



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho

Centro de Estudios en Derecho Informático

**LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE MANTENER SOFTWARE SEGURO EN EL  
GOBIERNO ELECTRÓNICO COMO MANIFESTACIÓN DE SU NORMATIVA Y EN  
ESPECIAL DE LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA Y EFICACIA ADMINISTRATIVA.**

**Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.**

**AUTOR**

**Felipe Daniel Báez Robledo**

**PROFESOR GUÍA: Abogado Sra. Lorena Donoso Abarca**

Santiago, Chile

2008

A Agustín.  
A Marta y Daniel.

## **AGRADECIMIENTOS**

A Agustín Báez Reyes; Alfredo Real Almendra; Carmen Gloria Briceño Concha; Daniel Báez Cortéz; Daniela Báez Ibarra; Jorge Navarro Suazo; José Tomás Alfonso Cea; Margarita Concha Véliz; Lorena Donoso Abarca; María Francisca Reyes Briceño; Marta Robledo Conejeros; Paola Báez Ibarra; Pilar Reyes Saldías; Raúl Donckaster Fernández; Sergio Truffello Morchio; y a todos quienes cooperaron con este trabajo.

## TABLA DE CONTENIDOS.

INTRODUCCIÓN.....	1
<b>CAPÍTULO I</b>	
LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.....	7
1.- Gobierno, Administración del Estado y Servicio Público.....	7
2.- Bases de la Administración del Estado.....	12
2.1.- El Bien Común.....	12
2.2.- Principios a los que debe observancia la Administración del Estado.....	16
3.- Los Principios de eficiencia y eficacia.....	17
3.1.- Ámbitos de operación de los principios de eficiencia y eficacia...	19
3.2.- Vinculación de los principios de eficiencia y eficacia con otros principios de Derecho Público.....	20
3.3.- La especial vinculación con el principio de responsabilidad del Estado.....	22
<b>CAPÍTULO II</b>	
LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN.....	28
1.- Concepto de Tecnologías de la Información y Comunicación.....	28
2.- El software.....	30
2.1.- Concepto.....	30
2.2.- Clasificación.....	32
2.2.1.- Según ámbito de Utilidad.....	32
2.2.1.1.- Software de sistema.....	32
2.2.1.2.- Software de aplicaciones.....	33
2.2.1.3.- Software de desarrollo.....	35
2.2.2.- Según su Forma de Comercialización o Distribución.....	36
2.2.2.1.- Software libre.....	36

2.2.2.2.- Software propietario.....	36
2.2.2.3.- Freeware.....	37
2.2.2.4.- Shareware.....	37
2.3.- Régimen jurídico del software en Chile.....	37
2.4.- Seguridad del Software.....	43

### **CAPÍTULO III**

EL GOBIERNO ELECTRÓNICO COMO UTILIZACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.....	47
---	----

1.-Tecnologías de la Información y Comunicación en la Administración del Estado.....	47
2.- Concepto de Gobierno Electrónico.....	50
3.- Principales actividades públicas realizadas por medio del Gobierno Electrónico en Chile.....	53
3.1.- Comunicación entre la Administración y los particulares y entre la Administración misma.....	55
3.2.- Almacenamiento, administración, recepción y entrega de información.....	55
3.3.- Desarrollo de procesos en el marco de los procedimientos administrativos.....	60
3.4.- Transferencias electrónicas de dinero.....	61
4.- Formas de enfrentar la seguridad del software en el Gobierno Electrónico.....	62
4.1.- Por los particulares: Críticas a la seguridad del software de Gobierno Electrónico en Chile .....	62
4.2.- Por la Administración: El software seguro como tema de Estado	66

## **CAPÍTULO IV**

MARCO REGULATORIO ESPECÍFICO DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO.....	70
1.- Definiciones.....	70
2.- Título V de la Ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y los servicios de certificación de dicha firma.....	74
3.- Decreto Supremo N° 77 de 2004 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.....	77
4.- Decreto Supremo N° 81 de 2004 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.....	81
5.- Decreto Supremo N° 83 de 2004 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.....	82
6.- Normativa que indirectamente se refiere a la seguridad del software de Gobierno Electrónico.....	100
6.1.- Ley que tipifica figuras penales relativas a la informática.....	100
6.2.- Ley sobre protección de datos de carácter personal.....	105

## **CAPÍTULO V**

EFICIENCIA Y EFICACIA ADMINISTRATIVA VERSUS EFICIENCIA Y EFICACIA DEL SOFTWARE.....	109
1.- Gasto público en Gobierno Electrónico.....	109
2.- Eficiencia de las formas de obtener software seguro para el Estado...	117
2.1.- Desarrollo de software seguro por parte del propio Estado.....	117
2.2.- Adquisición de software .....	119
2.2.1.- Software propietario.....	122
2.2.2.- Software libre.....	126
2.3.- Análisis de software ya desarrollado, propietario o libre.....	131
2.3.1.- La auditoría informática.....	131
2.3.2.- La ingeniería inversa.....	135

CONCLUSIONES.....	139
BIBLIOGRAFÍA.....	148

## INTRODUCCIÓN.

El desarrollo del denominado Gobierno Electrónico, Gobierno Digital o E-Government, ha significado una fluidez nunca antes vista en la comunicación entre los particulares y la Administración y entre la Administración misma, a través de computadores equipados con diversos software que permiten, entre muchas otras cosas, el traspaso, la oferta y la administración de información relevante en los más disímiles ámbitos.

¿Está obligada la Administración del Estado a mantener software seguro? ¿Que sucedería si alguien lograra vulnerar la seguridad del software del Estado y evitara que los sujetos que tienen derecho a acceder a información ahí contenida lo hagan, o modificara dicha información, la eliminara u obtuviera información confidencial? ¿Debe responder el Estado por los daños que esto produzca? Y de ser así, ¿en que casos? ¿Debe contar el Estado con software seguro a cualquier costo?

El problema es evidente. Por una parte el Estado tiene el deber de garantizar el Bien Común, lo que implica proveer de aplicaciones eficientes y eficaces, sobre todo en el marco del Gobierno Electrónico, y por otra, debe invertir sus recursos de manera eficiente, o dicho de otro modo, atendiendo a criterios de eficiencia presupuestaria.

En este contexto, el cuestionamiento está dado por la inversión en seguridad, ya sea por la vía de analizar los paquetes de programas que adquiera el Estado a fin de detectar fallas en este sentido, o por el camino de invertir, el propio Estado, en el desarrollo de productos informáticos que satisfagan estándares de calidad, interoperabilidad y seguridad que provean a las personas el adecuado resguardo de sus derechos y garantías. En este sentido es necesario determinar si las exigencias que los principios y normas que la Constitución, las leyes y las normas técnicas o específicas en esta materia imponen al Estado lo obligan a realizar inversiones en seguridad sobre el software que utiliza en el marco propio de sus labores y cual es ese nivel de seguridad esperado, de manera de establecer qué tipo de eventos generarían



responsabilidad para el Estado, y en consecuencia, dilucidar si al efectuar tanto órganos públicos como privados un análisis o intervención, autorizada o no por la misma Administración, de los software que ella desarrolle o adquiera, se estaría cometiendo una infracción a los contratos de licencia que se han celebrado con los proveedores, o cometiendo un delito informático, aunque dichos actos sólo se efectuaran con la finalidad de aumentar la seguridad de los mismos, detectando y denunciando dichas fallas.

Nuestra principal motivación para realizar este trabajo es que como resultado del desarrollo tecnológico experimentado en las últimas décadas, tanto en Chile como en el resto del mundo, el Gobierno Electrónico ha sido uno de los proyectos en que nuestra Administración del Estado ha puesto mayor énfasis, constituyendo esta nueva institución un avance significativo en el ámbito de la gestión pública. Sin embargo, y cada día con mayor importancia y publicidad, se han producido fuertes críticas con relación a la seguridad del software con que se ha implementado este sistema.

En el entendido de que toda actividad administrativa del Estado debe guiarse por los principios de eficiencia y eficacia, ¿no ayuda una regulación clara y uniforme de los estándares de seguridad del software de Gobierno Electrónico para cumplir con los principios y normas que fundamentan las Administraciones estatales modernas, promoviendo el Bien Común y la seguridad jurídica, permitiendo detectar, denunciar y corregir las fallas del sistema?

Pues bien, por tratarse de un fenómeno que en nuestro país lleva pocos años de desarrollo, casi no se han efectuado estudios que lo aborden desde el punto de vista jurídico, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países donde este tema sí se ha tomado en serio, tanto por parte de las autoridades públicas como por los particulares.

¿Es necesario que se produzca un escándalo de grandes proporciones en el que se dañen bienes jurídicos protegidos de quienes interactúan de forma cotidiana entre sí en los sistemas de Gobierno Electrónico, es decir, los particulares y el Estado mismo, por fallas de seguridad del software que utiliza la Administración del Estado para tomar

en serio este tema?. Aquí radica principalmente la necesidad de tratar esta materia. Es evidente que una regulación adecuada para las acciones que han de desarrollar los agentes del Estado para asegurar la eficiencia y eficacia del software que utilizan es muy necesaria.

La hipótesis sobre la que se desarrollará este trabajo es que al Estado le asiste el deber de mantener software seguro, en primer término, como una manifestación de los principios y preceptos constitucionales y legales de aplicación general que lo guían en su actuar, especialmente en lo que se refiere a sus obligaciones de promover el Bien Común y respetar en toda su actuación los principios de eficiencia y eficacia Administrativa; y en segundo término, por la obligación de respetar las normas técnicas específicas para el ejercicio de potestades públicas mediante Gobierno Electrónico, debiendo proveerse para ello herramientas jurídicas adecuadas para el desempeño de esta labor, que al menos compatibilicen los estatutos jurídico - privados de los titulares de derechos sobre el software utilizado por la Administración y los deberes del Estado. Aquí cobran gran relevancia el Derecho de Autor y el Derecho Penal Informático.

Como consecuencia de lo anterior, debemos analizar la problemática de la seguridad de los sistemas que sustentan el Gobierno Electrónico desde el punto de vista de los principios que informan el Derecho Público, especialmente los principios de eficiencia y eficacia, debiendo estudiar la normativa general y especial aplicable al Gobierno Electrónico, que está conformada por la Constitución Política de la República, las leyes que regulan la Administración del Estado y los Decretos Supremos sobre Gobierno Electrónico, además de referirnos a derechos de la personas que eventualmente podrían verse vulnerados, como la protección de la vida privada y la protección de datos personales; todo con el fin de incentivar y dar inicio a futuras investigaciones jurídicas sobre seguridad de la información y las comunicaciones en el ámbito del Gobierno Electrónico, ya que este tema se proyecta como una de las grandes problemáticas de la Administración del Estado en la denominada era digital o de la información. Este es nuestro objetivo general.

También se pretende establecer el marco jurídico preciso en que se funda la obligación del Estado de mantener software seguro, además de identificar los puntos en que se producen contradicciones entre los derechos de los particulares, de los titulares de derechos sobre el software y los deberes del Estado como garante del Bien Común y ejecutor del Gobierno Electrónico, intentado proponer una interpretación, modificación o creación de reglas y principios que permitan su armonización.

Es importante recalcar aquí que no pretendemos analizar si actualmente en Chile se está actuando eficaz y eficientemente en el entorno digital, sino que más importante aún, pretendemos justificar el porqué debe actuarse así y determinar con más o menos detalle algunas formas por las que el Estado podría optar para hacerlo.

Para poder cumplir con los objetivos que nos hemos propuesto, el análisis debe internarse primeramente en los principios y normas de Derecho Público para justificar la obligación del Estado de dar seguridad a los soportes de Gobierno Electrónico, para lo cual comenzaremos dilucidando qué se entiende por Gobierno y Administración del Estado y trataremos el concepto de Servicio Público, estudiaremos las bases que sustentan la existencia de la Administración del Estado y su finalidad, constituida por la promoción del bien común, y señalaremos los principios que toda actuación administrativa debe respetar.

Luego, nos referiremos a los principios de eficiencia y eficacia administrativa, estableciendo su contenido y relación con los demás principios con reconocimiento constitucional y legal, especialmente con el principio de responsabilidad del Estado, que adquiere relevancia respecto de las posibles contravenciones al contenido de estos principios y a la forma en que se debe reparar el daño que esto produciría a los particulares.

En una segunda parte, determinaremos en que consisten las Tecnologías de Información y Comunicación, señalando su concepto y los elementos principales que las componen, dando una breve descripción de lo que entenderemos por hardware, indispensable para comprender el concepto de software, que analizaremos más

detalladamente, incluyendo algunas clasificaciones pertinentes al tema y estudiando el régimen jurídico que se les ha dado en Chile. Será aquí donde nos referiremos a la seguridad del software con el objeto de obtener un criterio que nos permita establecer qué características se esperan de un software para ser considerado seguro.

En una tercera parte, intentaremos establecer la relación que existe entre las Tecnologías de la Información y Comunicación y la Administración del Estado, investigando los elementos que componen el concepto de Gobierno Electrónico, proponiendo una definición adecuada para él y haciendo referencia a la importancia que tiene que el Estado cuente con software seguro en el marco del Gobierno Electrónico. Además intentaremos establecer las principales funciones públicas que a través de este medio se realizan y describiremos la manera en que los particulares y el Estado se han enfrentado a este tema. Es así como revisaremos, por un lado, algunas críticas que sujetos particulares han hecho a la seguridad del software de Gobierno Electrónico, y por otro lado, indagaremos en la seriedad con que el Estado ha abordado esta materia.

Entendiendo que la legislación ius publicista es la forma más importante de regulación para el Gobierno Electrónico, pues el cumplimiento de su contenido es posible de exigir por los particulares, analizaremos críticamente la normativa específica que respecto del Gobierno Electrónico existe, evidentemente que con un marcado énfasis en aquello que se refiera a seguridad del software. Dicha normativa está constituida principalmente por Decretos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (MINSEGPRES), comenzando nuestra tarea desarrollando un pequeño glosario de términos. Reconociendo que nuestra legislación ha ido avanzando en términos de permitir cada vez más el uso de estas tecnologías, y que mucha de su normativa no se refiere directamente al Gobierno Electrónico pero que de todas formas se torna relevante para él, revisaremos las principales normas jurídicas que indirectamente se refieren a la seguridad del software de Gobierno Electrónico, esto es, la ley que tipifica figuras penales relativas a la informática y la ley de protección de datos de carácter personal, en la medida que sean relevantes para el tema.

Finalmente, intentaremos examinar la eficiencia y eficacia que respecto de la seguridad del software ha tenido el gasto que la Administración del Estado ha hecho en materia de Gobierno Electrónico, y nos referiremos a las formas que tiene el Estado de proveerse de software seguro, revisando también su eficiencia y eficacia, además de la legalidad y las posibles consecuencias que trae la adopción de uno u otro método.

Es indudable que la mayor dificultad que enfrentaremos al abordar esta materia es la falta de información precisa y oportuna y la dispersión de dicha información, especialmente en el ámbito referido a la forma en que la Administración del Estado ha invertido en Tecnologías de la información y Comunicación. Otro factor es la falta de literatura nacional que trate la seguridad del software en el Gobierno Electrónico desde el punto de vista jurídico.

Además, la norma NCh2777, que analizaremos, ha sido incorporada al ordenamiento jurídico chileno por medio del Decreto Supremo N° 83 de 2004 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueba norma técnica para los órganos del Administración del Estado sobre seguridad y confidencialidad de los documentos electrónicos, el que determina el sentido y las modificaciones pertinentes que deberán entenderse parte de la normativa, remitiéndose expresamente a ella. Sin embargo, la NCh2777 es propiedad intelectual del Instituto Nacional de Normalización, y teniendo en cuenta que ella es parte integrante del ordenamiento jurídico chileno nos parece inaceptable que no se encuentre disponible para los particulares.

Así, este trabajo pretende trazar las líneas generales del problema, buscando que se tome en consideración la seguridad del software como tema de Estado, referido a “toda” la actividad que el Estado realice por medios electrónicos, y no sólo en temas sensibles como los datos de carácter personal, en los que se ha comenzado a tomar conciencia y, lo que es más importante, se ha comenzado a actuar en consecuencia.

## **CAPÍTULO I.**

### **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.**

#### **1.- Gobierno, Administración del Estado y Servicio Público.**

La Constitución Política de la República, en su artículo 24 inciso primero señala que “el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”. Este es el punto de partida desde el cual deberemos analizar que entenderemos por Gobierno, Administración del Estado y Servicio Público.

No existe en nuestra doctrina un criterio único para entender el significado y contenido de estas tres instituciones, sin embargo, del tenor literal de la norma constitucional, especialmente por la conjunción “y”, se desprende que el gobierno y la administración del Estado son dos actividades-funciones distintas, que sin embargo comparten la característica de ser ejercidas por el Presidente de la República.

Como nos señala el profesor Rolando Pantoja Bauzá, refiriéndose a la función de gobierno, “la distinción entre las funciones de gobierno y de administración proviene del Constitucionalismo clásico del 1800... Constituyó la fórmula de otorgar al Jefe del Estado un ámbito de libre decisión paralelo a su poder ejecutivo. Según ella, es una regla esencial de buen gobierno de un país que el Jefe del Estado pueda solucionar eficazmente los problemas internos y externos de la nación mediante el dominio pleno de un campo propio de libre apreciación, de un ámbito discrecional, se decía, no sometido a la ley, sino sólo a las normas de la Constitución, que le permitan afrontar con éxito las complejas contingencias de la conducción del Estado.”<sup>1</sup>

De la misma manera, el destacado profesor Alejandro Silva Bascuñán decía “dentro de la función ejecutiva se distinguen dos formas de actividad, el gobierno y la administración.”

---

<sup>1</sup> Rolando Pantoja Bauzá. El Derecho Administrativo. Clasicismo y Modernidad. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. 1994. p. 151.

“En este sentido... el gobierno es la actividad que consiste en expresar y transmitir una voluntad de mando en el cuidado del interés general.”

“Pero la tarea de mandar tiene que completarse por medio de la disposición y organización de los funcionarios, llamados a favorecer de algún modo el cumplimiento de la voluntad del gobernante; a través de la reunión y distribución de los elementos materiales y económicos indispensables para el logro de los objetivos propuestos; mediante la realización de actos de diverso tipo e índole, conforme a la naturaleza del fin perseguido; a través del planeamiento y funcionamiento de una infinidad de actividades que se proyectan en pro del bien colectivo...”

“La coordinación, subordinación y distribución de los agentes y el estatuto de la función pública; el establecimiento de los diferentes servicios públicos; los diversos medios técnicos, actos y contratos realizados a nombre del Estado, etc., forman la administración.”<sup>2</sup>

Sin embargo, con el desarrollo paulatino de la doctrina y la jurisprudencia administrativa nacional, esta distinción se ha ido diluyendo, siendo prácticamente imposible realizar un paralelo entre ambas actividades donde pueda establecerse con nitidez el contenido de una u otra. Es más, las Constituciones Políticas de 1925 y 1980, no hacen ningún tipo de distinción respecto del régimen para impugnar decisiones de gobierno y administración, asimilándolas, con lo que sepultó la esencia de la distinción, esto es, la inimpugnabilidad de los actos de gobierno.

Notando la inutilidad de la distinción, el profesor Mario Bernaschina González señaló que “no es posible sostener, como lo ha hecho la teoría clásica del órgano supremo, que exista una función gubernativa, porque el gobierno es el conjunto de magistraturas del Estado y no una competencia propia de uno de sus órganos, como es el órgano administrador o ejecutivo, como también se le llama. Por consiguiente, la

---

<sup>2</sup> Alejandro Silva Bascuñán. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I, Principios. Ed, Jurídica de Chile, 1963. p. 339.

función propia del Presidente de la República es la administrativa.”<sup>3</sup> El profesor y ex Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar fue aun más lejos, al apuntar que “concebida como actividad, la gubernativa no constituye una especie jurídicamente diferenciable de las actividades legislativa, administrativa y jurisdiccional. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, no hay una categoría de actos gubernativos análoga a las de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, susceptibles de distinguirse por su origen, por su forma o contenido. La actividad de gobierno se realiza por las tres funciones del Estado, pero principalmente a través de las funciones legislativa y administrativa. De lo dicho resulta que el distingo entre Gobierno y Administración no es una clasificación jurídica. Es, en cambio, un distingo político.”<sup>4</sup>

No obstante todo lo dicho, el artículo 24 de la Constitución Política de la República se refiere expresamente al gobierno, por una parte, y a la administración por otra, por lo que ante una distinción constitucional de las funciones ejercidas por el Presidente de la República, por muy difícil que sea su diferenciación, no cabe otra cosa que estimarlas como distintas. En este sentido el profesor Pantoja señala que “el artículo 24 de la Constitución Política de la República se refiere expresamente a las funciones de gobierno y administración dentro del ‘Gobierno’, por lo que obliga al profesional del derecho a dar un sentido a la voz gobierno, siguiendo aquella antigua máxima jurídica de que los mandatos de la ley deben interpretarse en aquella dirección en que adquieran sentido, descartando los que muevan a concluir de otra manera. Por eso... puede decirse que el gobierno es una actividad que presenta un doble carácter: por una parte consiste en aquella función que la Constitución Política radica en el Presidente de la República para permitirle la dirección superior de los intereses generales de la nación, junto al Congreso Nacional y la Corte Suprema de Justicia, de modo que son actos de gobierno desde esta perspectiva todos los dictados por el Presidente de la República para mantener las relaciones jurídicas con el Congreso Nacional y demás autoridades superiores que conforman la institucionalidad superior del país, así como los actos de la misma índole relativos a las relaciones entre Estados

---

<sup>3</sup> Mario Bernaschina González, citado por Rolando Pantoja Bauzá. El Derecho Administrativo. Clasicismo y Modernidad. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. 1994. p. 157.

<sup>4</sup> Patricio Aylwin Azócar, citado por Rolando Pantoja Bauzá. El Derecho Administrativo. Clasicismo y Modernidad. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. 1994. p. 158.



o a la aplicación de la normativa internacional, parecer que se vincula a las opiniones de que sobre esta materia emitieran los señores Bernaschino y Aylwin... y, por otra, surge como aquella actividad encaminada a la conservación del orden público en el interior y a la seguridad exterior de la República, según lo afirmara el legislador de la Ley de Reforma Constitucional de 1991 y de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, debiendo precisarse además, que los actos que concretan tanto una cuanto otra actividad se hallan sometidos a la Constitución y las leyes, así como a las normas generales y ordinarias que rigen la dictación, tramitación, vigencia e impugnación de los actos que dictan las autoridades administrativas del Estado.”<sup>5</sup>

Así las cosas, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), en su artículo 1º establece que el ejercicio del gobierno y la administración por parte del Presidente de la República se hará con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y la leyes, para en su inciso segundo enumerar las personas y órganos que constituyen la Administración del Estado, a saber:

- Los Ministerios: Según el mandato constitucional, los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado, según lo dispone su artículo 33 inciso primero. En este mismo sentido, el artículo 19 de la LOCBGAE señala que los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones.
- Las Intendencias: El Intendente representa al Presidente de la República en su respectiva región, y ejerce sus funciones de acuerdo a las leyes y a las ordenes e instrucciones del Presidente de la República, como lo establece el artículo 100 de la Constitución Política de la República. Además debe supervigilar, coordinar y

---

<sup>5</sup> Rolando Pantoja Bauzá. El Derecho Administrativo. Clasicismo y Modernidad. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. 1994. p. 160 y ss.

fiscalizar los servicios públicos de la región, como lo señala el artículo 19 de la LOCBGAE, entre otras funciones.

- Las Gobernaciones: El gobernador provincial, según lo dispone el artículo 105 de la Constitución Política de la República y 41 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ejerce, de acuerdo a las instrucciones del Intendente, la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia.
- Los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

En términos muy generales, el artículo 25 de la LOCBGAE caracteriza a los servicios públicos como aquellos órganos encargados de satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua. Intentando una definición, el profesor Enrique Silva Cimma nos hace notar la dificultad de la tarea, al señalar que “hoy en día... se nos hace tarea mucho más difícil la de intentar una definición única de servicio público chileno que pueda abarcar, en sus múltiples aspectos, toda la diversa gama de la iniciativa estatal tendiente a satisfacer necesidades públicas.”<sup>6</sup> Sin embargo, existe relativo consenso en la doctrina y la jurisprudencia acerca del criterio que debe utilizarse para definirla: su estructura orgánica. Así, el profesor Pantoja ha dicho que “en Chile, las actividades del Estado han de caracterizarse, ante todo, por el órgano que las realiza; en seguida, por el contenido de la función constitucionalmente prefigurada por la Carta Fundamental para ser ejercida por ese órgano”<sup>7</sup> Más profundamente, el profesor Silva Cimma señala que “analizando el problema que nos inquieta desde un ángulo legalista o positivo, creemos que en Chile el servicio público ha sido tomado desde un prisma preferente, si bien no exclusivamente, orgánico. Toda

---

<sup>6</sup> Enrique Silva Cimma. Derecho Administrativo Chileno y Comparado; El Servicio Público. Ed. Jurídica de Chile, 1995. p. 48.

<sup>7</sup> Rolando Pantoja Bauzá. El Derecho Administrativo. Clasicismo y Modernidad. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. 1994. p. 140.

concepción que no tuviera, pues, como base este elemento primordial, rebasaría y escaparía al sentido realista de que ha partido nuestro legislador.”

“En efecto, si analizamos en primer lugar algunas disposiciones de nuestra Carta Política Fundamental y otros textos de legislación complementaria, nos parece que aquella ha entendido la expresión ‘servicio público’ en el sentido de órganos componentes o integrantes de la Administración Pública, es decir, entidades de que el Estado se vale para cumplir su política de satisfacer las necesidades públicas.”<sup>8</sup> Así, por la particular función que estos órganos cumplen, son quienes más necesitan tener una comunicación confiable y expedita, entre ellos, con el resto de la orgánica administrativa – gubernamental, y especialmente con los particulares.

## **2.- Bases de la Administración del Estado.**

### **2.1.- El Bien Común.**

Uno de los temas más importantes sobre los que ha discutido la ciencia política y el Derecho Administrativo es el fin del Estado, o en otras palabras, cual es el objetivo que toda la estructura orgánica del Estado está llamada a cumplir, debiendo poner en ello todos sus esfuerzos y recursos. “A través del desarrollo histórico han surgido diversas teorías acerca del fin del Estado. Así, hay teorías que afirman un único fin del Estado, otras asignan a éste diversos fines. Por su parte, algunos sostienen que el Estado carece de fines, o que no es correcto preguntarse por los fines del Estado, por ser aspectos extrajurídicos”<sup>9</sup>

En esta materia nuestra Constitución Política es clara, al establecer en su artículo 1º inciso cuarto, que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su

---

<sup>8</sup> Enrique Silva Cimma. Derecho Administrativo Chileno y Comparado; El Servicio Público. Ed. Jurídica de Chile, 1995. p. 48.

<sup>9</sup> Humberto Nogueira A. y Francisco Cumplido C. Derecho Político, Introducción a la Política y Teoría del Estado. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. Santiago, 1987. p. 123.

mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece”. De este modo, el Estado de Chile tiene como fin, consagrado en su Constitución Política, el bien común.

Buscando definir el vocablo, el profesor Silva Bascuñan nos dice que “si es ‘bien’ lo que mueve el deseo de la voluntad en busca de su perfección, ‘bien común’ será aquel que contribuye a la perfección de todos y que, por tal motivo, ha de buscarse mediante el esfuerzo de todos”<sup>10</sup>

Así, las autoridades y órganos que ejercen las funciones de gobierno y administración del Estado, deben desarrollarlas en beneficio de todos. Entendiendo que la comunidad política es una necesidad natural del hombre, condición de su conservación, desenvolvimiento, y plenitud, el fin de esa convivencia política no puede ser otro que prestar las condiciones necesarias para que esa naturaleza humana se conserve, desenvuelva y alcance su plenitud.

Así, los elementos que constituyen la noción de bien común podrían sintetizarse en los siguientes:

- Tiene como base la dignidad de la persona humana, por lo tanto, el bien común comprende el mayor bienestar y realización de las personas sin exclusiones, “el bien común no es una cuestión de número, si se reconoce que todos los hombres tienen una misma dignidad y una naturaleza común, es necesario admitir también que las medidas que se adopten de acuerdo con su naturaleza debe beneficiar no sólo a un grupo o a la mitad más uno de los miembros de la comunidad, sino a todos y a cada uno de ellos.”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Alejandro Silva Bascuñan. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I, Principios. Ed, Jurídica de Chile, 1963. p. 124.

<sup>11</sup> Humberto Nogueira A.; Francisco Cumplido C. Derecho Político, Introducción a la Política y Teoría del Estado. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. Santiago, 1987. p. 129.

Al referirse a este tema, el profesor Silva Bascañan es más directo, al señalar que “el hombre no está autorizado, ni siquiera so pretexto de contribuir al bien general, a sacrificar nada de lo que se refiere a su dignidad.”<sup>12</sup>

Este elemento se encuentra expresamente consagrado en el artículo 1º de nuestra Constitución Política de la República.

- El bien común comprende los derechos que garantiza, o sea, no se puede decir que un Estado está encaminando sus acciones hacia su fin, el bien común, si no respeta los derechos que garantiza en su Carta Política Fundamental en virtud de la dignidad de los integrantes de la comunidad. “El bien común, por preeminente que sea, debe su preeminencia al hecho de que no sólo expresa, exterioriza o concreta, sino que garantiza verdaderamente los derechos fundamentales de la persona, y se mantiene, por tanto, como interior a éstos”<sup>13</sup>
- Sin embargo, el bien común no se confunde ni comprende al bien individual, aunque son interdependientes.

Así, el bien común no puede ser caracterizado como la suma de los bienes individuales, pues, algunos miembros de la comunidad podrían considerar como su mayor realización material y espiritual posible, la utilización de ciertos medios para la consecución de ciertos fines a los que la comunidad no adhiere, o incluso rechaza.

Por otra parte, claro está que no puede existir contradicción entre el bien común y el bien individual, sino más bien, como lo explica el profesor Silva Bascañan “debe observarse que aquél [el bien común] no puede llegar hasta el punto de tomar a su cargo la gestión del bien de cada persona o grupo, sustituyéndose a la

---

<sup>12</sup> Alejandro Silva Bascañan. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I, Principios. Ed, Jurídica de Chile, 1963. p. 126.

<sup>13</sup> Jean-Yves Calvez y Jaques Perrin, citado por Humberto Nogueira A.; Francisco Cumplido C. Derecho Político, Introducción a la Política y Teoría del Estado. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. Santiago, 1987. p. 127.

acción y esfuerzo de estos, sino que simplemente permitir y estimular sus iniciativas a fin de que se apliquen con mayor energía a sus especiales propósitos para su particular beneficio y consiguiente progreso colectivo.”<sup>14</sup> Aquella es la relación existente entre bien común y bien individual, el primero debe facilitar la consecución del segundo.

- También es indispensable señalar que la obtención del bien común requiere de orden, el que en la sociedad moderna se encuentra dado por el derecho, así, “el bien común es fin cuyo logro requiere orden precisamente porque... es indispensable promover y coordinar esfuerzos, herir intereses, refrenar apetitos, escoger los objetivos que reclama la necesidad y progreso de los componentes y encauzar hacia ellos la acción colectiva.”

“El bien común ha de obtenerse en la justicia, tanto conmutativa en el régimen de las relaciones intersubjetivas, como social para imponer sacrificios en aras de la utilidad general, y distributiva, en fin, con el afán de dar a cada sector lo que corresponda en los medios que dispone la colectividad”<sup>15</sup>

Para concluir, debemos señalar que, como se desprende de los elementos recién mencionados, determinar cual es en la práctica el bien que debe inspirar a un Estado en un momento determinado, habrá que atender a las circunstancias en que este se encuentre, y a la apreciación que de él hagan los miembros de aquella comunidad. “Es posible, y a cada instante la realidad lo confirma, que dentro de la sociedad surjan diversas ideas de bien común, diferentes inspiraciones que configuren otras tantas bases organizativas adecuadas a las metas concebidas, cada una a su turno inspirando sus propias reglas directivas.”<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Alejandro Silva Bascañán. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I, Principios. Ed, Jurídica de Chile, 1963. p. 126.

<sup>15</sup> Alejandro Silva Bascañán. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I, Principios. Ed, Jurídica de Chile, 1963. p. 127.

<sup>16</sup> Alejandro Silva Bascañán. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I, Principios. Ed, Jurídica de Chile, 1963.p. 127.

## **2.2.- Principios a los que debe observancia la Administración del Estado.**

El artículo 3° de la LOCBGAE, señala los principios a los que debe ceñirse toda la actividad de los órganos de la administración del Estado, que según lo que dispone el artículo 7° de la Constitución Política de la República, es aquella actividad realizada en el ámbito de su competencia y en ejercicio de sus potestades. Ahora bien, según lo ya expuesto, la Administración del Estado está constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

De este modo, y de manera meramente enunciativa, diremos que los principios rectores de la actividad pública de los órganos de la administración del Estado que esta ley establece son:

- Principio de responsabilidad;
- Principios de eficiencia y eficacia;
- Principio de unidad administrativa;
- Principio de oficialidad;
- Principio de impugnabilidad de los actos administrativos;
- Principio de control;
- Principio de probidad y
- Principio de transparencia.

Teniendo en cuenta que este trabajo se focaliza en los principios de eficiencia y eficacia administrativa, haremos una descripción y análisis de ellos, y dilucidaremos su relación con otros principios de derecho público. Además, debido a que estos principios no son mera literatura, sino que constituyen directrices obligatorias para la Administración del Estado, trataremos también, someramente, la responsabilidad del Estado, a través de la cual estos principios pueden hacerse exigibles por los particulares y cobrar vida.

### **3.- Los Principios de eficiencia y eficacia.**

El término eficacia ha sido definido por la Real Academia Española como la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. Así, la eficacia se relaciona con el logro intencionado, en tanto orientado a un fin predeterminado, de un resultado o consecuencia determinada por parte de una persona. De este modo, la expresión eficacia se refiere a las acciones que un sujeto realiza con el objetivo de cumplir con ciertas y determinadas metas propuestas, por lo tanto, trata sobre la capacidad de un sujeto para satisfacer una necesidad a través del suministro de bienes o servicios.

La eficiencia, por su parte, es la virtud y facultad para obtener un resultado determinado, centrándose no tanto en el resultado mismo, sino que en la aptitud o capacidad del agente para producirlo. “La eficiencia se vincula a la ‘productividad’ y atiende fundamentalmente a la consecución del máximo nivel de satisfacción posible a alcanzar con los recursos disponibles.”<sup>17</sup> La Real Academia Española la ha definido como la “capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”

En otras palabras, mientras la eficacia significa hacer las cosas bien, la eficiencia supone hacer bien las cosas, en tiempo y forma. Por ello, la profesora Gladys Camacho Cepeda asevera que “la eficiencia no se preocupa de los fines, sino de los medios, y por

---

<sup>17</sup> Claudio Moraga K. Principios con reconocimiento legal a que debe observancia la administración del Estado. Apuntes de clases (primer semestre 2002). p. 4.



su parte, el logro de los objetivos previstos no es competencia de la eficiencia sino de la eficacia.”<sup>18</sup>

Íntimamente relacionado con los principios de eficiencia y eficacia se encuentra el principio de economía, el que alude a la adecuada administración financiera de los recursos limitados con los que se cuenta, de manera de intentar que dichos recursos se aprovechen en un cien por ciento, o lo más cercano posible a eso.

De esta manera, los principios de eficiencia y eficacia denotan que la legitimidad de la actuación de los órganos públicos no sólo debe fundamentarse en la legalidad, sino que además en la forma y sentido como la Administración del Estado cumple las tareas públicas y de gobierno, es decir, se espera que el Estado, y particularmente la Administración pública, no sólo resuelva los problemas, sino que lo haga oportunamente y conforme a una racional utilización de los recursos, lo que supone, entre otros, mejorar la gestión pública, fomentar el desarrollo tecnológico, simplificar y dar rapidez a los trámites que ante ellos se realizan, mejorar el aprovechamiento de los medios disponibles, establecer procedimientos administrativos ágiles y expeditos, etcétera.

Según la profesora Camacho “los principios de eficacia y eficiencia administrativas se estatuyen positivamente como deberes de doble concreción: como deber jurídico de la Administración, en cuanto organización sustantivada; y como deber de las autoridades y funcionarios.”<sup>19</sup>

La única referencia constitucional al principio de eficiencia se encuentra en su Capítulo XIV, al disponer el artículo 115 inciso tercero, que la distribución de las Inversiones Sectoriales de Asignación Regional (ISAR) se deben hacer de acuerdo a los criterios de equidad y eficiencia. Por su parte, el artículo 14 de la Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, señala los

---

<sup>18</sup> Gladys Camacho Cepeda, citado por Claudio Moraga K.: Principios con reconocimiento legal a que debe observancia la administración del Estado. Apuntes de clases (primer semestre 2002). p. 4.

<sup>19</sup> Gladys Camacho Cepeda, citado por Claudio Moraga K.: Principios con reconocimiento legal a que debe observancia la administración del Estado. Apuntes de clases (primer semestre 2002). p. 4.

principios a los que deberán sujetarse los Gobiernos Regionales, estableciendo, al lado de la equidad, los principios de eficacia y eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos y en la prestación de servicios.

Así, a primera vista, pareciese que para estimar eficaz y eficiente el cumplimiento de las funciones públicas por parte de los órganos de la Administración del Estado, las herramientas con las que se ejecutan estas tareas también deberán serlo. En el entendido que el software es una herramienta para la ejecución de dichas funciones, éste debe ser también eficaz y eficiente.

### **3.1.- Ámbitos de operación de los principios de eficiencia y eficacia.**

Ahora bien, la norma establecida en el artículo 3° de la LOCBGAE, ya mencionada, debe entenderse referida a los principios de eficiencia y eficacia como deber jurídico de todos los órganos de la Administración del Estado, mientras que el artículo 5° inciso primero de la misma ley debe asociarse con estos principios como deber propio de las autoridades y funcionarios públicos, en cuanto señala que las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.

Como consecuencia de lo anterior, podemos decir ya con argumentos suficientes, y siguiendo al profesor Claudio Moraga Klenner<sup>20</sup>, que la eficiencia y eficacia se encuentran referidas a toda la actuación de la Administración del Estado, incluso a la actuación de sus autoridades y funcionarios, operando entonces en los siguientes ámbitos:

- Ámbito propio de cada actuación administrativa concreta, determinada por un fin específico y cumpliendo con el mandato fundamental del artículo 1° inciso tercero de la Constitución, esto es, orientada a procurar el bien común y encaminada a su efectiva realización;

---

<sup>20</sup> Ver: Claudio Moraga K.: Principios con reconocimiento legal a que debe observancia la administración del Estado. Apuntes de clases (primer semestre 2002). p. 4.

- **Ámbito** referido a la actividad de una organización administrativa en su conjunto, cuya función se encuentra delimitada por la suma de las competencias/potestades que le atribuye el ordenamiento jurídico vigente, y para demandar que la misma muestre como resultado el mejor cumplimiento posible de la función que a aquella organización le corresponda desempeñar como parte integrante del sistema administrativo; y
- **Ámbito** constituido por la actuación global de cada una de estas administraciones públicas (estatal, regionales y comunales), para buscar la más plena realización del bien común a través de dicha actuación administrativa, considerada en su conjunto.

### **3.2.- Vinculación de los principios de eficiencia y eficacia con otros principios de Derecho Público.**

Ahora bien, y siguiendo nuevamente al profesor Moraga, los principios de eficacia y eficiencia tienen su sustento en el principio de responsabilidad, el que será tratado más adelante, sin el cual se tratarían sólo de una manifestación de buenas intenciones. Además, los principios de eficiencia y eficacia “se encuentran vinculados necesariamente con los principios de coordinación, control y probidad,”<sup>21</sup> en los siguientes términos:

- Con el principio de coordinación, puesto que la eficiencia y eficacia suponen necesariamente la existencia de una coordinación administrativa para garantizar la unidad de acción de la Administración y excluir las duplicidades o interferencia de funciones, como está establecido en el artículo 5º inciso segundo de la LOCBGAE.
- Con el principio de control la relación se debe entender en el ámbito del control jerárquico que corresponde a las autoridades administrativas, dentro del ámbito de sus competencias. Esto no sólo se refiere a una Administración que actúe correcta y

---

<sup>21</sup> Claudio Moraga K.: Principios con reconocimiento legal a que debe observancia la administración del Estado. Apuntes de clases (primer semestre 2002). Pág. 4.

con respeto a las disposiciones legales, sino una Administración que responda con oportunidad al cumplimiento de sus fines para garantizar al ciudadano su derecho al libre desarrollo de su persona. “La misión institucional debe traducirse en metas y objetivos concretos susceptibles de medición o apreciación en cuanto a su logro u obtención (...) A su vez, los medios y recursos con que cuenta la Administración deben ser establecidos con claridad, coherencia y precisión por el Ordenamiento jurídico - público.”<sup>22</sup>

Si fuese de otro modo, no sería posible cumplir el deber establecido legalmente en el artículo 12 de la LOCBGAE, según el cual las autoridades y funcionarios deben velar permanentemente por el cumplimiento de los planes y la aplicación de las normas.

Ahora bien, el artículo 11 inciso segundo de la LOCBGAE, establece positivamente que el control administrativo interno jerárquico no sólo se refiere a la legalidad y oportunidad de las actuaciones de la Administración, sino que le corresponde extenderse a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos. Por su parte, el artículo 52 inciso segundo del D. L. N° 1.263 Orgánico de Administración Financiera del Estado, señala que la verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos, son funciones que competen primordialmente a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Poder Ejecutivo y no sólo a los órganos fiscalizadores, como por ejemplo la Contraloría General de la República.

- Respecto del principio de probidad, debe destacarse que la prevalencia del interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz, tal como lo señala el artículo 53 de la LOCBGAE.

---

<sup>22</sup> Claudio Moraga K.: Principios con reconocimiento legal a que debe observancia la administración del Estado. Apuntes de clases (primer semestre 2002). Pág. 4.

Si se produjese un incumplimiento de este deber jurídico, este podría ser tipificado como una violación al principio de probidad administrativa, ya que entre las conductas expresamente señaladas como contrarias a este principio por el artículo 62 N° 8 de la LOCBGAE se encuentra la contravención de los deberes de eficiencia y eficacia que rigen el desempeño de la función pública.

### **3.3.- La especial vinculación con el principio de responsabilidad del Estado.**

Podemos decir que este es el principio más importante en lo que se refiere a la actividad de los órganos de la Administración del Estado, ya que sin responsabilidad el resto de los principios y normas que los reconocen no tendrían un sustento donde materializarse, por ello, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado establece una garantía de protección a los administrados. Conceptualizando, el profesor Silva Cimma señala que “la responsabilidad es la carga con que se obliga a una persona para que asuma las consecuencias de su conducta y, aún en ciertas circunstancias, por la de terceros o por los hechos de sus cosas.”<sup>23</sup>

A nivel constitucional, la responsabilidad del Estado se encuentra regulada principalmente en los artículos 6°<sup>24</sup> inciso final, 7°<sup>25</sup> inciso final, 19 N° 7 letra i)<sup>26</sup>, 36<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Enrique Silva Cimma, citado por Claudio Moraga K.: Principios con reconocimiento legal a que debe observancia la administración del Estado. Apuntes de clases (primer semestre 2002). p. 1.

<sup>24</sup> “Art. 6°. C.P.R. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

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

<sup>25</sup> “Art. 7°. C.P.R. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.”

“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”

“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

<sup>26</sup> “Art. 19. C.P.R. La Constitución asegura a todas las personas:”

“7.º El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.”

“En consecuencia:”

“i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema

y 38 inciso segundo<sup>28</sup>. Por su parte, a nivel legislativo, la responsabilidad se encuentra consagrada principalmente en los artículos 4 y 42 de la LOCBGAE<sup>29</sup> y en el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades<sup>30</sup>.

El régimen de responsabilidad del Estado es una de las materias más controvertidas en el ámbito del Derecho Administrativo, existiendo opiniones doctrinarias diversas y muchas veces contrapuestas. Sin embargo, ellas pueden sintetizarse en dos grandes grupos: aquellos que defienden la responsabilidad objetiva del Estado y aquellos que estiman que la responsabilidad del Estado se basa en criterios subjetivos, en este caso, cuando se ha incurrido en falta de servicio. Esta controversia se produce debido a que ni la Constitución ni las leyes explicitan si el Estado debe responder basado en criterios objetivos o subjetivos.

Que en Chile el Estado es responsable por sus actos, y que dicha responsabilidad se basa en la legislación administrativa de Derecho Público es algo que ya se ha reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, descartándose la aplicación del régimen de responsabilidad que establece el Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil, salvo contadísimas excepciones.

---

declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia;”

<sup>27</sup> “Art. 36. C.P.R. Los Ministros serán responsables individualmente de los actos que firmaren y solidariamente de los que suscribieren o acordaren con los otros Ministros”

<sup>28</sup> “Art. 38. inc. 2º C.P.R. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”

<sup>29</sup> “Artículo 4º.- El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.”

“Artículo 42.- Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.”

“No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.”

<sup>30</sup> “Artículo 141.- Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.”

“No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.”

La doctrina según la cual el Estado responde cuando se ha producido una falta de servicio, liderada por el profesor Pedro Pierry Arrau, se basa principalmente en que el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política del Estado, considerado la piedra fundamental para quienes sostienen que en Chile existe un régimen de responsabilidad objetiva, no sería más que una norma de competencia. Así, “para Pierry, este artículo 38 inciso segundo no es un precepto sustantivo de responsabilidad del Estado sino que es una ‘norma de competencia’ para determinar el tribunal que debe conocer el contencioso – administrativo y no de una acción de responsabilidad. Según él, así se desprendería claramente de las Actas de Sesiones de la Nueva Constitución... y si con todo, se llegara a sostener que se trata de una acción de responsabilidad, no aparece en absoluto claro que se trate de una responsabilidad objetiva, sino todo lo contrario... De ello infiere Pierry que la responsabilidad del Estado es subjetiva porque ‘siempre se consideró que la responsabilidad del Estado únicamente podría verse comprometida en caso de una actuación antijurídica.’”<sup>31</sup> Por falta de servicio debemos entender el hecho de no haberse prestado el servicio debiendo haberse prestado, haberlo prestado mal o en forma tardía.

Por su parte, esta doctrina afirma que el artículo 4º de la LOCBGAE entiende la responsabilidad ligada al actuar ilícito o antijurídico del Estado, por lo tanto, sustentado en dolo o culpa de servicio. Basa su afirmación en el informe de la comisión redactora de dicha ley, el que dice "El artículo 3 (actual 4) del anteproyecto reproduce el principio de responsabilidad del Estado por los daños que los órganos de la Administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que hubiere causado el daño. En consecuencia, cabe aplicar aquí la regla general sobre indemnización por los daños que cause la Administración debiendo determinarse, en cada caso, por los tribunales competentes, si ella actuó con culpa o dolo”<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Fabián Andrés Huepe Artigas. Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa. Santiago – Chile. Instituto Chileno de Derecho Administrativo. 2004. p 71.

<sup>32</sup> Citado por Fabián Andrés Huepe Artigas. Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa. Santiago – Chile. Instituto Chileno de Derecho Administrativo. 2004. p 71.  
p 71.

En efecto, sería el artículo 42 de la LOCBGAE, donde se establecería expresamente la responsabilidad por falta de servicio, lo que trae aparejado un problema adicional, ya que el artículo 21 de la misma ley excluye de la aplicación de su Título II, donde se encuentra el artículo 42, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Salvo respecto de las Municipalidades, que tienen en el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, una norma particular redactada en los mismos términos que el artículo 42 de la LOCBGAE, Pierry afirma que a estos órganos de la Administración del Estado excluidos de la aplicación del artículo 42, deben aplicárseles las normas de Derecho Común para determinar su responsabilidad, en especial el artículo 2314 del Código Civil.

En la doctrina de la responsabilidad objetiva del Estado, por otra parte, sostenida por los Profesores Soto Kloss, Fiamma, Pantoja, Caldera, entre otros, se reconoce que el principio de responsabilidad tiene un carácter absoluto, esto es, toda actividad, hecho u omisión en el sector público que de lugar a un daño, produce responsabilidad, excepto si el daño se produce como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor.

El fundamento de esta doctrina está en la interpretación armónica de los artículos 6, 7 y 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República, entendiéndose además que en ninguna de aquellas normas se establece la necesidad de la concurrencia de elementos subjetivos de culpa o dolo de servicio para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por los daños producidos en el patrimonio de un particular, sino que bastaría sólo el daño y el nexo causal entre dicho daño y una actividad pública.

En este entendido, las normas de los artículos 4 y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sólo podrían interpretarse en el mismo sentido que la Constitución da al régimen de responsabilidad del Estado, esto es, como responsabilidad objetiva.

Esta doctrina considera que la Constitución Política de la República establece el principio de responsabilidad de los órganos del Estado por los daños que produzca en



su actividad en contra de una víctima que no se encuentra jurídicamente obligada a soportarlo, por lo tanto, si el daño se produce en el patrimonio de un tercero, debe responder el Estado, pero éste puede repetir contra el funcionario autor del daño; si el daño se causa por el funcionario en la propia Administración, la responsabilidad será personal de aquél, y si el daño es cometido por actos, hechos u omisiones imputables a un particular en perjuicio del Estado, éste debe perseguir las responsabilidades del tercero.

El profesor Pantoja, explicando esta doctrina ha dicho que “en verdad, cabe pensar que el artículo 44 [actual 42] es aplicación de la norma base establecida en el artículo 4º. No sería dable suponer, por una parte, que el legislador ha incorporado una regla de responsabilidad objetiva en una disposición y un precepto diferente en el artículo 44 [actual 42], debiendo existir entre las normas de una ley la debida correspondencia y armonía, y porque aceptar un punto de vista distinto del expresado, significaría, por la otra, afirmar la inconstitucionalidad del artículo 44 [actual 42], corolario que por su gravedad sólo es admisible alcanzar cuando se poseen irredargüibles piezas de convicción que lleven a sostener esa conclusión, lo que no sucede en este caso.”

“Por lo mismo, preciso es concluir que los artículos 4º y 44 [actual 42] de la LOCBGAE guardan entre sí la debida correspondencia y armonía, y que la solución de derecho que dan al tema de responsabilidad extracontractual del Estado Administración se basa en la teoría pública objetiva, que se configura por el daño causado por los organismos administrativos con su actuar lícito o ilícito, jurídico o de hecho, sin perjuicio de que tratándose de los órganos y organismos regidos por el ‘Título II – Normas Especiales’, haya de configurarse por el demandante la falta de servicio que le sirve de causa de pedir.”<sup>33</sup>

De esta manera, la responsabilidad del Estado se puede ver comprometida cualquiera que sea la actividad que desarrolla en el ejercicio de sus diversas funciones,

---

<sup>33</sup> Rolando Pantoja Bauzá, citado por Fabián Andrés Huepe Artigas. Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa. Santiago – Chile. Instituto Chileno de Derecho Administrativo. 2004. p 82.

sin perjuicio de la responsabilidad particular que pudiere alcanzar al funcionario agente de daño. Dicha responsabilidad se asienta, además, en el principio según el cual nadie puede ser privado de lo suyo, es decir, menoscabado en sus situaciones jurídicas subjetivas, o perturbado en sus condiciones normales de existencia, sino en la medida que la propia Constitución haya contemplado esa posibilidad, y en las condiciones que ella ha arbitrado al efecto.

El artículo 6° de la Constitución Política de la República establece que la infracción a la obligación de los órganos del Estado de someter su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

En el entendido que la obligación del Estado de actuar con respeto a los principios de eficiencia y eficacia está establecida en una ley dictada conforme a la Constitución, su actuación ineficaz e ineficiente que produzca daño en el patrimonio de un tercero genera la obligación de responder. Si se adhiere a la teoría de la responsabilidad objetiva, no cabría duda que, salvo caso fortuito o fuerza mayor, el Estado debe responder, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el funcionario; y si, por su parte, se adhiere a la teoría de la responsabilidad por falta de servicio, los daños que se produzcan en circunstancias de desoírse los principios de eficiencia y eficacia configuran claramente una falta de servicio.