Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo* (3 vol.). IEP. Madrid, I (2a. ed. 1962) 195-216 (reimpr. 1975 de la 5a. ed. 1974) 238-259; vid. también A. Nieto, *Indemnización*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona, vol. 12 (1965) 209-213) que en tal caso hablan de responsabilidad del Estado administrador cuando hay falta (del agente o del servicio, y según los ordenamientos), y de indemnización cuando el daño se ha producido sin que exista aquélla.

<sup>23</sup>Sobre la idea de soberanía y sus incidencias en estos aspectos de la responsabilidad estatal, vid. esp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel* (3 vol.) 2<sup>e</sup> éd. Fontemoing. Paris. 1921-/23, I (1921) 392-493; III (1923) 426-546; vid. también M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel* (2<sup>e</sup> éd.). (reimpr. 1965). Sirey. Paris. 1929, 78-97, 164-195, 224-241. Aun cuando no participamos en modo alguno del ideario político de Maritain (que él mismo repudiara en sus últimos años, es cierto, por los resultados a que en la práctica condujeren: vid. *Le paysan de la Garonne* (9<sup>e</sup> éd.) Desclée. Paris. 1966), puede ser útil la lectura de su crítica a la idea de soberanía que hace en *El hombre y el estado* (2<sup>a</sup> ed.) Kraft. Buenos Aires. 1952, cap. II 43-68; para un excursus histórico vid. M. Galizia. *La teoría della sovranità dal medioevo alla rivoluzione francese*. Giuffrè. Milano. 1951.

<sup>24</sup>"Declaramos y mandamos que sintiéndose algunas personas agraviadas de cualesquier autos o determinaciones que proveyeren u ordenaren los virreyes o presidentes por vía de gobierno, puedan apelar a nuestras

propio nuestro o por órdenes que hayamos dado”<sup>25</sup>. No sabemos de ningún estudio que haya indagado en la práctica jurisprudencial de las audiencias indianas o del Consejo de Indias en este aspecto; pero el texto de ambas disposiciones es revelador, pues dudo mucho que por aquella época —mitad del siglo xvi, inicios del xvii— en otros países existieran preceptos legales semejantes.

En pleno siglo xviii aparece, y bajo inspiración privatista, en la Prusia ilustrada de los Brandeburgo, el artificio del Fisco, de rancia raigambre romana y medieval, con el objeto de no dejar sin reparación los daños que la Administración prusiana produjere en su actividad, de tan claros acentos intervencionistas en este Estado administrativo que llegara a ser la monarquía prusiana bajo Federico II, el rey flautista.

Será la vía del *ius privatum* precisamente, la utilizada para reparar los daños, si bien sobre la base siempre de instituciones civilistas, y sin que se hable, ciertamente, de daños o de reparación. Y el Fisco —especie dentro de las *entia moralia*— el sujeto que será llevado al tribunal para responder, pero en el sentido romano, del daño.

---

audiencias, donde se les haga justicia conforme a leyes y ordenanzas, y los virreyes y presidentes no les impidan la apelación, ni se puedan hallar, ni hallen presentes a la vista y determinación de estas causas, y se abstengan de ellas”, RLI 2. 15. 35. Vid últimamente sobre esta materia, G. Villapalos, *Los recursos en materia administrativa en Indias en los siglos xvi y xvii* (notas para su estudio), en AHDE 46 (1976) 5-76.

<sup>25</sup>“Ordenamos a los de nuestro Consejo de Indias que si en las materias que le tocan por hecho propio nuestro o por órdenes que hayamos dado, se hubieren causado algunos daños o agravios de terceros, los remedien y hagan que se les dé satisfacción, y procuren saber y entender si en los tributos que pagan los reinos, cuyo gobierno toca al dicho Consejo, y en la administración y cobranza de ellos hay algo que reformar y remediar, y lo hagan de forma que en esta parte quede segura nuestra conciencia, y Nos cierto de que se hace todo lo que cabe en la posibilidad de nuestra hacienda, y se compadece con los otros gastos preciosos y anteriores, a que está obligada, ordenándolo así a los tribunales inferiores por quien esto corriere, y pidiéndoles cuenta de lo que hicieren” RLI 2. 2. 19. (Hemos utilizado, tanto en la nota 24 como en esta 25 la *Recopilación de las leyes de las Indias*, en Boix (4 vol.), 5ª ed. 1841; también en Consejo de la Hispanidad (3 vol.). Madrid. 1943. (repr. facs. ed. Viuda de Ibarra. Madrid. 1791); e Instituto de Cultura Hispánica (2 vol.). Madrid. 1973. (repr. facs. Julián de Paredes. Madrid. 1681).

Verdadero "chivo expiatorio", el Fisco servirá a los cameralistas germanos de instrumento reparatorio usando el derecho vigente, que no era otro que el *ius commune (usus hodiernus pandectarum)*, esto es el derecho de los sujetos privados, en contraposición al *ius politiae*, normas de administración que no eran consideradas propiamente derecho<sup>26</sup>.

Y si recordamos esta invocación del Fisco es para introducirnos en la primera vía sistemáticamente adoptada ya durante el siglo XIX para enfocar la responsabilidad del Estado administrador: en efecto, la revolución francesa —como enseñaba imaginativamente Hauriou<sup>27</sup>— no hizo, en este aspecto, sino trasladar los privilegios de la corona a la administración, y el absolutismo de quienes usaban aquélla fue bien heredado por el absolutismo "democrático" (así entre comillas) de quienes mandaban en ésta. Napoleón, nuevo monarca más absoluto que todos los Borbones juntos, con la organización militar que daría a la administración francesa, hará aún más imposible el hacer responsable a los funcionarios o al Estado, herederos de una soberanía que corona ya un Emperador.

A ello se agregaría lo que hemos descrito recién: la legislación civil recogería la concepción subjetiva de la reparación de los daños, o sea la exigencia de culpa o dolo en el autor del daño. ¿Cómo probar culpa en el soberano? ¿No es, acaso, casi lesa majestad el sugerir esto? y ¿cómo perseguir a un funcionario si se requiere nada menos que una autorización previa del propio soberano?<sup>28</sup>.

<sup>26</sup>Vid. nuestro *Sobre el origen de la teoría del Fisco como vinculación privatista del príncipe*, en RDP 12 (1971) 63-95 (más ampliamente en nuestro *Libertad y arbitrariedad del poder administrador*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1980).

<sup>27</sup>Entre otras obras suyas, *Précis de droit administratif et du droit public* (8<sup>e</sup> ed.). Sirey. Paris. 1914, 22-28, 106-108; *Précis de droit constitutionnel* cit. 166. Tocqueville (*L'ancien régime et la révolution*, en *Oeuvres complètes*. Gallimard. Paris. 1964, livre II chap. II-vi; livre III chap. VII-VIII) ha hecho notar muy lúcidamente cómo la Administración del siglo 19, surgida de la Revolución y sobre todo de la obra de Napoleón, ha recogido toda una tradición del *ancien régime*, confirmándose la visión del maestro de Toulouse.

<sup>28</sup>Art. 75 de la Constitución del año VIII (1799): "Les agents du gouvernement autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs a leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat. En ce cas, la poursuite aura lieu devant les tribunaux judiciaires".

Con estos postulados y esta protección otorgada a los funcionarios, impensable era sustentar una responsabilidad del Estado.

Pero, poderoso caballero don dinero, no había sido en vano que la revolución francesa había proclamado el derecho de propiedad como algo sagrado<sup>29</sup>: he aquí que por esta vía irá apareciendo la ne-

---

Ello venía de la ley de 14. 12. 1789 arts. 60 y 61, y de la ley de 7/14. 10. 1790 art. 2. Para la doctrina vid. esp. sobre esto: H. F. Kocchlin, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII a 1873*. LCDJ. Paris. 1957; L. Rolland, *Précis de droit administratif* (11è. éd.). Dalloz. Paris. 1957, 348-351; 372-377; M. Hauriou, *Précis de droit administratif cit.* 96-100, y 103; G. Vedel, *Droit administratif* (3è. éd.) PUF. Paris. 1964, 238-248; A. De Laubadere, *Traité élémentaire de droit administratif* (3è éd. LCDJ. Paris, 1 1963) 594-596 (en 6è. éd.) 1973, 661-663); M. Waline, *Droit administratif* (9è éd.). Sirey. Paris. 1963, 789-792; F. P. Bénéot, *Le droit administratif français*. Dalloz. Paris. 1968, 715-722 (con su lucidez característica señala Bénéot que con la derogación del citado art. 75, a raíz de la caída del Segundo Imperio (Decreto-Ley de 19. 9. 1870) "c'est une deuxième Bastille qui était démantelée" (cit. en 719). Para la interpretación de la jurisprudencia vid. Tribunal de Conflits 30.7.1873 *Pelletier*, concl. David (en Long, Weil, Braibant, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (7è. éd.). Sirey. Paris. 1978, 9-13).

Puede ser útil recordar al respecto al siempre sagaz A. de Tocqueville (*L'ancien régime et la révolution*. Gallimard. Paris. 1964, 126), quien al referirse a "la garantía del funcionario", señala: "Les administrateurs ont coutume d'appeler le privilège qui leur est accordé par cet article une des grandes conquêtes de 1789; mais en cela ils se trompent également, car sous l'ancienne monarchie, le gouvernement n'avait guère moins de soin que de nos jours d'éviter aux fonctionnaires le désagrément d'avoir à se confesser à la justice comme de simples citoyens. La seule différence essentielle entre les deux époques este celle-ci: avant la Révolution, le gouvernement ne pouvait couvrir ses agents qu'en recourant à des mesures illégales et arbitraires, tandis que depuis il a pu légalement leur laisser violer les lois".

<sup>29</sup>*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. (27.8.1789) art. 2. ("Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sureté, et la resistance à l'oppression"), y art 17 ("La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité"). El art. 13 establecía que "Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés".

cesidad de reparar los daños que la Administración produjera, y en una época —ya segunda mitad del siglo XIX— en la cual el Ejecutivo comienza a tener una intervención mayor en la vida de los ciudadanos, cuando aparecen nuevos campos en que el Estado actúa, v. gr. construcción de caminos, descubrimiento de nuevas energías, etc., etc.

Por otro lado, se advierte que en algunos campos de actividades el Estado-Administración no difiere en su actuar (en cuanto al modo, que no a los fines) de aquel de los particulares en sus relaciones entre sí, lo que llevará en tales casos —si se produce un daño a los particulares— a aplicar a la Administración el mismo Derecho que el de estos particulares, es decir el código civil. Nace así la llamada teoría de los “actos de gestión” y su tratamiento civilista, en contraposición a los “actos de autoridad” en que el Estado/Poder se reviste de la soberanía nacional conservando su inmunidad. Teoría ésta que serviría para introducir ciertamente una pica en el Flandes de la irresponsabilidad estatal sobre la base del derecho privado, pero que sería abandonada ya definitivamente a comienzos del presente siglo<sup>30</sup>.

Pero aun cuando se abandonara esta dicotomía de acentos germánicos originados en su visión de Fisco, es decir actos de gestión/actos de autoridad, que suponía la doble personalidad del Estado (Estado Fisco/Estado Poder), quedaría penando la concepción subjetiva privatista en lo que el Consejo de Estado francés denominaría “falta de servicio”, verdadera “culpa orgánica” del Estado, con toda su gradación de grave, mediana o leve, aplicada a los diferentes tipos o especies de actividades de los diversos servicios públicos<sup>31</sup>.

<sup>30</sup>CE 10.2.1905 *Tomaso Grecco* (en GA cit. 61-64; vid. J. Moreau, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*. LCDJ. Paris. 1957, 3-9, esp. 4-6; R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*. LCDJ. Paris. 1957, 193-200; Koehlin cit. 106-140.

<sup>31</sup>Sobre la falta (faute de service) vid. entre otros, *Chapus cit.* 349-400; *Moreau cit.* 122-169; *Vedel cit.* 238-273; *De Laubadère cit.* 611-617; *Bénoit cit.* 708-711; J. Rivero, *Précis de droit administratif* (3<sup>e</sup> ed.). Dalloz. Paris. 1965, 248-252; R. Odent, *Cours de contentieux administratif* (4 vol.). Les cours de droit. Paris. 1965/66, III 878-891 y 915-944; *Waline cit.* 848 865; C. Soulier, *Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique*, en RDP (Paris) 1969, 1039-1103 esp. 1072-1087; J. F. Couzinet, *La notion de faute lourde administrative*, en

Y es que no es fácil despojarse de los mitos jurídicos; ellos son como aquel joven rico que se acercara a Jesús preguntándole qué podía hacer para ser mejor en su vida espiritual; anda, vende cuánto tengas y ven y sígueme<sup>32</sup>. Sabemos que se fue triste el muchacho, pero no sabemos si volvió. Despojarse de estos mitos es como despojarse del hombre viejo carcomido por la concupiscencia y revestirse de ese hombre renovado por la gracia de la redención; ¿hay, acaso, cosa más difícil, apagados como somos a la facilidad de las soluciones aparentes, y al menor esfuerzo?

Y, sin embargo, si queremos que brille el "sol de la justicia"<sup>33</sup> debemos profundizar más en una concepción finalista, también aquí en el ámbito de la responsabilidad. Pero ¿cómo hacerlo? Veamos; es lo que pretendo intentar ante vosotros.

#### IV. NUESTRA TESIS: UNA VISION PROPIAMENTE JURIDICA

Muchos parecen olvidar —o tal vez desconocer— que el Derecho no es una noción ni unívoca, ni equívoca, sino analógica, esto es el universal se contrae a los inferiores —dicen los metafísicos— no según una razón estrictamente idéntica (univocidad), ni completamente diferente (equivocidad)), sino según una razón que es en parte la misma y en parte diversa: el término análogo se dice de sus inferiores o analogados con una predicación parcialmente semejante y parcialmente diferente. Sano —y es el ejemplo de escuela— se dice tanto del hombre sano, del remedio o medicina, del rostro, etc.; nosotros podríamos referirnos v.gr. al término gato que refiere el animal, el instrumento mecánico para levantar un vehículo, la danza folklórica, el que es diestro en el hurto, etc. Es decir, la analogía es la predicabilidad en que la razón significada por el término universal es *simpliciter* diversa, y en cierta medida (*secundum quid*) la misma<sup>34</sup>.

---

RDP cit. 1977, 283-334; L. Richer, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*. Economica. Paris. 1978.

<sup>32</sup>Ev. de S. Lucas 18, 18-23; también S. Mateo 19, 16-22; y S. Marcos 10, 17-22.

<sup>33</sup>Es una hermosa figura del Profeta Malaquías, 4.2.

<sup>34</sup>Sobre analogía, en Aristóteles vid. v.gr. *Metafísica* iv.2; en S. Tomás,

El Derecho reúne precisamente este carácter: el universal primario (objetivo, pero en el sentido clásico de objeto) significa la cosa justa, lo justo, lo debido según ese principio de igualdad entre las cosas que se reparten o distribuyen (y que pueden realmente ser intercambiadas, repartidas o distribuidas). Respecto a sus analogados, esto es al descender el universal en su predicabilidad, se dice también que es Derecho, es decir lo justo (pero *secundum quid*, o sea en cierta medida) las leyes que lo establecen, lo reconocen o lo aseguran: por algo se dice desde tiempo inmemorial que la ley injusta no es ley, sino corrupción de ella, porque esa "cierta

---

entre otras obras, *In Metaphisic.* iv lectio 1 N<sup>o</sup> 535; xi lectio 3 N<sup>o</sup> 2197; *De veritate* II 11; *Suma Teológica* I.13.-6,10; *Suma contra gentiles* I 34; *De los principios de la naturaleza* vi. Ahora vid. espec. A. Millán Puelles, *Fundamentos de filosofía* (9<sup>a</sup> ed.). Rialp. Madrid. 1972, 491 ss.; A. González Alvarez, *Tratado de metafísica* (2<sup>a</sup> ed.). Gredos. Madrid. 1967, 176-186; R. Jolivet, *Tratado de filosofía* (4 vol.). Lohlé. Buenos Aires, I (1977) 67 s., III (1976) 178 s, 184 s, 221 s, 227, 268 s. 367 ss.; L. de Raeymaeker, *Filosofía del ser.* (2<sup>a</sup> ed.) Gredos. Madrid. 1961, 41-71; J. de Finance, *Conocimiento del ser.* Gredos. Madrid. 1971, 63-74; M. Grisson, *Teodicea.* Herder. Barcelona. 1972, 146-151; B. Montagnes, *La doctrina de l'analogie de l'être d'après St. Thomas d'Aquin.* Nauwelaerts. Louvain/Paris. 1963; J. García López, *Estudios de metafísica tomista.* Eunsa. Pamplona. 1976, 31-66. Sobre el concepto analógico de Derecho vid. entre otros, J. T. Delos, *Appendice* III a La justice (vol. I, 2<sup>e</sup> éd.). Desclée. Paris. 1958, 226-234 (Somme théologique de St. Thomas d'Aquin, trd. française. Ed. Revue des Jeunes); T. Urdanoz, *Introducción* cit. 178-223; L. Legaz Lacambra, *Filosofía del derecho* (3<sup>a</sup> ed.). Bosch. Barcelona. 1972, 257-298 (esp. 257-272); C. I. Massini, *Acerca de la concepción realista del derecho*, en RDP 25 (1979) parágr. II ss; L. Lachance, *Le droit et les droits*, cit. 67-73, y espec. *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas* (2<sup>e</sup> éd.). Montreal. 1948, 31-50, y 234-242. (Hay trad. argentina Soc. Fabrill. Buenos Aires. 1953). Ha de recordarse que en filosofía la analogía se refiere tanto a las cosas como a los conceptos y nombres. Lo análogo se encuentra en lo intermedio del unívoco y del equivoco, e implica de suyo la existencia de una diversidad, pero en la cual en algo todo lo diverso conviene, sea porque ese algo está de alguna manera intrínsecamente en todos los diversos (pero de modo distinto en cada uno de ellos: analogía intrínseca), sea porque no estándolo estén, sin embargo, los diversos de algún modo ordenados a una forma principal (analogía extrínseca). Para el sentido en que ha de entenderse la noción analógica en cuanto implica un "parte en sentido idéntico. y parte en sentido diverso", vid. entre otros v.gr. J. Hellín, *La analogía del ser y el conocimiento de Dios en Suárez.* Gráficas Uguina. Madrid. 1947, 55-82.

medida" en que la ley participa del universal primario Derecho es precisamente lo justo, y si la ley (esa *aliqualis ratio iuris*) no participa de esa cualidad de lo justo no es ley, porque no se da en ella esa "cierta medida" de semejanza, ese *secundum quid*.

Y se dice Derecho, también, de la ciencia o arte de conocer lo que es justo<sup>35</sup>, y también de la sentencia se dice en cuanto determina lo que es debido (lo justo) entre las partes entre sí.

Y podríamos seguir predicando analogados: se dice derecho a la facultad que tenemos para exigir de otro una prestación que nos es debida por un acuerdo previo en el intercambio de cosas (*res exteriores*) o servicios; también se dice derecho respecto del acto justo, de la acción justa en que se contiene por excelencia el *ius*, lo debido; en fin, del hombre justo se dice también que es derecho; etc.

Y esto nos lleva a un segundo punto: el método que aplicar cuando tratamos de conocer, explicar y aplicar luego el derecho. Puesto que se trata de una noción analógica, donde es el universal el término de referencia y no sus analogados secundarios, es a él que debemos atender. Y lo justo, esa cierta relación de igualdad que es obra del prudente concretar, esto es el juez —de ahí su papel preponderante, y que revela muy bien a los sistemas propiamente jurídicos (tales como el romano, el medieval del *ius commune*, el inglés, tan distintos de aquellos infiltrados de filosofía moral producto de la reforma protestante)— requiere de un método específico.

No parece inútil, pues, recordar aquí que la mayor parte de nuestros juristas o doctrinarios olvidan muy a menudo lo que es el derecho y los métodos que le son connaturales. Cada ciencia posee un método propio para el conocimiento y explicación de la realidad que debe estudiar y describir, y ello dependerá obviamente del fin de cada ciencia. No es indiferente, entonces, el método que se utilice: de allí que pueda advertirse una incongruencia a veces muy notable entre los postulados que se afirman y los métodos usados, métodos que en tal caso son inidóneos por su naturaleza, pues el método depende del objeto.

<sup>35</sup>Discernir lo lícito de lo ilícito, decía Ulpiano, según nos recuerda el comienzo del *Digesto* (*aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito, l.l.l.*).

Y el objeto del Derecho es precisamente lo que Aristóteles denominaba *to dikaiion*, y los romanos *suum (ius) cuique tribuere*, atribuir a cada cual lo suyo, lo que le es debido (en el reparto (atribución) o intercambio de bienes que pueden ser repartidos (atribuidos) o intercambiados) esto es la cosa justa (*ipsa res iusta*), esa armónica relación de igualdad (de equivalencia, o de proporción) entre las cosas y bienes y cargas, que son intercambiadas o repartidas por los hombres en las relaciones de su vida social.

Y el método adecuado, entonces, no podrá ser ni el exegético (propio de la teología, que trabaja sobre el dato revelado), ni el llamado —tal vez con demasiada suficiencia— científico (propio de las ciencias exactas o de la naturaleza física), ya que el derecho no es ni religión, ni física, ni matemática, ni sociología. Habrá, entonces, de ser un método dialéctico, argumentativo, de persuasión. De aquí la importancia primordial del juez, que será quien dirá a cada cual lo suyo, esto es dirá el derecho (lo justo) en el caso controvertido<sup>36</sup>.

Dicho esto me parece que será mejor comprendido lo que sigue.

Responsabilidad= responder, sí, pero en una perspectiva propiamente jurídica (y no de teología moral laicizada por el protestantismo renacentista), es decir *sponsor*, que significa deudor, aquel que se ha comprometido, en una *stipulatio* a una prestación; que es garante de lo que va a venir<sup>37</sup>. En otras palabras, estar obligado a cumplir una obligación, y ser llamado o convocado a un tribunal si no cumple: porque no cumplir esa obligación implica un desequilibrio en las relaciones de igualdad entre los sujetos. Y ello porque el Derecho (*ius* = lo justo) es e implica una relación de igualdad; porque es un cierto orden de justicia. El daño, entonces, es una perturbación de tal igualdad, de tal orden, que llama una reparación del equilibrio, que pide una restitución en la situación de la

<sup>36</sup>Vid. M. Villey, *Modes classiques d'interprétation du droit*, en APD 17 (1972) 71-88; Sobre la dialéctica como arte del diálogo, en *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Ghersi. Buenos Aires. 1978, 91-113, también 115-142; C. Despotopoulos, *Le raisonnement juridique d'après Aristote*, en APD 17 cit. 89-97.

<sup>37</sup>Cabe señalar la diferencia con el sentido de lo pasado que implicará la visión moralista: responder de sus actos, o sea de lo ya realizado.

víctima, primariamente: esto es lo que exige el Derecho, preocupado de las *res exteriores*<sup>38</sup>.

Ahora bien, esto significa que toca al juez, básica y primariamente, decir lo debido en este problema del daño/restitución, lo justo, y lo ha de hacer no entrometiéndose en lo subjetivo del autor, que es lo que los ordenamientos civiles han elevado a principio, como consecuencia de una visión moralista (siglos xvii y xviii), y que es lo propio de Dios, sino ateniéndose a los datos exteriores que le muestra la realidad, y estos datos son primaria y básicamente, un desequilibrio producido en la situación de una persona por una lesión, o sea un daño y la situación de la víctima. Estos son los datos originarios del problema de la responsabilidad en el Derecho, esto es de la responsabilidad jurídica. Planteado esto se concluye fácilmente un enfoque propiamente jurídico de la responsabilidad pública, y con esto terminamos, pues pasamos al último punto.

Es un hecho —y no deja de ser al menos aparentemente una paradoja— que la responsabilidad del Estado, sea indirectamente (disfrazada, v.gr. como a través del artificio del Fisco), sea directamente, ha nacido en algunos países bajo la invocación del derecho privado (Francia, Argentina), y de allí que la responsabilidad del Estado/administración haya podido más fácilmente ser admitida, (pues los particulares también administran), no así por sus actividades le-

<sup>38</sup>La moral será quien pedirá la sanción del autor, fundado en su imputabilidad y en su culpabilidad, o sea en la atribución causal del daño al autor de él (acto humano, *proprie loquendo*), y en la predicabilidad subjetiva, pues, de aquél, sea malicia o negligencia. Villey lo ha puesto muy en claro esto, siguiendo a S. Tomás: “la materia del derecho, en su sentido propio, está constituida por las “cosas exteriores” (*res exteriores*) que se reparten entre las personas: el mundo del “tener” (*avoir*) como diría Gabriel Marcel. Regir la conducta de los hombres depende de un otro arte (la moral) y de una forma distinta de discurso”. (*De l'indicatif dans le droit*, en *ARD* 19 (1974) 61; tr. *Método, fuentes*, cit. 143-192). Puede ser útil para la responsabilidad moral ver v. gr. para una primera aproximación E. Rosales, *Breve curso de moral*. Difusión. Buenos Aires. 1948, 103-112; para la responsabilidad como propiedad del agente moral (y su distinción de la imputabilidad como propiedad del acto humano) vid. v.gr. R. Jolivet, *Tratado de filosofía* cit. iv (Moral. 1959) 159-166; ya más ampliamente, entre muchos, A. Sanchis, *La estructura moral de la persona*, en *Angelicum* (Roma) 51 (1974) 212-234.

gislativa y judicial (ya que los particulares no legislan ni juzgan al modo —al menos— como lo hace el Estado)<sup>39</sup>.

Y aún en los casos en que se ha desligado de la aplicación de normas del código civil, éste ha seguido en cierto modo pensando hasta hoy, con la idea publicizada de “falta de servicio”, temperada en cierto modo con todo un régimen de —se dice— “responsabilidad sin falta”<sup>40</sup>.

Para nosotros, que partimos de una visión propiamente jurídica del problema, las bases de la responsabilidad pública —como enfoque político, esto es de buen orden de la polis, de la ciudad— son muy otras, y nada tiene que ver el derecho privado en esto: ello nos evitará la perturbación que significa utilizar instrumentos inidóneos para el fin propuesto: no es posible, en la realidad, perforar un muro de concreto con un alfiler, salvo en poesía, o en la paranoia... es decir especies ambas del género ensoñación...

<sup>39</sup>Pienso en Francia y el arrêt *Blanco* (1873) con sus devenidas célebres conclusiones David; valga recordarlas en su parte pertinente: “Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l’Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui son établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier”; agregando: “Que cette responsabilité n’est ni générale, ni absolue; qu’elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l’Etat avec les droits privés”. (En *CA* cit. 5).

<sup>40</sup>Han sido los franceses quienes más han desarrollado esta teoría de la responsabilidad sin falta, que entre ellos tiene base jurisprudencial (la literatura es sobreabundante: vid. v.gr. *Benoit cit.* 712; *De Laubadère cit.* 617-623; *Waline cit.* 866-894; *Vedel cit.* 273-279; *Odent cit.* 945-982; *Charpus cit.* 265-325; *Rivero cit.* 252-255; *Soulier cit.* 1087-1103; *J. M. Cotteret, Le régime de la responsabilité pour risque en droit administratif, en Etudes de droit public* (varios autores). Ed. Cujas. Paris. 1964, 377-407). En Italia vid. v.gr. *R. Alessi, La responsabilità della pubblica amministrazione* (3ª ed.). Giuffrè. Milano. 1955, 115-139; *Principi di diritto amministrativo* (2 vol.). Giuffrè. Milano. 1966, 569-590; *A. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo* (10ª ed.). Jovene. Napoli. 1969, 663-668; *G. Duni, Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*. Giuffrè. Milano. 1968, 539-570. En España vid. esp. *García de Enterría-T. R. Fernández, Curso de derecho administrativo* (2 vol.). Civitas. Madrid, II (1977) 317 ss. y *J. L. Villar Palasí, Apuntes de derecho administrativo* (2 vol.). Artigrafía. Madrid. 1977, II 468-495. (El sistema español plantea precisamente en sus textos positivos todo el problema de la responsabilidad estatal sobre la base de la lesión patrimonial y no sobre el actuar antijurídico de la Administración).

El Estado —sea que se le caracterice como Fisco, como Nación o simplemente como Estado— es un sujeto de derecho, es una persona jurídica, y en consecuencia, toda su actuación está regulada por el Derecho: tanto en su estructura, como en su funcionamiento, tanto la forma de expresar su voluntad —que es voluntad orgánica— como los efectos que se siguen de ella. Se trata, pues, de un sujeto de derecho, capaz de ejercer derechos, que se llamarán más bien poderes jurídicos, potestades, y obviamente de contraer obligaciones<sup>41</sup>.

Puesto que nuestros Estados están constituidos bajo un régimen de “Repúblicas”, ello implica un régimen de gobierno jurídicamente institucionalizado, es decir donde todos los órganos de poder público y todos los sujetos de Derecho están vinculados a Derecho, bajo el Derecho y no sobre él. Donde no hay clases privilegiadas —al menos— ante el Derecho, esto es, donde todos los sujetos son responsables, vale decir pueden ser convocados ante el juez, ante los tribunales, para hacerles cumplir sus obligaciones, obligaciones/deberes que para el Estado básica, primaria y fundamentalmente se encuentran ya previstas —como persona jurídica que es— en el derecho fundamental, es decir en la Constitución.

Si estamos, pues, frente a Repúblicas, ello no significa sino que los sujetos de Derecho —todos— son responsables, y que el Derecho obliga por igual, entonces, tanto a los sujetos públicos de derecho (personas públicas jurídicas, obviamente) como a los sujetos privados (naturales y jurídicos); “tanto a gobernantes como a gobernados”<sup>42</sup>. Esto es, no hay sujetos de derecho irresponsables, no hay

<sup>41</sup>Sobre la misión del Estado como asociación natural puedan tal vez ser útiles nuestras consideraciones de *La democracia, ¿para qué? Una visión finalista*, en Crisis de la democracia. Ed. Revista de Derecho Público. Santiago de Chile. 1974 esp. 17-20 y notas; también nuestra *La contratación administrativa* cit. 98-100. Ya más ampliamente, entre muchos, vid. v.gr. H. Rommen, *El estado en el pensamiento católico*. IEP. Madrid. 1956, esp. 253-297, y 144-177; E. Galán y Gutiérrez, *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*. Ed. Revista de derecho privado. Madrid. 1945 in totum; E. Naszaly, *El estado según Francisco de Vitoria*. Ed. Cultura Hispánica. Madrid. 1948, 165-229; L. Lachance, *L'humanisme* cit. 203-376.

<sup>42</sup>Como dice el ordenamiento constitucional chileno ac 2 considerando 4 letra c), sobre bases esenciales de la institucionalidad chilena (el ordenamiento jurídico de la Nación debe sujetarse a diversas bases, una de ellas es la del Estado de Derecho, “que supone un orden jurídico objetivo e impersonal, cuyas normas inspiradas en un superior sentido de justicia obligan por igual a gobernantes y gobernados”).

sujetos que se encuentren fuera del Derecho, o que éste no pudiere alcanzarles o que tuvieran un privilegio tal que estuvieran exceptuados tanto de sus prescripciones como de la obligación de acudir al juez cuando sean llamados ante un tribunal para el cumplimiento de una obligación que le liga, que le ata, que le vincula<sup>43</sup>.

Si es, pues, el Derecho el vínculo que une y unifica la sociedad política, y es en su virtud que existe un derecho común, ¿qué vínculo o unidad puede haber en la sociedad si la condición jurídica de los ciudadanos es desigual? Si es cierto que las fortunas no pueden ser iguales, pues que los individuos son natural y necesariamente diversos, distintos, también es cierto que debe haber a lo menos igualdad de derechos entre todos los ciudadanos de una misma república. ¿Qué es, pues, una ciudad sino una sociedad de ciudadanos regidos por un mismo derecho?<sup>44</sup>.

Responder —en consecuencia— es restituir un desequilibrio producido por un sujeto, en relaciones de igualdad, por un daño en una víctima. Hay una obligación de restituir que será determinada por el juez, partiendo de la base de la entidad del daño y de la posición de la víctima<sup>45</sup>.

Y este análisis, que es propiamente jurídico, se adapta tan bien a la responsabilidad pública, que causa extrañeza que no se haya efectuado antes —tanto en sus fundamentos como en sus efectos— al menos a nuestro conocimiento<sup>46</sup>.

<sup>43</sup>Y esto aparece normalmente en casi todos los textos fundamentales de los ordenamientos latinoamericanos: vid. v. gr. Argentina (1853) arts. 1, 100, 95, 16, etc.; Brasil (1967/69) 1, 118, etc.; Colombia (1886) arts. 1, 20, 21, 63, 120 N° 3, 151, etc.; Uruguay (1966) arts. 8, 10, 23 a 25, 239 etc.

<sup>44</sup>Son palabras de Cicerón, en *De republica* 1. 32 in fine.

<sup>45</sup>Y, obviamente, el juez al decidir ha de tener en cuenta todas las circunstancias del caso, entre las cuales, —además de muchas otras— se encuentra, sin duda, también el autor del daño y sus condicionamientos subjetivos; lo que planteamos aquí en esta exposición no significa olvidar esto sino tan sólo un centrar el problema de la responsabilidad jurídica en su verdadero punto fundamental, cual es la posición jurídica de la víctima: todo el resto está condicionado por esta posición.

<sup>46</sup>Respecto de sus efectos ha sido —a nuestro conocimiento— Bénéoit (ob. cit. esp. 685-693), quien más ha insistido en esta posición. Moreau sigue en su tesis (*L'influence cit.*) a Bénéoit. Ciertamente el sistema español ha adoptado en su ordenamiento positivo (Ley de expropiación forzosa (16. 12.1954) art. 121, y Ley de régimen jurídico de la Administración del Es-

Es pues la situación de la víctima la que hay que analizar (no la falta, culpa o riesgo creado por el autor del daño) como dato primario, y su posición jurídica frente al Estado autor del daño.

Y nuestros ordenamientos constitucionales —unos influidos por la Revolución Francesa, otros siguiendo la tradición hispánica-indiana— permiten de modo clarísimo el desarrollo de esta nuestra explicación. Es decir, no sólo de la sistemática general que fluye sola del ordenamiento constitucional, sino que de sus propias disposiciones expresas y formales, aparece como principio generalmente inexcusable, e indesmentible que todos los sujetos son responsables, y que, por tanto, producido un daño (*iniuria*) por algún sujeto —sea público o privado (natural o jurídico)— ha de ser reparado, que ocurrido un desequilibrio antijurídico, injusto, en las relaciones de igualdad de los sujetos (o sea, en sus relaciones jurídicas) ha de ser restituida esa igualdad, ese equilibrio, ese orden, ese cierto orden de justicia (*secundum aliquam iustitiae*) que implica el Derecho.

Y puesto que hay que atender a la posición jurídica de la víctima en el momento de producirse el daño, es necesario conocer cuáles son sus derechos, sus créditos, sus facultades, etc.<sup>47</sup>.

En efecto, todo daño —cualquiera sea su naturaleza— significa un detrimento en la esfera jurídica personal de un sujeto, sea éste natural o jurídico, público o privado: esto es, un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión de lo suyo, y es norma constitucional que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, calificada por el legislador”, y mediando la correspondiente indemnización, a la cual el expropiado tiene siempre derecho<sup>48</sup>.

---

tado (26.7.1957) art. 40) tanto la responsabilidad directa de la Administración como objetiva (independiente de la idea de ilicitud o culpa), lo que ha significado un mecanismo objetivo de reparación, es decir, “un principio abstracto de garantía de los patrimonios” (Enterría *cit.* 37 ss, y Villar Palasi *cit.* 479-491), pero tal sistema aún hoy resta del todo excepcional dentro del derecho comparado.

<sup>47</sup>Véanse los analogados secundarios cómo juegan aquí, una vez puesto (*positum*) el analogado primario, de lo justo.

<sup>48</sup>AC 3 art. 1º Nº 16 inc. 3, en el ordenamiento constitucional chileno

Y la privación de lo suyo<sup>49</sup> puede provenir ya de la acción u omisión de un particular (natural o jurídico), ya de la acción u omisión de una autoridad pública (sea ésta legislativa, administrativa, contralora o judicial), y si ello es así necesario es concluir que el daño o perjuicio que sufre o ha sufrido un sujeto (natural o jurídico) con motivo o con ocasión de una acción u omisión de una autoridad significa, implica o comporta un menoscabo, una lesión, un detrimento, a su patrimonio, y puesto que nadie puede ser privado de lo suyo sin ser indemnizado, tal detrimento, tal lesión, tal menoscabo debe ser reparado a quien lo ha sufrido por aquel que lo ha provocado.

Probada, entonces, la existencia del daño o perjuicio sufrido por un sujeto de Derecho, probada la autoría de dicho daño producido por una autoridad, o ente administrativo (sea personificado propiamente, o que goce de la personalidad jurídica genérica del Fisco) y probada obviamente la relación causal que media entre la acción u omisión estatal y el perjuicio en cuestión (y considerando, ciertamente, que la víctima no haya estado en una posición antijurídica), toca al juez determinar el monto de la indemnización con que ha de ser reparada la víctima, de acuerdo al perjuicio sufrido por ésta en lo suyo, es decir en lo que le pertenece como esfera jurídica propia de él (patrimonio, honor, condiciones normales de existencia, etc).

Y toca al juez, ya que a él corresponde decir el Derecho (*ius dicere*) en caso de controversia, esto es decir lo justo, lo debido en cada caso concreto sometido a su conocimiento y decisión. Y ello tanto por el deber jurídico al cual el juez se encuentra vinculado desde el momento en que asume su oficio de juez de la República (deber de jurisdicción) como por el derecho a la jurisdicción que

---

vigente. Igual norma si bien formulado de modo un tanto distinto es posible encontrar en la mayoría de las constituciones latinoamericanas (v. gr. Argentina, arts. 17 y 14; Brasil, art. 153 N°s 3 y 22; Colombia, art. 30; Uruguay, art. 32; etc.) Es pertinente recordar que Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, libro v cap 4 -lectio 7 en el comentario cit. de S. Tomás) definía el daño como "el tener menos de lo que se tenía al principio", y ello en virtud sea de un hecho o acto propio o ajeno.

<sup>49</sup>Y lo suyo puede consistir en bienes muebles e inmuebles, corporales o incorporeales, y estos últimos v.gr. derechos patrimoniales, y de la personalidad, y éstos implican incluso lo más propiamente suyo de la persona.

posee todo sujeto agraviado para que sean tutelados sus derechos —que la Constitución le reconoce y asegura— por el juez, quienquiera sea el agravante u ofensor.

Este es el principio general que —cual más, cual menos— resulta de nuestras propias constituciones.

Y he aquí una consecuencia de este principio general cuando se le da aplicación en el campo del derecho administrativo: este principio general al ser concretado en ocasión de la actividad del Estado que resulta dañosa, no implica el que de modo automático existiendo un daño por parte de aquél haya de indemnizarse siempre, o en forma total o integral, pues hay temperamentos que van adecuando dicho principio a la realidad. Si no fuere así no podría hablarse propiamente de responsabilidad, sino de seguro y, aún así, habrían también que explicarse algunos condicionamientos a que éste está afecto.

Es decir, el principio general —como principio que es— sienta las bases sobre las cuales han de estructurarse los diversos regímenes de derecho positivo en materia de responsabilidad, y que v.gr. en Argentina así como en Chile, resulta ser un régimen jurisprudencial. Y este derecho positivo —para que sea conforme a la preceptiva constitucional ha de configurarse, precisamente, en relación con la posición jurídica de la víctima, que es quien determina (por el hecho de ser ella el centro del sistema, pues responsabilidad implica reparación y la reparación está dada, está condicionada por el daño sufrido por la víctima) si el daño debe ser reparado, si ha de ser reparado, pero no integralmente, o en fin si ha de ser satisfecha la reparación de modo total por el Estado.

En otras palabras, ya será cuestión de régimen jurídico específico —según la posición jurídica de la víctima en relación v.gr. con la Administración— el determinar las condiciones en que se efectuará la reparación, los requerimientos que habrán de exigirse en atención a esa relación de la víctima con el Estado, v.gr. Administración, etc., pero obviamente basado todo ello en el principio general de que nadie puede ser privado de lo suyo, y que todo detrimento sufrido antijurídicamente por la víctima en su situación o esfera jurídica ha de ser reparado, y restituida su posición. Este es el principio de base, y sobre el cual ha de fundamentarse toda la reparación de los

daños ocasionados por alguien, quienquiera sea éste (persona natural o jurídica, pública o privada) <sup>50</sup>.

Y esta tesis, esta postura doctrinaria —que fluye de los propios textos constitucionales vigentes —que es esencialmente publicista y que atiende exclusivamente a los principios de derecho público, tiene como trasfondo el de ser típicamente jurídica, y no teñida de resabios de moral como es la posición que pretende trasladar concepciones civilistas a este campo de las relaciones en que es el Estado una de las partes en la relación jurídica. En efecto, como hemos visto en párrafos anteriores, la concepción civilista de la responsabilidad está fundada esencialmente en la idea moral de sanción a un comportamiento sea doloso, sea culposo, lo que conduce a centrar el problema no en la víctima del daño sino en el autor de él: se exige a éste para que responda, e indemnice, el que haya actuado con dolo o culpa, y es en atención a su comportamiento malicioso o negligente que gira todo el régimen de reparación. Y esto —como veíamos— no es sino influencia moralizante proveniente de la concepción penal de la responsabilidad, donde implica sanción al autor de un ilícito: en el derecho penal todo gira en torno del autor del delito, siendo la víctima de él, en general, bien irrelevante. Es —claro se advierte— la concepción de la moral la que ha imperado al estructurar los regímenes civil y penal de la responsabilidad, donde se busca más sancionar a un culpable (autor de un ilícito, de una falta) que de reparar una víctima, más un castigo que una restitución.

Aplicar tal sistema al campo de la actividad del Estado implica falsear de la partida el problema, y sobre todo errar en la solución: la responsabilidad del Estado no persigue sancionar a un Estado culpable sino algo mucho más simple, como es reparar un daño producido a una víctima en circunstancias de realizar el Estado sus funciones de bien común, funciones que aún pueden haber sido llevadas a cabo sin que se produjere negligencia o malicia de alguno

<sup>50</sup>Todo daño ha de indemnizarse, sí, en la medida en que dicho daño significa una alteración de una igualdad de un sujeto de derecho frente a otro u otros, alteración ajena a una conducta de la víctima, y teniendo ésta el derecho a no verse perturbada en su situación jurídica. Este dato de atender a la posición jurídica de la víctima y a su conducta amparada por el derecho, creemos que hace posible distinguir incluso más fácilmente la figura de la responsabilidad de la del seguro, ciertamente bien distinta.

de sus agentes; víctima que no tiene por qué sufrir un daño si ella se encuentra en una situación completamente adecuada a Derecho, y en una posición jurídica que le habilita para ejercer un derecho a no ser lesionada. Y es que el Estado no es una persona jurídica sujeto de Derecho como las regidas por el derecho privado: su misión es muy diferente, su estructura bien distinta, su actuar diverso; se rige, en fin, por leyes o normas propias, específicas a él<sup>51</sup> lo que conduce obviamente a plantear también su responsabilidad a través de un enfoque diferente.

La ley —se dice— es una regla o medida de los actos humanos; y la medida o regla debe ser adecuada a lo medido: a cosas diversas, medidas diversas, ya que tratar igual a desiguales, o tratar desigual a iguales no es justo porque se rompe el equilibrio, la armonía, la igualdad en la relación entre las cosas entre sí. De allí que deba tener un tratamiento distinto la responsabilidad del Estado —que se rige en sí por su misión específica de reparto o distribución— que la responsabilidad privada: allí hay un problema de lo justo público (igualdad de proporción, dada las funciones supraordenadoras del Estado), en cambio en el ámbito privado se da lo justo de intercambio, de conmutación, en un plano de posiciones jurídicas equiordenadas<sup>52</sup>.

<sup>51</sup>Vid. nuestra *La contratación* cit. 97 ss.

<sup>52</sup>No debe olvidarse que la diferencia básica de la regulación publicista con la regulación privatista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras esta segunda regula relaciones entre particulares fundamentadas básicamente sobre la conmutatividad (dada su equiordenación entre sí), la regulación publicista regula relaciones entre el todo (la comunidad, actuando como órgano de ella la autoridad) con la parte (esto es, los ciudadanos, sean individualmente o bien agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) y fundamentada dicha relación sobre bases de distribución (atribución o reparto). Y esa distribución no es mera liberalidad, es obra de justicia y, por tanto, su objeto es propiamente un derecho: un derecho para los ciudadanos, y un deber para la autoridad (deber que si es violado por ésta, origina una injusticia, es decir una ilegalidad). Tal distribución puede estar ordenada directamente al bien común, pero también puede ser ordenada directamente al bien de los individuos miembros de la comunidad. Y puede consistir tanto en un beneficio directo para un individuo, como en una carga impuesta a los individuos en pro del bien común; tanto en uno como en otro caso ha de estar fundamentada dicha distribución en esa igualdad de proporción entre cosas y personas en que consiste básicamente la jus-

Y este enfoque de la responsabilidad pública —en sus bases generales que no de régimen jurídico específico, omitido aquí en afán de brevedad— exige, pues, que sea mirado desde el punto de vista de la víctima, desde la posición jurídica en que se encuentra al momento de sufrir el daño, con sus derechos y deberes: su derecho a no ser lesionada injustamente, antijurídicamente, causándole una lesión o detrimento en lo suyo; su derecho a no verse impuesta una carga especial y anormal que destruya la igualdad de su situación respecto a los demás ciudadanos, etc.; su deber, en fin, a no estar en una condición contraria a Derecho, ilícita o ilegítima. Y todo esto por cuanto se trata aquí no tanto de sancionar un culpable si-

---

ticia distributiva. Y ésta puede ser infringida o violada tanto si el beneficio no es proporcionado como si la carga es desproporcionada, y es que aparece claro que tanto en uno como en otro evento hay violación de la atribución debida y omisión de la distribución obligada. Tal derecho (del ciudadano en tanto miembro de la comunidad) y tal deber (de la autoridad que distribuye) de la justicia distributiva tienen su base, su apoyo, su fundamento, precisamente, en la razón natural de bien común, y es que es exigencia propia, connatural, del bien común el que las recompensas y cargas sean distribuidas proporcionalmente entre los ciudadanos: de allí que puede decirse con propiedad que lo que es común es debido a un sujeto, porque es parte de esa comunidad, y tal porción de lo común le es debida precisamente en virtud de que es parte; si ella es agraviada, le es debida consecuentemente la reparación correspondiente.

No se nos escapa en modo alguno que la jurisprudencia y también la doctrina autóctonas difícilmente se han planteado esta perspectiva de la fundamentación racional de la responsabilidad, más preocupadas —en general, por desgracia— de la letra y del inciso de la norma aplicable que de la misión de hacer justicia, en que consiste en definitiva el Derecho y la función de los juristas.

Sobre justicia conmutativa y distributiva puede ser útil ver, entre otros, para Aristóteles: A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la justicia*. FCE. México. 1963, 41-86; S. Tomás se refiere a ello especialmente en *Suma Teológica* cit. 2-2. 61 (de las partes de la justicia); en general vid. C. Spicq, *Appendice II La justice* cit. (en nota 34) vol. II (1948) 199-210; T. Urdanoz, *Introducción a la cuestión 61* cit. (Tomo VIII) 333-348; B. Raffo, *Notas a La Justicia* (comentarios de S. Tomás al libro V de la Ética a Nicómaco de Aristóteles). Cursos de Cultura Católica. Buenos Aires. 1946. 77-82, 91 s.; 101 s.; J. Pieper, *Justicia y fortaleza* (2ª ed.). Rialp. Madrid. 1972, 78-157; A. J. Faidherbe, *La justice distributive* cit.; D. de Soto, *De la justicia y el derecho*, libro III q. 5 (de la división de la justicia) y 6 (sobre la acepción de personas) (en ed. IEP (5 vol.)). Madrid. 1967/68, II 240-249, y 249-277).

no de restituir una situación de desigualdad reparando un daño, daño que el Estado ha ocasionado con motivo de una actividad suya, actividad que se realiza y va en beneficio de la colectividad toda.

Y esto nos parece que es el único tratamiento posible propiamente jurídico, el único que se aviene con la naturaleza del Derecho, cuyo objeto es lo justo, lo justo jurídico, lo debido según una cierta relación de igualdad en el intercambio o reparto de cosas entre los hombres entre sí. Y ese reparto —para que pueda haber paz entre los hombres en su vida social— ha de significar un reparto justo, equitativo, o sea el Derecho, por su naturaleza intrínseca, implica un cierto orden de justicia (*secundum aliquam iustitiae*) dada la fragilidad humana y sobre todo que el Derecho dice referencia a las *res exteriores*<sup>53</sup>.

Pero esa fragilidad —que exige una extremada habilidad del juez— es atenuada por la virtud de la prudencia, sin la cual imposible sería la justicia: de allí la importancia del conocimiento prudencial del Derecho, pues la aplicación de éste por el juez se concretará nada menos que en un “juicio prudencial”, que eso es precisamente la sentencia. Pero esto escapa ya a nuestro tema<sup>54</sup>.

<sup>53</sup>No como la moral que atiende a la conducta interior del hombre, la cual sólo es campo de Dios. Decimos “cierto orden de justicia”, pues tratándose de regular una convivencia humana nada puede ser tan perfecto, siendo lo propio del hombre su defectibilidad (dada su contingencia y su falibilidad); de allí que el derecho opere sobre las acciones y cosas exteriores, y referibles al bien común, sean inmediatamente o sean mediatamente, a fin de permitir esa vida social virtuosa que lleve, en comunidad, a cada uno de los miembros de esa sociedad política a su propia perfección y a la de los demás.

<sup>54</sup>Sobre la prudencia vid. entre otros, J. Pieper, *La prudencia*. Rialp. Madrid. 1957 (también en *Prudencia y templanza*. idem. 1969).; A. Gómez Robledo, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*. FCE. México. 1957, 189-225; R. Simon, *Moral*. Herder. Barcelona. 1972, 321-362; para una relación de la prudencia con la noción de conciencia moral Ph. Delhaye, *La conciencia moral del cristiano*. Herder. Barcelona. 1969, 61-83 (sobre el juicio prudencial 240-256). Para los orígenes aristotélicos de la prudencia como virtud vid. P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*. Puf. Paris. 1976. Sobre el conocimiento prudencial del derecho, J. M. Martínez Doral, *La estructura* cit. 13-14 y 73-115; J. A. Widow, *El orden humano*, en Derecho y justicia (3as. jornadas chilenas de derecho natural). F.dit. Jurídica de Chile. Santiago. 1978, 187-205. Valga señalar que así como el Derecho es *ipsa res iusta*, o sea la cosa justa, lo justo, es decir algo objetivo, real, así también la prudencia es determinada igualmente

### Concluamos, pues.

Si queremos que la responsabilidad pública sea verdaderamente una realidad en la práctica judicial, demos al juez los instrumentos idóneos para su trabajo. Seamos realistas, no pidamos lo imposible; no pretendamos exigir soluciones justas si utilizamos enfoques ajenos al objeto mismo de lo que analizamos.

Responsabilidad en derecho es restitución; responsabilidad en moral es expiación.

Responder en derecho es ser convocado a un tribunal asegurando el cumplimiento de una obligación de la que un sujeto (natural o jurídico, público o privado) se ha constituido en garante para el futuro; responder en moral es dar cuenta de sus actos ya realizados y recibir el mérito o la sanción correspondiente.

En moral se atiende, pues, al autor del acto, que es el centro sobre el cual gira el problema de la responsabilidad moral; en derecho —donde se trata de un reparto o intercambio de cosas exteriores, que pueden ser repartidas o intercambiadas, y que tiende a asegurar un equilibrio, una cierta relación de igualdad (sea de equivalencia si se trata de sujetos equiordenados como en el caso de sujetos particulares, sea ya de proporción si se trata de sujetos supraordenados con respecto a otros, como en el caso de las relaciones Estado/ciudadanos) — el centro sobre el cual gira todo el problema de la responsabilidad jurídica es el daño producido en la víctima: habrá que atender, pues, básica y primordialmente, al daño, y a la víctima en su situación jurídica concreta en que se encuentra al momento de sufrir el perjuicio.

Esta es la base-fundamento de donde habrá de partirse para estructurar el régimen concreto o sistema de reparación. Y estos regímenes habrán de ser diversos según las circunstancias concretas en que se desarrolla la actividad dañosa del Estado (legislador, juez, administrador), y sin que tenga que olvidarse ninguno de los distintos factores que pueden concurrir en la comisión del daño de que se trata<sup>55</sup>.

---

por la realidad misma (*ipsa res*), que es su regla y medida: a lo prudente lo especifica la “cosa misma”, esto es, la realidad.

<sup>55</sup>Y ello será problema de técnicas específicas de régimen jurídico según los caracteres de cada uno de las diversas actividades que desarrolla

Y he aquí planteada en una perspectiva que pudiera ser tal vez novedosa para algunos,<sup>56</sup> un retorno a las fuentes clásicas de la responsabilidad, esto es, un redescubrir lo propiamente jurídico que comporta esta noción, y que en lo público adquiere una relevancia particular, pues nuestros propios ordenamientos constitucionales lo han formulado de modo claro, formal y explícito.

Nadie puede injustamente ser privado de lo suyo; nadie puede sufrir un daño que implica una alteración de la igualdad ante las cargas públicas, etc., sin que medie la correspondiente reparación.

Y, ¿qué es esto sino entender que el Derecho es lo debido según un orden de igualdad, es decir lo justo, o sea algo adecuado a otro conforme a cierto modo de equivalencia o de proporción, y ello en el intercambio recíproco de bienes entre las personas, o en el reparto o distribución que la autoridad efectúe en su función de bien común?

Y esto —lo justo— no lo determina en concreto el legislador a través del derecho positivo (lo justo meramente legal) sino el juez, que tiene en consideración todas las circunstancias del caso para que por medio de un juicio prudencial llegue a decir el Derecho, esto es, lo justo equitativo o natural<sup>57</sup>.

Y no es curioso observar que, en general, la responsabilidad pública ha sido reconocida por la vía jurisprudencial (v.gr. en Chile,

---

el Estado al realizar su misión propia (cual es —aún si aproximativamente y de modo siempre imperfecto— alcanzar el bien común de la sociedad política).

<sup>56</sup>Siempre suele aparecer novedoso en estos tiempos dirigir la mirada hacia los clásicos: tan grande ha sido la perturbación de los espíritus en esta época, al haberse rechazado —por afanes muchas veces de snobismo— un modo de pensar que ha construido nada menos que la propia cultura occidental (judeo, greco, latina, cristiana).

<sup>57</sup>Sobre el papel del juez —órgano tan minimizado, en general en la visión jurídica latinoamericana, que lo mira como un mero “aplicador de leyes”—, puede ser muy útil recordar las perspectivas maestras de A. D’Ors, *Una introducción al estudio del derecho*. Rialp. Madrid. 1963 in totum (2ª ed. Valparaíso. 1976); en igual sentido nuestras *Consideraciones sobre la posición de los juristas frente al derecho en la época actual* en RDP 19/20 (1976) 379-384 (ahora en *La Ley* (Buenos Aires) 16.4.1979, 4 s.), y *Amparo judicial y recurso de protección*, en RDP 19/20 cit. 155-189, esp. 164-166 y notas.

Argentina, Francia): es que el juez es el nervio central del Derecho; a él toca que la responsabilidad del Estado sea una realidad y no mera fraseología. Pero ese juez ha de ser digno de su misión: *Di estis*<sup>58</sup> cantaba el salmista imprecando a los malos jueces: “sois como dioses”, en la cuasi divina función de decir lo justo cada día. Digo que ha de ser digno de su misión, porque es él quien hace que concretamente en una sociedad reinen la justicia y la paz, o por el contrario la anarquía y la iniquidad.

De nada resulta tener buenas leyes<sup>59</sup> si no se tienen buenos jueces, porque de nada sirve el poder ideal de la ley si no va acompañada del poder real del magistrado.

Y es que, como enseñaba Domingo de Soto, el famoso segoviano maestro de Salamanca y gloria de los claustros dominicos, “las leyes más sacrosantas sin jueces dignos son frutos cadavéricos de una razón difunta”<sup>60</sup>.

Un retorno, pues, a las fuentes clásicas de la responsabilidad.

<sup>58</sup>Salmo 81 (Vulgata): “¿hasta cuándo juzgaréis inicuaemente y favoreceréis la causa de los impíos? Defended al oprimido y al huérfano, haced justicia al humilde y al pobre. Librad al oprimido y al menesteroso, arrancadle de las manos de los impíos. Pero, no saben ni comprenden, andan en tinieblas, y se conmueven hasta los mismos cimientos de la tierra. Yo dije: dioses sois e hijos todos del Altísimo, ¡pero, no! como los hombres moriréis, y como cualquiera de los príncipes caeréis. Levántate, oh Dios, y haz justicia a la tierra, porque Tú, por derecho, eres el dueño de todas las gentes”.

La imprecación del salmista es bien significativa: y es que el juez en su oficio de juzgar, realiza por antonomasia la función de distribuir, en que consiste la justicia distributiva; ésta en tanto virtud se concreta en la función misma de juzgar que realiza el juez. Y al decir que “sois como dioses” indica el salmista muy gráficamente que esta justicia distributiva es la propia de Dios, la única que conviene a Su esencia. Valga recordar aquí que esta justicia distributiva —que es la virtud propia del juez y del gobernante— es precisamente la que deviene garante del orden social mismo en una comunidad: allí donde no exista, tarde o temprano se producirá la violencia, el desorden y la destrucción misma del cuerpo social.

<sup>59</sup>Que son cierta razón o fundamento del Derecho (*aliqualis ratio iuris*), una cierta ordenación directiva para concretar lo justo a través del juez.

<sup>60</sup>*De iustitia et iure* cit. Libro III cuest. VI (quare leges ut sint ipse sanctissimae, tamen sine recto iudice cadavera sunt defunctae rationis); en ed. IEP cit. vol. II 268 col. I.

¿Veremos nosotros, acaso, como realidad lo que Cicerón decía en su *Pro Cluentio*, o será todo esto pura utopía? “Mirad por todas partes la república y en todas veréis dominando el imperio del derecho: este es el vínculo de los derechos de que gozamos en la república; este el fundamento de nuestra libertad, la fuente de la justicia; en él reside el alma, la mente, el consejo y el pensamiento de la República. Como cuerpo sin alma es la república sin derecho; él es el nervio, la sangre y los miembros de la república: los magistrados son sus ministros, los jueces, sus intérpretes”<sup>61</sup>.

Sí, un retorno a las fuentes clásicas, que son nuestra tradición.

Y, ¿cómo no recordar aquí a uno grande de entre los vuestros, tucumano, y colega nuestro pues que era también doctor? “Los pueblos que olvidan sus tradiciones pierden la conciencia de su propio destino”<sup>62</sup>.

¿No ha sido acaso ya suficientemente trágico el haber incurrido en tal olvido? ¿No sería definitivamente ya fatal reincidir aún en ello?

<sup>61</sup>Pro Cluentio 53. 146.

<sup>62</sup>Me refiero a Nicolás de Avellaneda.

*Abreviaturas usadas:* ADA Anuario de derecho administrativo; AHDE Anuario de Historia de Derecho Español; APD Archives de Philosophie du Droit (Paris); ASD Annali di Storia del Diritto (Italia); GA Grands arrêts de la jurisprudence administrative (Paris); RAP Revista de Administración Pública (Madrid); RCHD Revista Chilena de Derecho (Chile); RDJ Revista de Derecho y Jurisprudencia (Chile); RDP Revista de Derecho Público (Chile); RDP Revue de Droit Public (Paris); RHDFE Revue d'Histoire du Droit Français et Etranger (Paris); RLI Recopilación de las leyes de las Indias.