

Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo aborda la problemática que ha suscitado la “responsabilidad extracontractual del Estado”. Se analiza en él la posición que sustentan quienes afirman que nuestra Constitución contendría normas que permiten configurar un estatuto constitucional –ius publicista– sobre la materia, configurándose una responsabilidad que operaría de pleno derecho, *ab initio*, objetiva, de causalidad material e imprescriptible. Desechada esta posibilidad, se analizan las disposiciones que habitualmente se invocan para conformar, esta vez desde una perspectiva legal, dicho estatuto especial de carácter público. Desestimadas ambas alternativas y admitiendo que esta responsabilidad se encuentra asimilada a las normas sobre responsabilidad extracontractual contempladas en el derecho común (Título del Libro IV del Código Civil sobre delitos y cuasidelitos), se estudian los aspectos o especificidades que le dan a este tipo de responsabilidad una fisonomía propia, siempre dentro del marco regulatorio impuesto por el derecho común. A este respecto se enuncian, como elementos distintivos, el hecho de que se trate de una “responsabilidad directa” del Estado (ajena a la responsabilidad vicaria consignada en la ley común); que se contemple la “falta de servicio”, que opera como presunción de culpa del Estado, descargando a la víctima de la obligación de probar dolo o negligencia de los agentes de la Administración; la circunstancia de que esta responsabilidad tenga un “doble origen”, pudiendo provenir de la “falta de servicio” de la Administración y/o de la “falta personal” de sus agentes o funcionarios públicos, haciendo posible, gracias a la confluencia de ambas, configurar una obligación solidaria conforme las reglas generales derecho; la exigencia de acreditar una “relación causal normativa” y no material en uno y otros caso; y el “derecho de reembolso” que puede ejercer el Estado para resarcirse de los pagos realizados cuando está individualizado el autor del daño y establecido el factor de atribución (culpa o dolo) que configura el ilícito. Se estudia, enseguida, la actividad material y la actividad jurídica del Estado; la prescripción extintiva de esta responsabilidad; la jurisprudencia reciente de nuestros tribunales sobre la prescripción, la “falta de servicio”, y el carácter directo de la responsabilidad en lo que concierne al Estado. Concluye este trabajo con un capítulo de conclusiones a modo de resumen.

La responsabilidad extracontractual del Estado es un tema de constante discusión en los últimos años. En especial a partir de la reforma constitucional de 1989, que modificó el inciso segundo al artículo 38 de la Carta Fundamental, se ha sostenido, por cierta doctrina, la existencia de un estatuto especial sobre este tipo de responsabilidad, a la cual se atribuye un carácter objetivo, origen de acciones imprescriptibles y en que la relación causal es meramente material y no consecuencia de un juicio normativo. La cuestión, entonces, reviste una importancia muy singular y, por cierto, amplía desmesuradamente, a nuestro juicio, el ámbito de responsabilidad del Estado. No puede negarse, por otra parte, que esta materia acusa aspectos específicos que surgen de un análisis comparativo con la responsabilidad consagrada en el derecho común. El presente trabajo, a partir de estas premisas, se propone responder la pregunta de si es efectivo que coexisten dos sistemas diferentes de responsabilidad extracontractual –el propiciado por los juspublicistas y basado principalmente en normas de rango constitucional, y el consagrado por el derecho común y basado en las disposiciones del Código Civil– o, bien, si estas diferencias no representan más que aspectos secundarios, insuficientes para configurar estatutos diferentes y, aun, opuestos de responsabilidad. Cabe observar que la jurisprudencia ha sido vacilante y está muy lejos, todavía, de esclarecer este dilema.

I. Carácter constitucional del estatuto jurídico aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado

La mayor parte de las discrepancias entre los autores surge a propósito de la determinación del estatuto jurídico aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado. Una corriente ha sostenido, a este respecto, que es aplicable en la especie un *“estatuto constitucional”*, ajeno absolutamente a la concepción civilista, el cual se fundaría en disposiciones de la Carta Política que tratarían derechamente sobre esta situación. Otra corriente afirma que se aplica a este tipo de responsabilidad el derecho común, vale decir, las normas contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, que contiene, precisamente, la regulación de la responsabilidad por el hecho ilícito.

Comencemos por destacar que los principios y mandatos de la Constitución –como norma suprema del ordenamiento jurídico– se desarrollan a través de las leyes y que son éstas las que sirven de fundamento a las reglas particulares y concretas (sentencia, resolución administrativa, actos y contratos y mandatos que el mismo imperado se da para cumplir espontáneamente lo ordenado en la norma). Es cierto que en el día de hoy se admite que, muy excepcionalmente, puede un tribunal ordinario aplicar directamente la Constitución en el ejercicio de la jurisdicción (cuestión habitual en el derecho anglosajón). Pero, entre nosotros, aquello rompe la estructura del sistema jurídico y arrebató a la potestad legislativa atribuciones que le son propias y excluyentes. Lo normal,

entonces, es admitir que, si bien la Constitución puede aplicarse en casos muy excepcionales a la solución de conflictos que nacen de las relaciones intersubjetivas, ella apunta su mandato a los órganos y poderes públicos.

Ahora bien, para fijar un límite a la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, en lo tocante al Estado, se distinguió originalmente entre **“actos de autoridad”** y **“actos de gestión”**. Al decir de un autor, *“En una primera etapa, particularmente en Francia, el elemento que se esgrimió para determinar el límite entre la jurisdicción común y la jurisdicción administrativa fue la diferencia teórica que se hizo entre los actos de autoridad y los actos de gestión. En los primeros, la Administración actúa en el ejercicio de una prerrogativa pública, por la vía del mando, imponiendo su voluntad a los administrados, como acto de autoridad, rigiéndose por su especial naturaleza por el Derecho Público Administrativo. Este tipo de actos escapa a la posibilidad de ser impugnados por los particulares en un juicio ante la justicia ordinaria y sólo podían ser revisados en un proceso ante la justicia administrativa, dependiente de la misma Administración. Los actos de gestión, en cambio, sí son impugnables, y sobre todo es posible condenar a la Administración en un proceso ante los Tribunales ordinarios de justicia cuando se trate de actos de carácter patrimonial. En ellos, la Administración Pública está actuando como gestor de un patrimonio y para ello realiza una serie de actos en los que se comporta de modo similar a los particulares, siendo su regulación la del derecho civil o común”*¹. Tal como reconoce el autor citado, la importancia de esta doctrina se fundaba en el reconocimiento de que el Estado se hallaba dotado de una personalidad *dual*, pública y privada, siendo irresponsable en ejercicio de la primera y responsable en el ejercicio de la segunda. Mundaca Assmussen (autor citado) agrega que *“Este elemento de distinción fue ampliamente superado por la doctrina europea aun antes de que se comenzara a aplicar en Chile, debido a que resultaba muy difícil, en aquel entonces y con mayor razón en la actualidad, efectuar una separación clara entre estos dos tipos de actos”*². En síntesis, la distinción mencionada no pasa de ser un primer intento por reconocer la responsabilidad extracontractual del Estado, pero debemos admitir que ella, en medida nada desdeñable, plantea el doble rol del Estado: cuando actúa como soberano –generando una relación jurídica de subordinación– y cuando actúa como sujeto de derecho común –generando una relación de coordinación–. Fundada en esta diferencia se ha propuesto uno de los “criterios de distinción” más convincentes entre derecho público y derecho privado, materia que excede con creces los fines de este trabajo.

A esta altura conviene preguntarse si las normas que habitualmente se citan para configurar un estatuto jurídico de carácter constitucional que regule

¹ Hans Mundaca Assmussen. *Responsabilidad del Estado por falta de servicio*. Editorial Libromar Ltda. Año 2001. Valparaíso, Chile, p. 49.

² Hans Muncada Assmussen. *Ob. cit.*, p. 51.

la responsabilidad extracontractual, efectivamente permiten sostener esta conclusión. Analicemos, entonces, lo previsto en los artículos 6° inciso 3°, 7° inciso 3° y 38 inciso 2° de la Constitución y los artículos 2°, 4° y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Si se admitiese que efectivamente existe un estatuto especial que regula la responsabilidad extracontractual del Estado, se atribuiría a ésta, a lo menos, tres características especiales: sería **objetiva** (vale decir no requiere de un factor de imputación); sería **imprescriptible** (puesto que la Constitución no establece un plazo de prescripción extintiva); y de **causalidad material** y no normativa. Como resulta evidente, el Estado respondería, casi sin límite, de los daños que causa su actividad. Agréguese a lo anterior el hecho de que, en gran parte de los casos, el factor de imputación propio del ilícito civil sería sustituido por la “*falta de servicio*” por parte del Estado o de sus órganos.

Principiemos por analizar el **artículo 6° inciso 3°** de la Carta Fundamental. Esta disposición enuncia, en su inciso 1°, el llamado principio de juridicidad, conforme al cual “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional*”. Lo que este mandato expresa respecto de los órganos del Estado es también aplicable a los particulares, ya que todos, sin excepción, estamos sujetos a lo que ordenan la Constitución y las leyes, salvo, por cierto, al deber explícito de garantizar el orden institucional de la República. En inciso 2° expresa que “*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”. Lo anterior confirma que los órganos del Estado, sus titulares, sus integrantes y las personas en general están sometidos a lo ordenado en la Constitución, no existiendo diferencia entre ellos. Finalmente, el inciso 3° del mismo artículo 6° culmina señalando: “***La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley***”. O sea, las consecuencias que se siguen para los órganos públicos, sus integrantes, titulares y para las personas comunes por la violación de las normas jurídicas, son aquella contenidas en la ley. De lo dicho se infiere que la Constitución se remite expresamente a la ley en lo tocante a la responsabilidad y que es ella la encargada por el Constituyente de consagrar un sistema sancionatorio. ¿Puede invocarse el artículo 6° de la Carta Política para sostener la existencia de un estatuto especial de responsabilidad tratándose de los órganos del Estado? Creemos, francamente, que ello implica, al menos en lo que concierne a esta sola disposición, una contradicción evidente con la letra de un mandato expreso, que alude de la misma manera a los órganos del Estado como a todas las personas, instituciones o grupos. Lo que cabe destacar en este mandato, al igual que en otros que se analizarán más adelante, es el hecho de que la responsabilidad que genera la infracción de la norma se remite a la ley. Este es un aserto relevante, porque el Constituyente entendió que el “sistema de responsabilidad” (sus titulares, requisitos, efectos, modo de hacerla valer, extinción, etcétera) es una materia de dominio legal que escapa de la

reglamentación constitucional. Esta remisión debe relacionarse con lo prevenido en el artículo 63 N°2 de la Carta Política, conforme el cual son materias de ley aquellas que la Constitución exija que sean reguladas por este medio.

El **artículo 7°** de la Constitución desarrolla, todavía más, el llamado principio de legalidad, al someter a los órganos del Estado al ordenamiento jurídico, al limitar la autoridad y derechos de toda magistratura sólo a aquello que se le haya confiado expresamente en virtud de la Constitución y las leyes, y al disponer que ***“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señala”***. Vuelve el Constituyente a remitirse a la ley como instrumento llamado a consagrar el sistema de responsabilidades que corresponda. ¿Permite este mandato afirmar que la responsabilidad que deriva de la infracción de esta disposición está sujeta a un estatuto constitucional absolutamente diverso del estatuto de derecho común? Nótese que, invariablemente, la propia Constitución, al referirse en ciertas materias a las responsabilidades que se generan por la infracción de sus normas, envía la competencia al imperio legal. Por consiguiente, si existiere un estatuto jurídico especial sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, éste debería hallarse en leyes especiales, puesto que nada expresa al respecto el texto constitucional. Lo anterior se refuerza si se considera que algunas leyes contienen normas especiales, pero sólo aplicables a ciertas áreas de la actividad social, sin alcance general. No menos sorprendente resulta la incongruencia de sostener la existencia de un estatuto constitucional sobre una materia que la misma Constitución remite a la regulación legal.

Finalmente, quienes sostienen la existencia de un estatuto especial de rango constitucional en relación a la responsabilidad del Estado que nace de un ilícito civil, invocan lo dispuesto en el **artículo 38 inciso 2°** de la Carta Fundamental. Esta norma fue introducida en la reforma constitucional del año 1989 y tuvo por objeto dar competencia a los tribunales ordinarios para conocer del llamado “contencioso administrativo” que, hasta entonces, estaba reservado a tribunales especiales que no habían sido instalados. Su texto –luego de disponer que una ley orgánica constitucional determinaría la organización básica de la Administración Pública, garantizaría la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesionales en que ella debe fundarse, asegurando, asimismo, la igualdad de oportunidad de ingreso a ella, como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes– expresa lo siguiente: *“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”*. Como puede comprobarse, tampoco esta norma establece un régimen de responsabilidad extracontractual especial respecto de la Administración, ni alude a un estatuto diferente del consagrado en el derecho común. Por consiguiente, parece evidente que el inciso 2° del artículo

38 es una *norma de competencia*, absolutamente ajena a la consagración de un régimen especial de responsabilidad extracontractual del Estado. Surge de la interpretación de esta norma otra contradicción.

En efecto, cabe observar que pocos parecen reparar en el hecho que la disposición invocada hace alusión a la "*persona lesionada en sus derechos*", lo cual supone la afectación de un derecho subjetivo³. Sin embargo, entendemos que la responsabilidad extracontractual consagrada en el derecho común (civil) alcanza a la *lesión de un mero interés legítimo*, aun en el supuesto de que éste no se halle protegido por el derecho positivo (caso en el cual se transforma en derecho subjetivo). De aquí que hayamos sostenido "*que el daño, como elemento constitutivo de un ilícito civil, consiste en la lesión, menoscabo, pérdida, perturbación o molestia de un interés, así éste se halle o no constituido en derecho, siempre que el mismo, en este último evento, esté legitimado por el ordenamiento jurídico*"⁴. En el mismo sentido se pronuncia José Luis Diez Schwerter, quien concibe el daño, como elemento de la responsabilidad extracontractual, "*como todo menoscabo, detrimento, lesión, molestia o perturbación a un simple interés del que sea titular una persona o la situación de hecho en que ésta se encuentre. Criterio concordante con el sentir de Peirano Facio, para quien daño simplemente es 'la diferencia, perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo'*"⁵. De la sola lectura del artículo 38 inciso 2° de la Constitución, se sigue que la responsabilidad extracontractual del Estado estaría limitada a la lesión de un derecho y no alcanza a la lesión de un simple interés, razón por la cual su ámbito de aplicación es más limitado que el establecido en el derecho común. Lo anterior se estima justo, porque el Estado, al aplicar las políticas públicas, lesiona muchos intereses ante la necesidad de seleccionar aquellos que deben ser amparados y convertidos en derechos subjetivos. La cuestión que comentamos es compleja y merecerá en el futuro una mayor profundización. Por el momento dejemos planteado el problema y la circunstancia de limitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, en desmedro del dañado.

La única norma que derechamente entra a la determinación de la responsabilidad del Estado con un signo propio, está contemplada en el **artículo 19 N° 7 letra i)** del texto constitucional. Se trata de la regulación del "derecho a la libertad y la seguridad individual", materia especialmente sensible en un

³ Entre los autores que se pronuncian al respecto cabe señalar a Hans Mundaca Assmussen, quien señala a este respecto: "Enfrentado derechamente el tema, podemos afirmar que la responsabilidad de la Administración es por **lesión a los derechos**, ellos conforme a su tenor literal, lo que importa, entonces, admitir un sentido jurídico al concepto de daño, es decir, restringiendo, de manera que no toda afectación por parte de la Administración ha de ser indemnizada, sino sólo la que suponga una lesión a un derecho del particular". Ob. cit., p. 66.

⁴ Esta cita corresponde a nuestro libro *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1999. Primera Edición, p. 259.

⁵ José Luis Diez Schwerter. *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1998, p. 24.

régimen democrático. Dicha disposición reza como sigue: *“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 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”*. La norma transcrita se funda en una sentencia o resolución *“injustificadamente errónea o arbitraria”*, lo cual obliga a preguntarse si ello implica una categoría especial de culpa y, en tal caso, si dicha categoría tiene un alcance general en lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado o debe limitarse a lo preceptuado en la Constitución, esto es, al caso específico de un sobreseimiento o absolución derivado de un procesamiento (hoy día formalización) o condena injustificadamente errónea o arbitrario. A nuestro juicio, la mención de una resolución o condena de esta naturaleza no importa la introducción de una nueva categoría de culpa. Se trata, simplemente, de la culpa propia del ilícito civil, vale decir, de la falta de diligencia y cuidado que, conforme los estándares generales, es exigible, en este supuesto, a quienes ejercen la jurisdicción (jueces y ministros de Corte). Por lo tanto, lo *“injustificadamente erróneo o arbitrario”* corresponde a la negligencia, imprudencia e impericia con que un magistrado judicial ejerce sus funciones. No se trata, entonces, de un tipo diferente de culpa ni del agravamiento de la misma, como pudiera pensarse. Nótese que la particularidad de esta norma se hallaría en el adjetivo calificativo *“injustificado”*. Conforme los estándares generales de diligencia y cuidado aplicables a los jueces, se excluye de su parte la comisión de errores que no puedan explicarse razonablemente ni muchos menos un proceder caprichoso y carente de juicio y equilibrio. En el supuesto de que se pretendiera dar a esta categoría (*“injustificadamente errónea o arbitraria”*) un sentido diferente del que corresponde a la culpa extracontractual, tampoco es posible, creemos nosotros, extrapolarla a otras situaciones, puesto que la norma constitucional que comentamos es excepcional, está referida a una hipótesis singular que describe el comportamiento de quienes por su experticia y capacidad son titulares de una potestad pública, y a un hecho de especial proyección en el funcionamiento de la judicatura. Por ende, el artículo 19 N° 7 letra i) de la Ley Suprema no permite deducir la existencia de un estatuto especial de rango constitucional sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Si el constituyente estimó conveniente reglamentar la responsabilidad derivada del ejercicio de la jurisdicción –sin perjuicios de los delitos asociados a ella– dándole un alcance subjetivo y aludiendo a la culpa del autor del daño, no resulta razonable sostener que la regla general es diferente y más estricta o que está sujeta a un estatuto especial que no se señala sino que se deduce. En otras palabras, si el Constituyente se abocó a la regulación de una situación específica en que está comprometida la responsabilidad del Estado, dándole un tratamiento especial, ello revela que en los demás casos deben aplicarse las normas del derecho común si, como está demostrado, se omitió a su respecto toda otra reglamentación.

No piensa lo mismo Eduardo Soto Kloss, para quien *“Respecto de la responsabilidad del Estado por el llamado **error judicial y en materia penal**, el constituyente ha estimado del caso arbitrar un régimen jurídico específico (artículo 19 N° 7 letra i) y particular, que obviamente no excluye el régimen general respecto a los daños que la actividad jurisdiccional produzca al realizarse, incluido el ocasionado por el denominado ‘error judicial’, si se estimare éste menos eficaz”*⁶.

De lo invocado en lo precedente, se sigue que la Constitución no contiene reglas especiales sobre la responsabilidad extracontractual del Estado y que, claramente, se remite a la ley toda vez que se alude a ella o a sus funcionarios. Carece de asidero, entonces, la pretensión de construir un estatuto constitucional sobre este tipo de responsabilidad basado en el texto de la Carta Política. Invariablemente, los artículos 6° inciso 3°, 7° inciso 3°, 38 inciso 2° y 19 N° 7 letra i), aluden, directa o indirectamente, a la ley en lo relativo a esta materia (responsabilidad), no dejando margen a la idea de configurar una normativa especial nacida al amparo de tan alto rango.

Nuestra primera conclusión, en consecuencia, podría sintetizarse diciendo que **la Constitución no contiene un estatuto especial sobre la responsabilidad extracontractual del Estado y que ella, por mandato expreso del propio constituyente, debe estar reglamentada en la ley**⁷.

Cabe destacar la posición opuesta a nuestra conclusión del profesor Eduardo Soto Kloss. Su planteamiento consiste en una construcción jurídica unitaria, fundada en varias disposiciones de carácter constitucional de las cuales se *deduce*, según él, un estatuto especial del mismo rango, sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Luego de examinar los artículos 4°, 5° inciso 2°, 1° inciso 4°, 6°, 7°, 19 N°s. 2, 20, 21 y 24, concluye diciendo: *“Ahora bien, todo daño, cualquiera que sea el órgano del Estado que lo haya producido, ocasionado o provocado, y cualquiera sea la naturaleza del daño, significa o es un **detrimiento** de la esfera jurídica de un sujeto, sea éste natural o jurídico; es decir un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión de lo suyo, y veíamos que la*

⁶ Eduardo Soto Kloss. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo II. Principio de Juridicidad. Editorial Jurídica de Chile. Año 1996, p. 297.

⁷ En el mismo sentido se pronuncia Hernán Corral Talciani en su artículo “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen constitucional o régimen civil?” Cuadernos de Extensión Jurídica N°7, Universidad de Los Andes. Año 2003. Capítulo III., p. 29. A este respecto dice: “...el Constituyente ha sido cuidadoso en señalar que la contravención al principio de juridicidad no da lugar a una responsabilidad en particular (política, penal, disciplinaria, civil) sino aquellas que la ley determine o señale. Si el mismo texto constitucional comete al legislador el señalar cuándo y cómo se generará la responsabilidad civil en estos casos, ¿con cuánta mayor razón no habrá que convenir que la regulación específica de esa responsabilidad es también materia de ley?”. El mismo trabajo cita, como respaldo jurisprudencial a este planteamiento, la sentencia de la Corte Suprema de 20 de abril de 2003, publicada en la Gaceta Jurídica N° 274, p. 59, según la cual “...si bien los aludidos preceptos constitucionales reconocen el principio de responsabilidad del Estado, de modo alguno establecen cuál es la naturaleza de esa responsabilidad, remitiendo a la ley su determinación”.

*Constitución establece –y como una de las bases fundamentales del ordenamiento constitucional– el que ‘nadie puede, en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio’ sino en los casos que ella misma dispone y en la forma, condiciones y requisitos que al efecto determina. Un daño producido, pues, por la actividad de los órganos del Estado –cualquiera sea– y que no esté cubierto por la preceptiva constitucional, esto es, porque no es de los casos en que la Constitución se coloca, genera responsabilidad –por significar una infracción a la Constitución– y, en consecuencia, debe ser indemnizado total e íntegramente, a fin de restituir a la víctima en la situación que se encontraba antes de sufrir ese daño antijurídico, daño que no estaba jurídicamente obligada a soportar”⁸. Al analizar las características de la responsabilidad del Estado, el autor citado pone especial acento en el hecho de que se trata de una *responsabilidad constitucional*, basada en la supremacía constitucional, opuesta, absolutamente, a la *responsabilidad civil*. El esfuerzo de Eduardo Soto Kloss apunta, como puede constatarse, a la deducción o desprendimiento, por la vía interpretativa, de un estatuto jurídico especial, de la más elevada jerarquía, que se caracterizaría por tratarse de la *responsabilidad de una persona jurídica* (el Estado) y no de una persona natural, siendo, por lo mismo, inaplicable la estructura subjetiva de la responsabilidad civil construida sobre a base de la culpa y el dolo (factores de imputación); de *naturaleza objetiva*, ante la imposibilidad técnica de estructurarla sobre la base del dolo o la culpa; fundada en la *causalidad material; directa*, ya que no emana del hecho de un tercero; *regida por el derecho público*, llamado a regular la actividad del Estado en función del bien común; e *integral*, en cuanto propone la reparación de todo daño causado.*

Creemos que las conclusiones antes descritas no pueden desprenderse de una serie de artículos y disposiciones constitucionales llamados a ser desarrollados y ejecutados a través de la potestad legislativa, como, por lo demás, se halla dispuesto en la mayor parte de las disposiciones invocadas. El acento que se pone en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental nos parece excesivo, ya que la expropiación no es más que un causa legítima de transferencia forzosa al Estado del dominio de un bien, en razón de utilidad pública o interés nacional calificada por el legislador (la ley), previo pago de la correspondiente indemnización. Asimismo, es la ley la llamada a establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social del dominio. Si la Administración responde ante quien sufre un daño, ello es consecuencia de un acto antijurídico, contrario a derecho, que, a juicio nuestro, corresponde al incumplimiento de una obligación preexistente. Tratándose de una limitación impuesta en la ley al dominio, ni el afectado pierde sus derechos, ni es objeto de un acto antijurídico, puesto que la limitación al dominio corresponde a un actuar legítimo de la autoridad. Como se verá más adelante, en este supuesto, la jurisprudencia

⁸ Eduardo Soto Kloss. Ob. cit., p. 299.

ha reconocido el derecho a ser indemnizado de los perjuicios efectivos que se siguen de la imposición de una limitación al derecho de propiedad.

Por otra parte, un estatuto sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, creemos nosotros, no puede tener su origen en una deducción interpretativa. Si el constituyente hubiere pretendido generar un sistema de responsabilidad constitucional respecto del Estado, lo habría manifestado claramente o hubiere arbitrado las medidas para alcanzarlo sin reiterar su remisión al imperio legal. La circunstancia de que la Constitución no contenga un estatuto sobre la responsabilidad extracontractual del Estado no autoriza al intérprete a construirlo recurriendo a un recurso interpretativo, tanto más cuanto que ello es un claro índice de que en esta materia la Carta Política se remite a la regulación legal. Las normas del Código Civil, como tantas veces se ha destacado, tienen un carácter general y supletorio, que permiten aplicarlas en todos aquellos casos en que existe una laguna legal o, como en este caso, una remisión expresa del constituyente a la ley.

Raúl Letelier Wartenberg ha señalado que la doctrina que objetamos sobre la responsabilidad estatal *"conllevaría una suerte de carga de legalidad, basada en el principio de supremacía constitucional, y en virtud de ella es que se pretende dar a la acción estatal una regulación indemnizatoria distinta"*. Agrega, acto seguido, que *"Sin embargo, esta opinión parece olvidar que la supremacía constitucional, más que una carga estatal, es carga general del sistema jurídico, y que sólo forzosamente puede asignársele en forma única y exclusiva al Estado. Como ya mencionamos, el art. 7° inciso 2° de la CPR establece que 'ninguna persona ni grupo de personas' 'puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes'. La legalidad es entonces carga general, y por ende todo el que la infrinja, sea particular, sea un órgano estatal, debe responder"⁹. La responsabilidad derivada de una carga general de legalidad, que pesa por igual sobre las personas jurídicas y naturales, como lo previene expresamente el artículo 6° de la Constitución, no permite deducir la existencia de estatuto especial de tan diversa índole sobre la responsabilidad de los particulares y la responsabilidad del Estado.*

II. ¿Existe un estatuto legal especial sobre la responsabilidad extracontractual del Estado?

De lo que llevamos expuesto se sigue la necesidad de indagar si existe un estatuto legal sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto

⁹ Raúl Letelier Wartenberg. "Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado". Artículo publicado en *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Editorial Metropolitana. Año 2009, pp. 188 y 189.

que la Constitución, en esta materia, contiene una remisión expresa al imperio de la ley. Sobre este punto deben analizarse, a lo menos, dos leyes de particular importancia: la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

La primera contempla tres disposiciones íntimamente relacionadas con esta materia: los artículos 2°, 4° y 42.

El artículo 2° de la Ley N°18.575 reproduce en parte los artículos 6° y 7° de la propia Constitución, al prescribir que: *“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”*. Nótese que esta norma debe entenderse en el sentido que la responsabilidad del Estado se hace valer por las *“acciones y los recursos correspondientes”*. Forzoso es reconocer, entonces, que no hay mandato alguno que permita dar a la responsabilidad del Estado un tratamiento especial diferente del que emana del derecho común.

El artículo 4° de la Ley N°18.575 trata directamente sobre la responsabilidad del Estado, al manifestar que *“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 pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”*. El principio que, a nuestro juicio, se consagra en este artículo podría expresarse diciendo que el Estado responde de los daños que *“causen”* sus órganos, vale decir, aquellos daños que sean provocados por hecho o culpa de dichos órganos, lo cual excluye una supuesta *“responsabilidad objetiva”*. Explicaremos más adelante que puede imputarse un factor de atribución (culpa o dolo) a una persona jurídica, la cual se hace valer a través de sus personeros, esto es, de las personas que la representan. De lo anterior se sigue, además, que la relación de causalidad es requisito esencial de la responsabilidad, ya que el daño debe provenir, necesariamente, de lo obrado (activa o pasivamente) por los órganos del Estado. Desde otro punto de vista, es bien obvio que el Estado responde por la conducta de sus funcionarios en el ejercicio impropio de sus actividades como tales, cuestión que se desprende de la regla general de que las personas jurídicas responden por los daños causados por sus dependientes en el ejercicio de sus respectivas funciones (principio recogido especialmente en el artículo 2322 del Código Civil). Lo que señalamos queda de manifiesto si se considera que la responsabilidad del Estado convive y parece ser la misma que pesa sobre el funcionario causante directo del daño, según se desprende del tenor literal de la norma que analizamos. Lejos de invocarse esta disposición como fundamento de un tipo

de responsabilidad especial, ella más bien sirve para demostrar lo contrario, puesto que la responsabilidad de los órganos del Estado se concibe unida y "sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado" (los daños).

Con todo, el mayor énfasis se ha puesto siempre en el actual artículo 42 de la Ley N° 18.575, cuyo tenor es el siguiente: "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". Se trata, a nuestro juicio, de un tipo de responsabilidad derivada de una causa precisa: la **falta de servicio**, concepto que se extrae del llamado "**principio de servicialidad**", consagrado en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución, según el cual "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 cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". En verdad, no se advierte, en esta disposición, ningún elemento que permita sostener la existencia de un régimen jurídico especial aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado. Lo que sí está presente es una referencia al deber de servicialidad del Estado, recogido en el citado artículo 1° de la Carta Política, describiéndose, para estos efectos, una obligación específica que, por cierto, debe hallarse impuesta expresamente y que en nada contradice el estatuto general de la responsabilidad extracontractual contenido en la legislación común. A propósito de esta disposición, debe reconocerse que el artículo 42 de la Ley N° 18.575 incorpora un concepto jurídico que, como lo analizaremos más adelante, trasciende todo lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado, al invocarse "**la falta de servicio**". Este concepto, creemos nosotros, ha sido, en general, mal interpretado, aun cuando su sentido resulta perfectamente claro, como comentaremos en lo que sigue.

Sobre la historia fidedigna del establecimiento de los artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575, se ha destacado la ausencia de antecedentes que permitan indagarla con precisión. A este respecto Pedro Pierry escribe lo siguiente: "Es necesario resaltar, en los términos más categóricos, cuál fue la intención de los redactores de la norma, para poder darle un sentido armónico, y para ello nada más ilustrativo que recurrir a la única fuente de la historia de la ley, que es el informe por el que la Comisión remitió el proyecto al Presidente de la República, mencionado anteriormente. En dicho informe página nueve se expresa: 'El artículo 3 (actual artículo 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 dolo o culpa*¹⁰.

Por último, entre las leyes en que se funda un régimen especial de responsabilidad del Estado, se cita el artículo 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto reza como sigue: *“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 hubiera incurrido en falta personal”*. Nótese que esta norma menciona un principio general, al declarar que las municipalidades responden por los daños que causen –lo cual implica extender a estos entes públicos un deber que pesa sobre cualquier persona en la vida social–, haciendo hincapié en que dicha responsabilidad se extiende a la *“falta de servicio”*. Al recalcar el derecho de las municipalidades a repetir en contra del funcionario que *“incurre en falta personal”*, reafirma que la responsabilidad es subjetiva, puesto que ella está fundada en una *“falta”*, lo que hace suponer un acto negligente, imprudente o inexperto, conductas todas típicas de la culpa civil. El artículo 142 de la Ley de Municipalidades no es más que la reiteración de los artículos 42 de la Ley N°18.575 Sobre Bases Generales de la Administración del Estado y el artículo 38 inciso 2° de la Carta Constitucional. Siempre se reconoce al Estado el derecho de perseguir el resarcimiento por parte del funcionario o agente que causa el daño, lo cual demuestra que tras la responsabilidad del Estado subyace siempre un acto ilícito que, a falta de norma que lo regule especialmente, está sometido al imperio del derecho común.

Como puede observarse, carece de todo asidero la existencia de un estatuto legal especial de carácter público que regule la responsabilidad extracontractual del Estado, como equivocadamente se ha pregonado. En esta materia no visualizamos una diferencia entre la responsabilidad regulada en el Título XXXV del Libro 4° del Código Civil y la que cabe a los entes públicos cuando sus agentes o funcionarios causan daño por un hecho doloso o culpable.

Cabe preguntarse: ¿por qué razón puede sostenerse la aplicación del estatuto común de responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado? La respuesta es clara: i) porque a falta de una regulación especial, el Código Civil suple la ausencia de dicha normativa, dado el carácter supletorio reconocido en el artículo 4° del mismo Código; ii) porque donde existe la misma razón debe existir la misma disposición; iii) porque si el constituyente estimó que el Estado estaba afecto a responsabilidad, la falta de un estatuto especial no puede impedir que aquélla se haga efectiva, debiendo, sin perjuicio de aplicarse la normativa supletoria ya

¹⁰ Pedro Pierry Arrau. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Varios autores. Artículo “Responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”. Monografías Jurídicas Universitarias. Editorial Metropolitana. Año 2009, p. 51.

indicada, llenarse una supuesta “laguna legal” recurriéndose a la analogía (lo cual nos remite necesariamente a la reglamentación general a que están afectos los particulares); iv) porque la responsabilidad del Estado derivada de un hecho ilícito que supone la intervención culpable del agente que causa daño, lo cual está reglamentado en el Código Civil; v) porque la responsabilidad del Estado no es ni más ni menos estricta que la que corresponde a los demás sujetos de derecho, sin perjuicio de ciertas particularidades derivadas de los fines propios del Estado; vi) porque las normas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil permiten proteger a las personas en general, remediando los daños causados por la falta de diligencia y cuidado de los agentes públicos; vii) porque al no establecerse un estatuto especial para encarar la responsabilidad del Estado, tanto el constituyente como el Legislador dejaron entregada esta materia a la regulación aportada por el derecho común; viii) porque al aludirse constantemente al derecho del Estado de repetir contra el funcionario que provocó el daño, ha quedado testimonio elocuente de que tras la responsabilidad del Estado subyace siempre un ilícito civil; ix) porque la existencia de un estatuto de responsabilidad objetiva –como se pregona por algunos comentaristas– exige una declaración formal y explícita de que la reparación del daño procede sin que sea necesaria la concurrencia de un factor de imputación, lo cual, en lo que dice relación a la responsabilidad del Estado, no se advierte en parte alguna; x) porque, de la misma manera, sostener que la responsabilidad del Estado es imprescriptible presupone una norma que así lo declare expresamente –atendido el hecho de que la prescriptibilidad es un principio general–, la cual no existe en nuestro ordenamiento jurídico; xi) finalmente, porque los actos a través de los cuales el Estado desarrolla su actividad y en los que tiene origen la responsabilidad extracontractual, se ejecutan por agentes que intervienen en el ámbito social con el mismo celo y diligencia que pesa sobre particulares (estándares generales de diligencia y cuidado).

En otras palabras, no es suficiente argumentar en el sentido de que lo público y lo privado no puede confundirse, dando por sentado que lo previsto en el derecho común nunca es aplicable en campo del derecho público. Más bien, por el contrario, la unidad y coherencia del sistema jurídico apunta en una dirección distinta, haciendo posible proyectar las instituciones del derecho privado como elemento supletorio de la legislación que regula los actos de la Administración. Es incuestionable, por otra parte, que cada día es más difusa la distinción entre derecho público y derecho privado y que existen zonas en que es extremadamente difícil justificar la diferencia.

Hernán Corral Talciani caracteriza dos tipos distintos de leyes, aquella que llama “*especiales de responsabilidad del Estado*” (Ley N° 18.575 y N° 18.965) y aquellas que denomina “*sectoriales de responsabilidad*” (Ley del Tránsito N° 18.290 respecto de la responsabilidad del propietario del vehículo, Ley de Seguridad Nuclear N° 18.302, Ley de Navegación D.L. N° 2.222, que se refiere

a la responsabilidad por derrame de hidrocarburos en aguas sometidas a la jurisdicción nacional, Código Aeronáutico Ley N° 18.916, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300, que regula la responsabilidad por daños medioambientales). Estas últimas contienen ciertas hipótesis, aplicables a la responsabilidad del Estado, que darían pie a sostener una cierta singularidad que difiere del derecho común. En realidad no advertimos ninguna diferencia que avale una distinción importante, puesto que, como lo señala el mismo autor, las *leyes sectoriales de responsabilidad* “regulan ciertas actividades que pueden ser desempeñadas tanto por privados como por órganos públicos”¹¹. Por lo tanto, este tipo de leyes, si bien pueden alterar algunas normas del estatuto común sobre la responsabilidad, no son propias y exclusivas de la actividad del Estado. Lo que más interesa en este tipo de legislación especial es el carácter objetivo que se da en ciertas hipótesis específicas de responsabilidad. Sin embargo, ello ocurre tanto respecto del Estado como de los particulares.

Por último, sobre este punto, hay que dejar sentado que tampoco cabe sostener que la relación causal, tratándose de la responsabilidad del Estado, debe apreciarse “materialmente” y no “normativamente”, como lo dispone el estatuto civil. Lo anterior no es más que una consecuencia necesaria de aquello que proclaman los juspublicistas, en el sentido que la responsabilidad extracontractual del Estado sería objetiva, lo que, como se señaló en lo precedente, no tiene, a nuestro juicio, asidero o fundamento jurídico de ninguna especie.

III. ¿Qué hay de especial en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado?

Cabe preguntarse, entonces, qué hay de especial en lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado, o qué ha llevado a sostener la supuesta consagración de un estatuto independiente y absolutamente ajeno al establecido en el derecho común. Nosotros creemos ver cinco singularidades que le dan una cierta fisonomía propia y que merecen un llamado de atención, aun cuando no alteran en absoluto, como lo demostraremos, los parámetros básicos de la responsabilidad consagrada en el estatuto de derecho común. Estas cinco aristas peculiares son: **responsabilidad directa del Estado** (excluyendo la llamada responsabilidad vicaria); **presunción especial de culpa en relación exclusivamente a la responsabilidad por “falta de servicio”**; tipo de **responsabilidad de dos orígenes** (por falta de servicio y por hecho personal imputable al Estado); **relación de causalidad normativa tratándose de “falta de servicio” y de “falta personal” del funcionario público**; y **derecho de reembolso de la Administración**. Abordaremos, en las siguientes páginas, cada uno de estos rasgos especiales.

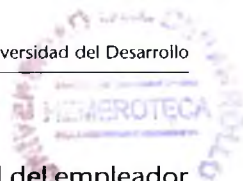
¹¹ Hernán Corral Talciani. Ob. cit., p. 36.

1. Responsabilidad directa del Estado

En primer lugar, creemos que entre el estatuto común y la responsabilidad extracontractual del Estado surge una diferencia importante. Mientras en el Código Civil se configura una responsabilidad indirecta (mal llamada por hecho de terceros) que surge, a nuestro juicio, de la falta de vigilancia y cuidado de un dependiente, pupilo o subordinado (artículos 2320, 2321 y 2322 del Código Civil), tratándose de la responsabilidad del Estado por hechos de sus dependientes, la responsabilidad es **directa** y se considera como si el daño hubiere sido causado por el Estado sin que interese la intermediación de un subordinado (empleado público). La responsabilidad, por consiguiente, no se funda en la falta del deber de custodia, sino en la operación del servicio. Como lo explicaremos más adelante, lo anterior no obsta a que pueda accionarse, también, contra el funcionario cuando sea posible identificarlo y atribuirle el daño, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del Estado.

Recordemos que nuestro Código Civil, en el artículo 2320, hace responsable a una persona no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de quienes estuvieren a su cuidado (así los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en su misma casa; los tutores y curadores, de la conducta de los pupilos que viven bajo su dependencia y cuidado; los jefes de colegio y escuelas, del hecho de sus discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes en el mismo caso). No se trata de responder del hecho ajeno, sino del hecho propio, esto es, de la falta de la vigilancia y el cuidado que deben ejercer sobre sus subordinados, pupilos y dependientes. Lo que señalamos queda plenamente corroborado por el hecho de que en el inciso final de esta disposición –artículo 2320– agrega: *“Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”*. O sea, lo que se sanciona imponiendo responsabilidad es la renuencia a ejercer el deber de supervisión y control sobre quien está bajo su cuidado. Si, con la autoridad que confiere la ley, no ha podido evitarse el daño, no cabe la responsabilidad del cuidador, precisamente porque no puede imputársele descuido o falta de vigilancia.

Lo propio ocurre respecto del empleador que responde de la conducta de sus dependientes. El artículo 2322 dice, evocando un lenguaje ya obsoleto, que *“Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista”*. El inciso 2° de la misma norma agrega: *“Pero no responderán de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. En este caso la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes”*. Como



puede constatarse, el principio es el mismo. La responsabilidad del empleador se hace efectiva porque no ha ejecutado, con el cuidado y la diligencia debidos, el deber de supervisión y control sobre el dependiente, facilitando con ello la producción del daño.

Lo prevenido en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, no obstante su fundamento, no tiene aplicación cuando se trata de la responsabilidad extracontractual del Estado, razón por la cual le está vedado a la Administración exonerarse de responsabilidad probando haber ejercido todas las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico para evitar un ejercicio indebido o impropio de las funciones de sus dependientes (funcionarios). Lo que señalamos se basa en la disposición del artículo 38 inciso 2° de la Constitución, cuando faculta a cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o municipalidades, para reclamar las indemnizaciones que procedan. Pueden citarse, además, los artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575, Sobre Bases Generales de la Administración del Estado, que consultan una acción directa contra el Estado, absolutamente independiente del poder de control que pueda ejercerse sobre los funcionarios públicos. Lo propio ocurre respecto de las municipalidades conforme el artículo 142 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual del Estado es **directa** y no proviene, como ocurre en la mal llamada responsabilidad por hecho de terceros, de los daños provocados por sus dependientes (funcionarios). La actividad dañosa del empleado debe considerarse como acción del Estado mismo, sin que le asista el derecho de probar que ha adoptado todas las medidas racionalmente idóneas para evitar o prevenir el daño. En esta área de la responsabilidad, sólo corresponde al Estado ejercer su derecho de repetir contra el autor material del daño lo pagado en razón de él.

Existe, a juicio nuestro, una perfecta concordancia entre las disposiciones citadas (artículos 6°, 7° y 38 inciso 2° de la Constitución y artículos 2°, 4° y 42 de la Ley N°18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado), pero en el sentido de que la responsabilidad de que hablamos es **directa**, en cuanto afecta a la Administración sin que sea necesario alegar una falta funcionaria. Como es obvio, toda persona jurídica actúa en la vida social por medio de sus representantes y mandatarios. Pero, tratándose del Estado, aquellos quedan subsumidos en su estructura y organización, como si no existieran a la hora de responder de los perjuicios que causan los servicios y organismos del mismo. Con todo, puede el dañado, como se dijo, accionar contra el autor material del daño, porque se trata de un derecho que le reconocen la Constitución y la ley. Concordamos, en este punto con Eduardo Soto Kloss, cuando escribe: *"En razón de ser una responsabilidad de una persona jurídica, se trata de una **responsabilidad directa**, por el hecho de la persona jurídica, y no*

por la actividad de un tercero (responsabilidad llamada indirecta o por el hecho de otro) como sería de sus empleados o dependientes. Y ello trae su fundamento de la propia preceptiva constitucional (artículo 38 inc. 2° frase final) ya que la Constitución distingue muy bien entre la responsabilidad del Estado (su Administración, orgánicamente comprendida) por el daño que produzca la actividad o inactividad (omisión) de sus órganos, y la del 'funcionario que hubiere causado el daño', que ésta es personal (y subjetiva) del empleado que material y tácticamente lo ha producido por su acto, hecho u omisión. Lo repetirá en igual sentido la Ley N°18.575/86 en su art. 4° frase final, y dará acción (en su art.44) para que el propio Estado repita en contra de ese funcionario si hubiere éste actuado con 'falta personal'”¹².

Conviene sí despejar que lo anterior no implica admitir, de modo alguno, el establecimiento de un caso de responsabilidad objetiva. Si bien puede no interesar la conducta del funcionario que causó el daño —**puesto que la responsabilidad es directa y se atribuye al Estado**—, para que ella surja será necesario que **exista culpa del Estado, cuestión que, como demostramos, tiene reglas especiales**. Tampoco lo anterior implica desconocer que, en casos muy calificados, puede invocarse la responsabilidad objetiva del Estado, pero, para que tal ocurra, es necesario que exista un texto legal expreso que así lo determine, y que imponga este tipo extremo de responsabilidad al órgano público. Nada extraño tiene lo anterior, si se considera que lo propio puede decirse respecto de un particular.

La diferencia que observamos no deja de ser importante, si se tiene en cuenta que muchos de los daños de que responde el Estado son causados por actividades que resultan difíciles o imposibles de controlar y evitar. Tampoco puede negarse que la excepción contemplada en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil se funda en el hecho de que la responsabilidad nace, no del hecho del tercero, sino del hecho propio, esto es, en dejar de ejercer el deber de cuidado que la ley impone a ciertas personas.

2. Responsabilidad por “falta de servicio”

La segunda cuestión medular en esta materia, sin duda la más característica e importante, consiste en establecer qué debe entenderse por “**falta de servicio**” y si la responsabilidad que ella genera es objetiva o subjetiva. En el primer caso, nos hallaríamos ante una situación en que para reclamar la reparación de los perjuicios sólo sería necesario acreditar el hecho dañoso y la relación de causalidad material con el daño producido. En el segundo caso, sería necesario fundar la pretensión indemnizatoria en un factor de imputación (dolo o culpa).

¹² Eduardo Soto Kloss. Ob. cit., p. 310.

Comencemos por señalar que hay “*falta de servicio*” cuando un órgano público, obrando contra derecho, no ha funcionado debiendo hacerlo, cuando el servicio ha funcionado defectuosamente o lo ha hecho con retardo, causando daño al administrado. Por consiguiente, para que pueda representarse la “*falta de servicio*” será necesario acreditar que, contrariando el ordenamiento jurídico, ha habido una indebida paralización del servicio público, o su funcionamiento ha sido irregular, o su funcionamiento fue tardío o extemporáneo en relación a la necesidad llamada a satisfacer. De lo anterior habrá de seguirse un perjuicio causalmente ligado a cualquiera de estas irregularidades en el desempeño y funcionamiento del servicio público.

La conceptualización de “*falta de servicio*” adolece en la doctrina de una insuficiencia esencial. En efecto, se omite una consideración expresa a la **antijuridicidad**, esto es, al hecho de que la “*falta de servicio*” debe provenir de una conducta contraria a derecho, sea material o formalmente (contradicción del acto con el sistema jurídico como un todo o con una norma expresa del mismo). Es evidente que la ausencia del servicio está referida al incumplimiento de un deber que la Administración estaba jurídicamente obligada a cumplir. Lo propio puede decirse respecto del funcionamiento defectuoso de la Administración y del retardo que causa el daño. La Administración se rige por un estatuto jurídico del cual se desprende cuándo, cómo y en qué momento debe actuar, desplegando el comportamiento de cuya infracción se deduce la “*falta de servicio*”. Si el ordenamiento jurídico no impone a la Administración el deber de actuar, mal puede imputársele la falta de un servicio que no estaba llamada a prestar. De aquí que se haya discutido si la actividad lícita del Estado puede considerarse fuente de responsabilidad.

Quienes afirman que hay responsabilidad del Estado cuando éste obra lícitamente recurren, entre otros, al denominado fallo “*Comunidad Galletué*”¹³. Esta sentencia, pronunciada por la Corte Suprema, que se ha hecho clásica, sienta una frágil doctrina, puesto que fue adoptada por tres votos contra dos, y se sintetiza en la siguiente forma: “*La Convención Internacional acordada para la protección de la fauna, flora y las bellezas escénicas de América, si bien en una primera etapa constituyó una proposición y recomendación a sus gobiernos, una vez aprobada por el Congreso y ordenada cumplir como ley de la República, sus disposiciones o acuerdos pasaron a formar parte de la legislación nacional, con el carácter de ley, de modo que es una ley la que acepta que se protejan especies de la fauna o de la flora y aun en forma absoluta, teniéndolas como inviolables, si se las declara monumento natural. El Decreto Supremo N° 29 del año 1976 del Ministerio de Agricultura, puso en ejecución la ley señalada precedentemente, singularizando una especie de la flora chilena, a la araucaria araucana, como tal*

¹³ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 84, 2ª parte, sección 1ª, pp. 117 y ss. Sentencia de 7 de agosto de 1984.

monumento natural y por tanto absolutamente protegida. La prohibición inserta en el referido Decreto Supremo no tiene el alcance de una expropiación, se trata sólo de una limitación del dominio que, en este caso, se basa en la autorización de la ley, acorde con el inciso 2° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado. Esta última nada estatuye respecto de la procedencia de indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no la vulnera, ya que se sustenta en la equidad y la justicia y por lo tanto tampoco infringe el artículo 1437 del Código Civil”.

En verdad, nosotros no asignamos a esta sentencia la importancia que se le ha dado. La explicación jurídica más factible de dicha decisión judicial debe fundarse, a nuestro juicio, en la integración de una *laguna legal*, puesto que la Administración, si bien obraba en ejercicio de las facultades que le corresponden (ratificación de un convenio internacional), limitó los atributos del dominio (al impedir a sus dueños explotar los bosques de araucaria araucana), colocándose, respecto de ellos, en una situación antijurídica (contravención al inciso 3° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República). En tal caso, estaba obligada a indemnizar los perjuicios, integrándose la respectiva laguna legal, puesto que nada se señala en la Carta Fundamental a este respecto. Por lo mismo, debió recurrirse a la analogía (lo cual no es difícil en presencia del artículo 45 inciso 2° de la Constitución, que contempla una situación en todo semejante, tratándose de las indemnizaciones que deben pagarse cuando se imponen limitaciones al derecho de propiedad durante un estado constitucional de excepción), a los principios generales de derecho y a la equidad natural. Igualmente atendible es la posibilidad de considerar derechamente –aun cuando se contradiga lo señalado por la Corte Suprema– que se trata de una expropiación irregular, opinión que sustenta Hans Mundaca, que sobre el particular, refiriéndose al fallo aludido, dice: *“Resulta interesante la argumentación del fallo y sus contenidos, pero en verdad, no es la única forma de entender la cuestión, a nuestro juicio en Comunidad Galletué con Fisco sí hubo expropiación, desde el momento que se privó a la titular del predio de la facultad de disponer de las especies que se protegían, y la conducta, contrariamente a lo señalado en la sentencia, fue antijurídica desde que no se siguió el procedimiento adecuado”*¹⁴.

Insistimos, por lo tanto, en que la *falta de servicio*, como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, implica siempre un acto *antijurídico*, tanto porque la acción de la Administración está regulada jurídicamente, como porque los servicios públicos deben operar ciñéndose a lo que prescriben las normas de derecho. No puede, en consecuencia, sostenerse que incurre en responsabilidad extracontractual quien actúa conforme a derecho en cumplimiento del mandato normativo.

¹⁴ Hans Mundaca. Ob. cit., p.70.

Con todo, esta cuestión merece un análisis más profundo. Creemos nosotros que existen casos en los cuales la Administración, actuando legítimamente y con facultades suficientes, causa daño a los particulares. Lo prueba irrefutablemente el artículo 45 inciso final de la Constitución ya citado. La autoridad, en los estados de excepción, está expresamente facultada para “*disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad* (estado de asamblea y de catástrofe). Asimismo, el artículo 19 N° 24 faculta a los poderes colegisladores para imponer, a través de la ley, limitaciones y obligaciones al derecho de dominio cuando ellas derivan de su función social. En todos estos casos, no **hay responsabilidad extracontractual del Estado**, porque la Administración obra conforme a derecho. En dicha hipótesis no se incumple una obligación, sino, por el contrario, se satisface el mandato normativo. No cabe entonces imputarle responsabilidad al Estado, puesto que no concurre la antijuridicidad ni un factor de imputación. Tampoco podría pensarse en una eventual “responsabilidad objetiva” fundada en el riesgo, ya que, por lo general, no hay norma que disponga la obligación de indemnizar. **¿Qué ocurre entonces?** No hay duda que el deber de indemnizar los daños que sufre el imperado no nace de la responsabilidad del Estado (lo cual supone el incumplimiento de una obligación), sino del **derecho a ser compensado por la imposición de una carga especial**, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 19 N° 20, que asegura a todas las personas “**la igual repartición de las cargas públicas**”. Sólo de esta manera es posible explicar jurídicamente la reparación de un perjuicio cuyo antecedente es un acto legítimo de la autoridad, al cual, inclusive, está obligada en derecho y que, por lo mismo, no puede ser considerada consecuencia de una eventual responsabilidad extracontractual. La doctrina en esta materia es demasiado reduccionista, al pretender encuadrar en el campo de la responsabilidad, una “**obligación de compensación de cargas especiales**” que nace de un mandato constitucional expreso.

Volviendo al tema central, como resulta obvio, tras la “*falta de servicio*” subyace una “*falta personal*”, vale decir, la conducta de un dependiente que ha obrado dolosa o culpablemente por acción u omisión, inmovilizando o desviando el funcionamiento de la Administración. Lo anterior porque, aun cuando resulte innecesario decirlo, la gestión del Estado está confiada a sus funcionarios y operadores, y cuanto ellos ejecutan compromete la responsabilidad del Estado.

Lo que singulariza la responsabilidad extracontractual del Estado es el hecho de que en este ámbito se desplaza la “*falta personal*” (conducta del funcionario), transformándose en “*falta de servicio*” (conducta de la Administración), e imputándose a esta última las consecuencias dañosas y el deber de repararlas. La culpa no es “*personal*” sino “*institucional*”, pero sigue siendo una manifestación clásica de la culpa, en cuanto falta de la diligencia y cuidado debidos en el cumplimiento de una obligación preexistente (normal funcionamiento del

servicio). No nos hallamos, entonces, ante una manifestación de la responsabilidad objetiva. Nos hallamos ante un caso típico de responsabilidad subjetiva, en la cual **el factor de imputación se deduce de la conducta del servicio y no de la conducta de los funcionarios que lo gestionan**, lo cual, además, explica el derecho del Estado para repetir en contra del funcionario responsable de la mala praxis. A pretexto de esta particularidad, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha sostenido que la ley establece un tipo de responsabilidad objetiva, pasando por alto el hecho de que no hay “falta de servicio” sin culpa de la Administración. Un autor, Pedro Pierry Arrau, sobre este punto, escribe: *“El concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio como dentro de la responsabilidad subjetiva. Como señalan Mazeaud y Tunc, la falta de servicio es considerada como ‘la culpa del Servicio’, de allí que la responsabilidad continúe siendo subjetiva, basada en la culpa. La exigencia establecida por la ley, que implica probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva”*¹⁵. Como puede comprobarse, no es frecuente que la ley desplace el requisito de concurrencia del factor de imputación (culpa o dolo) de la persona (funcionario) a la institución (la Administración), empero, en tal supuesto, subsiste cabalmente la naturaleza subjetiva de la responsabilidad.

Se ha sostenido, también, que esta interpretación, que no pugna con los artículos 6º, 7º y 38 inciso 2º de la Constitución y 2º, 4º y 42 de la Ley N°18.575, chocaría con lo previsto en el artículo 18 de esta última normativa, según el cual *“El personal de la Administración del Estado estará sujeto a la responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle”*. Nosotros no advertimos contradicción alguna, ni atribuimos consecuencia significativa a la coexistencia, tratándose de la responsabilidad por “falta de servicio”, de la responsabilidad personal del funcionario y de la Administración. Parece evidente que la referida norma recoge la eventual responsabilidad que cabe al funcionario dependiente de la Administración cuando el Estado ejerce su derecho a repetir en su contra por los daños que este último ha debido indemnizar, derecho que se le reconoce en todas las normas invocadas. A mayor abundamiento, se ha argumentado que el artículo 18 de la Ley Sobre Bases Generales de la Administración del Estado está ubicado en el Título I, denominado “Normas Generales”, justificando su contenido en razón de lo previsto en el artículo 21, ubicado en el Título II “De la Organización y Funcionamiento”, en cuyo inciso 2º se excluye a una serie de organismos de este estatuto especial, lo cual hace excepción al principio que invocamos (entre ellos las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y varios otros).

¹⁵ Pedro Pierry Arrau. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Varios autores. Artículo “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”. Monografías Jurídicas Universitas. Editorial Metropolitana. Año 2009, p.42.

De cuanto llevamos dicho se infiere, entonces, que la *"falta de servicio"* es una noción normativa que implica la culpa o dolo de la Administración –persona jurídica–, la cual se aprecia en relación a la conducta de sus dependientes y funcionarios. En otras palabras, la *"falta personal"* (del funcionario), se transforma en *"falta de servicio"* (de la Administración), transmitiendo el factor de imputación, por así decirlo, de la persona natural a la persona jurídica (nada tan distinto de lo que ocurre con la responsabilidad de las llamadas personas morales).

Por consiguiente, siendo la *"falta de servicio"* una noción normativa que abre paso a un tipo de responsabilidad subjetiva, es perfectamente posible probar que el servicio público no ha funcionado o que lo ha hecho defectuosamente o con retardo, por hecho inimputable a la Administración, como ocurre cuando ha sobrevenido un caso fortuito o fuerza mayor o una causal de justificación. Así, por ejemplo, si una ambulancia de un servicio público de urgencia debe concurrir a recoger a un herido y el vehículo es emboscado por un grupo terrorista, o es objeto de un accidente intencionalmente provocado, o causado por culpa de otro conductor, habrá ausencia de servicio, pero no responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que el hecho de un tercero es asimilable al caso fortuito. Pero habrá responsabilidad extracontractual y *"falta de servicio"* del Estado si el accidente es debido a la impericia del chofer de la ambulancia, o a su imprudencia, o a las malas condiciones mecánicas en que se encontraba el vehículo, o a los errores en que incurre la fuerza pública para abrir paso a la ambulancia, etcétera. Por ende, creemos que la *"falta de servicio"* se confunde con la culpa de la Administración y ésta con la culpa o hecho de los funcionarios que obran por ella. Pero no hay *"falta de servicio"* si ella no es imputable a la Administración, así sea que el órgano público no funcionó, a lo hizo imperfectamente u obra con retardo, causando daño al imperado.

Surge aquí otra cuestión de importancia. La prueba del caso fortuito o fuerza mayor recaerá, como es natural, en la Administración, así como la ausencia del factor de imputación, en su caso, sin que ello pese de manera alguna sobre el dañado. Lo indicado es consecuencia de que la obligación de prestar el servicio está establecida en la ley, correspondiendo al deudor probar la causa que lo exonera de responsabilidad. Lo anterior, a mayor abundamiento, porque los servicios que debe prestar la Administración en virtud de las leyes, los reglamentos, las instrucciones administrativas, etcétera, la transforman en deudora del administrado. Esta obligación es la que se incumple dando origen a la responsabilidad. Con el propósito de ampliar la responsabilidad extracontractual del Estado, una corriente doctrinaria sostiene la extensión de los deberes de servicio de la Administración por la vía de una interpretación extensiva de las normas vigentes. Esta tendencia no corresponde, creemos nosotros, a la filosofía que inspira al legislador, puesto que, por esta vía, es posible comprometer ilimitadamente los recursos e intereses del Estado. Este último no tiene

la obligación de prestar sino los servicios que están expresamente establecidos en la norma jurídica o que se desprenden claramente de su mandato.

El servicio que pesa sobre la Administración, por lo tanto, debe hallarse impuesto en la norma respectiva en términos formales y explícitos o deducirse de manera inequívoca de la legislación que regula su actividad.

De lo señalado se infiere lo más importante. **La “falta de servicio” configura una presunción de culpa que opera por el solo hecho de que el servicio no funcione debiendo hacerlo, o lo haga imperfectamente o con retardo.** De este hecho se deduce la culpa de la Administración, debiendo ésta, y no el dañado, acreditar que se ha obrado con la diligencia y el cuidado debidos. Se trata, por ende, de una **presunción simplemente legal**, en todo equivalente a las presunciones establecidas en el artículo 2329 del Código Civil. Probablemente, sea esta la razón por la cual se ha pensado erradamente en un régimen de responsabilidad objetiva, sin que exista norma que lo determine. Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual del Estado se impone directamente y sobre la base de una presunción de culpa que puede desvanecerse siempre que se pruebe un caso fortuito u otra causal de justificación. Mientras esto no suceda subsistirá la responsabilidad del Estado.

Un ejemplo puede aclarar lo que decimos. Si una persona es conducida herida a un establecimiento público de urgencia médica y no recibe atención, ello compromete la responsabilidad del Estado por *falta de servicio* (el organismo del Estado no actuó debiendo hacerlo). En tal caso, la Administración deberá probar, para exonerarse de responsabilidad, que estaba imposibilitada de prestar el servicio por caso fortuito o fuerza mayor (destrucción de sus instalaciones por la ocurrencia de un siniestro fortuito; carencia de servicios básicos, como corte de electricidad, gas, agua, que no le sea imputable; agotamiento de los recursos excepcionales de emergencia por restricciones imprevisibles; etcétera).

De lo dicho se desprende que la noción de culpa no es ajena a la responsabilidad extracontractual del Estado, lo que sucede es que ella tiene otro contenido y se traduce en la falta de servicio. No lo entienden de la misma manera los autores. Así, Hans Mundaca dice a este respecto: *“La idea de ‘falta de servicio’, según la doctrina, es radicalmente extraña al derecho civil, donde la noción de responsabilidad por daños aparece configurada por la noción de culpa. El derecho administrativo produce, en cuanto, un desplazamiento y sustitución de la noción de culpa, poniendo el acento más que en el autor del hecho ilícito, en el desequilibrio que produce el daño, y en el servicio público. La expresión ‘faute de service’ traduce un significado más amplio y objetivo que el término culpa, refiriéndose fundamentalmente al criterio para delimitar los daños imputables, separando la responsabilidad de la Administración de la del funcionario, ‘faute personnelle detachable’, sin perjuicio de la posibilidad de acumular ambas responsabilidades,*

tal como lo reconoció la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado francés en el *arrêt Lenmonnier*, siempre que la falta personal 'no esté desprovista de toda relación con el servicio'¹⁶. Como puede observarse, se rechaza la idea de que la "falta de servicio" no es más que una especie de culpa de la Administración que proviene del hecho de que el órgano administrativo debió funcionar y no lo hizo, o funcionó irregularmente o con retardo. Es indudable que tras esta conducta ha de haber una falta del personal de que se sirve el órgano público, pero ella no incide en la responsabilidad del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad que el afectado pueda perseguir del funcionario si opta por esta posibilidad, cuestión que analizaremos en los párrafos siguientes.

Nuestras diferencias con otros planteamientos quedan en evidencia, como ocurre cuando se intenta justificar el alcance "objetivo" de la responsabilidad extracontractual del Estado, pero dándole un alcance limitado sólo al hecho de que, como se analizó en lo precedente, se trata de una responsabilidad directa del Estado, diferente de la responsabilidad vicaria del Código Civil. Raúl Letelier Wartenberg, sobre este particular, refiriéndose al carácter "objetivo" de la responsabilidad, debido a que no se requiere probar culpa del funcionario, sostiene que: *"Desde cierto punto de vista, la afirmación es bastante cierta. El juez que conoce de la demanda civil, no debe exigir al actor como requisito que pruebe la existencia de culpa del funcionario público que, en ejercicio de actividad estatal, cometió el acto dañoso. Y ello se deriva precisamente de ser la responsabilidad del Estado una responsabilidad de una persona jurídica y, por tanto, y de acuerdo a lo ya dicho, no interesa para su acreditación la disposición particular de sus dependientes. En este sentido, y con mayor propiedad y rigor científico, expresa CALDERA que la responsabilidad extracontractual del Estado 'es una responsabilidad orgánica, lo que significa que la imputación del daño recae directamente en el órgano administrativo, esto es, en la Administración del Estado...'"*¹⁷. El profesor Hugo Caldera Delgado explica, en los siguientes términos, lo que entiende por responsabilidad orgánica: *"La quinta consecuencia derivada de la norma citada (artículo 38 inciso 2° de la Carta Fundamental) es que la responsabilidad administrativa es una responsabilidad orgánica, lo que significa que la imputación del daño recae directamente en el órgano administrativo, esto es, en la Administración del Estado, en sus organismos o en las municipalidades. Esto tiene extraordinaria importancia, ya que es diferente que el perjuicio causado haya o no tenido origen en una falta o culpa personal del agente o funcionario público. En caso de existir falta o culpa personal del agente o funcionario, la regulación de la responsabilidad que pudiere incumbirle es materia de una regulación interorgánica entre el funcionario y el órgano por cuya cuenta actuó o debió actuar, siendo este problema, de todas maneras, irrelevante respecto de la víctima, la que, siempre, podrá reclamar*

¹⁶ Hans Mundaca. Ob. cit., p. 52.

¹⁷ Raúl Letelier Wartenberg. "Estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado". Publicado en *Responsabilidad Excontractual del Estado*. Editorial Metropolitana. Año 2009, p. 198.

*la reparación del daño derechamente de la Administración*¹⁸. Lo cierto es que el profesor Caldera reconoce que la responsabilidad extracontractual del Estado es directa, materia ya explicada en lo precedente. En el mismo sentido, Pedro Pierry Arrau, cuando dice, refiriéndose a este aspecto de la responsabilidad, que *“No interesa la persona del funcionario, el que podrá o no estar identificado, lo que interesa es la falta de servicio; un reproche o reparo de ilegitimidad como afirma la Corte Suprema. Por el solo hecho de ser necesaria una falta, para estos efectos un mal funcionamiento del servicio, aun cuando no interese la persona del funcionario, ya no podemos estar frente a una responsabilidad objetiva, por cuando esta se compromete sin necesidad de falta, bastando para ello que el daño exista y exista la relación de causalidad entre éste y la acción del Estado*¹⁹.

Como puede observarse, no obstante las diferencias que se advierten entre los diversos criterios sustentados, todos los autores coinciden en las peculiaridades de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuyo mérito parecen inducir a los comentaristas a aproximarse o abrazar derechamente la tesis de que se trataría de un tipo especial de responsabilidad objetiva.

Con todo, existen casos excepcionales en que la responsabilidad de la Administración es objetiva, a condición de que exista una norma que en forma expresa así lo determine. Tal ocurre, por ejemplo, en la Ley N° 18.290, o Ley del Tránsito, cuyo artículo 169 inciso 5° dispone que *“La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización*”. Se podría pensar que la culpa reside en mantener en mal estado las vías o en la carencia de una adecuada señalización. Pero lo que interesa, para imponer responsabilidad, es el hecho, con prescindencia de quién o por culpa de quién ello aconteció. La misma ley, en el inciso 1° del artículo 170 señala: *“Salvo prueba en contrario, las infracciones que se deriven del mal estado y condiciones del vehículo serán imputables a su propietario, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde al conductor*”. Los casos mencionados configuran hipótesis de responsabilidad objetiva por mandato expreso de la ley.

Mención especial merece el artículo 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 26 de julio de 2006. Dicha disposición establece que *“Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No*

¹⁸ Hugo Caldera Delgado. *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1982, p. 45.

¹⁹ Pedro Pierry Arrau. “¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia.” Trabajo publicado en *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Editorial Metropolitana. Año 2009, p. 76.

obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiera incurrido en falta personal". Esta norma es casi idéntica al artículo 42 de la Ley N°18.575, orgánica constitucional, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y no representa, a nuestro juicio, un caso de responsabilidad objetiva. Se trata de la regla general en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, en que la llamada "*falta de servicio*" es una **presunción de culpa de Administración**, pero no la imposición de una responsabilidad objetiva.

Para concluir este párrafo, digamos que no es discordante sostener que la "*falta de servicio*" es una **nueva noción de culpa** aplicable sólo a la Administración, puesto que ella se producirá siempre en virtud de una falta personal, en el entendido que la Administración está obligada a prestar aquellos servicios que le impone la Constitución, la ley o el reglamento (normas jurídicas). La omisión del servicio o su defectuosa o tardía prestación comprometen su responsabilidad al presumirse la culpa, pero sin perjuicio de acreditarse lo contrario. Lo que caracteriza la "*falta de servicio*" es la **antijuridicidad** de dicha conducta, porque estando la Administración obligada a desplegar una determinada conducta (obligación), la resigna o la ejecuta de manera incorrecta o defectuosa. Si la Administración obra legítimamente, conforme a derecho, no *incurre* en responsabilidad extracontractual, aun cuando cause daño, como quedó explicado en lo precedente. Por lo mismo, en este caso, la "*falta de servicio*" implica o absorbe la antijuridicidad, elemento esencial de la responsabilidad. Nos atreveríamos a señalar que sólo es indemnizable el daño que se causa contra derecho, sea por obra de una acción u omisión, sea de una persona o de la Administración, siempre, insistimos, que ello ocurra en contravención al mandato normativo. Cualquier otra prestación, fundada en la existencia de un daño provocado por la actividad legítima del dañador, no es indemnizable. Lo que señalamos puede prestarse a equívoco como consecuencia de que quien experimenta el daño reclame una compensación en virtud de otra fuente (no el incumplimiento de una obligación preexistente, elemento esencial de la responsabilidad). Recordemos, sobre este particular, lo que sostiene Hugo Caldera: "*El principio derogatorio de la responsabilidad administrativa extracontractual, en el caso de las actuaciones lícitas que originan daño a los particulares, encuentra su fundamento constitucional en la obligación que pesa sobre las personas de concurrir con su cuota de sacrificio al progreso general del país y, mejor aún, al logro del interés general o del bien común, con la limitaciones más arriba señaladas*"²⁰. Recordemos, por otra parte, que la propia Constitución protege, en su artículo 19 N° 20, "*La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.*" Por lo tanto, es posible reclamar una compensación del Estado por el daño que provoca una actividad lícita del mismo, cuando se quebranta la

²⁰ Hugo Caldera Delgado. Ob. cit., p. 46.

igualdad que debe existir, entre todos los habitantes de la República, respecto de las cargas públicas. Pero no se trata de una indemnización de perjuicios derivada de la responsabilidad extracontractual que, reiteramos, supone el incumplimiento de la obligación preexiste de no causar daño a nadie. En las páginas precedentes explicamos que no cabe a la Administración responder extracontractualmente por su actividad lícita y ajustada a derecho.

3. Responsabilidad de dos orígenes

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene dos fuentes diversas: la fundada en la "falta de servicio" por parte del órgano administrativo y la derivada de la "falta personal" del funcionario público que causa el daño. La primera ha sido analizada en las páginas anteriores. La segunda, según la doctrina, puede ser "anónima" o bien "radicada". Se entiende que es anónima cuando no se individualiza al autor del daño o, bien, cuando resulta imposible hacerlo. Se entiende que es radicada cuando se identifica quién es el autor del daño. Recordemos que esta última circunstancia no obsta, en lo más mínimo, a exigir la responsabilidad del Estado, puesto que en ambos casos puede reclamarse de él la reparación de los perjuicios.

Estimamos que la responsabilidad por "falta de servicio" y la responsabilidad por "falta personal" son perfectamente compatibles, pudiendo, por lo mismo, demandarse solidariamente al Estado y al funcionario causante del daño, según las reglas generales de la responsabilidad civil (artículo 2317 del Código Civil). El hecho de que se presuma la culpa de la Administración cuando concurre "falta de servicio", no implica de manera alguna exonerar de responsabilidad al funcionario autor del daño si se hallare debidamente individualizado. La única diferencia que se advierte y que comentamos en lo precedente, deriva de que, aplicando la letra del artículo 38 inciso 2° de la Constitución, podría sostenerse que la responsabilidad presuntiva del Estado (por *falta de servicio*) sólo procedería cuando se lesiona un derecho y no cuando se lesiona un interés legítimo; en tanto la responsabilidad personal del funcionario se hace extensiva a la lesión de dichos intereses. De ello se ha deducido, incluso, que es necesario "conceptualizar la lesión de manera distinta del perjuicio civil, en cuanto este último se refiere a cualquier detrimento avaluable pecuniario; en cambio la noción de lesión asume una definición jurídica diversa, dado que el detrimento económico perjudicial sea antijurídico, en términos que no se halle jurídicamente obligado a soportarlo"²¹.

Sin embargo, lo concerniente a la "falta personal" es más complejo. Los autores distinguen la llamada "falta personalísima", caso en el cual ésta se halla desvinculada causalmente de la "falta de servicio" de la Administración. En tal

²¹ Hans Mundaca Assmussen. Ob. cit., p. 67. El autor alude, en esta parte, a la opinión de los españoles García de Enterría y Ramón Tomás Fernández.

situación el juicio de reproche que se formula al funcionario no tiene relación ninguna con el servicio público en el cual se desempeña.

En la llamada *"falta de servicio"*, como se dijo, la culpa de la Administración se presume; en la llamada *"falta personalísima"* la culpa del funcionario debe ser probada.

Como dijimos en lo precedente, la falta personal puede ser *"radicada"* o bien *"anónima"*. En el primer caso (*"falta personal radicada"*), ella arrastra automáticamente la *"falta de servicio del órgano de la Administración"* (porque se encuentra establecida la individualización del funcionario que desencadenó la ausencia o mal desempeño de la Administración comprometiendo su responsabilidad), pero no ocurre lo mismo tratándose de una *"falta personalísima"*, que no induce a la *"falta de servicio"* (porque la causa del daño se halla desvinculada de la actividad de la Administración).

En la *"falta personal anónima"* (desconocimiento del funcionario que causó el mal desempeño de la Administración), ésta conlleva necesariamente y de la misma manera a la *"falta de servicio"*, ya que el daño proviene de los órganos de la Administración, pero no se identifica al funcionario responsable de su producción.

Sobre la *"falta radicada"*, Letelier Wartenberg ha sostenido: *"Aquí la falta de servicio es precisamente revelada por la falta radicada. Como se puede apreciar, en este caso, no puede ser inútil la existencia o inexistencia de negligencia del funcionario. Si el resultado dañoso se produce aun cuando el funcionario actuó correcta y diligentemente, ello no puede constituir falta de servicio y, consecuentemente, no puede condenarse al Estado"*²². No compartimos esta conclusión, ya que en el caso propuesto se trata de una *"falta"*, o sea, de una conducta antijurídica que provoca daño, cuya causa es la conducta de un funcionario identificado. Si este funcionario obró como correspondía, no hay *"falta de servicio"*, porque desaparece la presunción de culpa y, por lo mismo, la falta. La hipótesis, entonces, cae por su base. De lo que llevamos dicho se deduce que la única que excluye la responsabilidad del Estado es la *"falta personalísima"*, puesto que en los demás casos o el daño proviene de un funcionario debidamente individualizado, o de los órganos de la Administración sin que sea posible identificar al autor material del daño. En ambos supuestos concurrirá la antijuridicidad, requisito esencial de la responsabilidad.

Lo que hemos llamado *"falta personalísima"* implica una separación del empleado público del ejercicio de sus funciones, pudiendo esta separación ser *"material"* o *"psicológica"*. En la primera hay una total desvinculación del funcionario de

²² Raúl Letelier Wartenberg. Ob. cit., p. 199.

la Administración (se trata específicamente de actos ejecutados en el ámbito de la vida privada). En la segunda, el acto se ha ejecutado por móviles personales, ajenos a la función que se desempeña, pero vinculado o en razón de la pertenencia a la Administración. La responsabilidad del Estado, en ambos casos, es excepcional y deriva, a nuestro juicio, de la llamada *culpa in eligendo*, definida como la *negligencia en la elección del que tiene que realizar una prestación*. La responsabilidad del Estado, tratándose de la *"falta personalísima"*, tiene como fundamento la mala elección del funcionario que se incorpora a los órganos de la Administración. Decimos que la responsabilidad del Estado es excepcional porque, cuando la desvinculación es material, no hay responsabilidad, salvo que el daño causado por el funcionario no haya podido provocarse sin los medios suministrados por la Administración. Tal ocurrirá, por ejemplo, si el daño proviene del uso de un arma u otro instrumento cualquiera que la Administración puso en manos del dañador y sin el cual el perjuicio no habría podido consumarse. Tratándose de una desvinculación psicológica, la responsabilidad de la Administración, además de la anterior, se funda en el hecho de que el daño no pudo causarse sino en virtud de la vinculación material del hechor con el órgano público. Así, por ejemplo, el dañador ingresó a una dependencia gracias a su condición de funcionario público, no obstante el hecho de que estaba movido por un propósito absolutamente ajeno al ejercicio de sus tareas.

En síntesis, tratándose de una *"falta personalísima radicada"*, deberá atenderse a la separación *"material"* del dañador con la Administración, y a la separación *"psicológica"*, pero, en ambos casos, es posible sostener la responsabilidad de la Administración, excepcionalmente, por efecto de la *culpa in eligendo*, esto es, la negligencia, desidia, descuido o imprudencia en la selección de los empleados que integran el servicio público y el vínculo, aun cuando remoto, entre el daño y la pertenencia de quien lo causa a la Administración.

Lo señalado nos parece conveniente por varias razones. Desde luego, si el daño no ha podido producirse si se excluye el hecho de pertenecer el dañador a la Administración, parece justo que ésta asuma el riesgo de la conducta de sus dependientes, en términos más o menos similares a los que contemplan los artículos 2320 y 2322 del Código Civil en relación a los particulares. Por otro lado, la Administración, más que nadie, responde de la llamada *culpa in eligendo*, ya que los empleados públicos deben ser seleccionados por medio de concursos rigurosos y están sometidos a evaluaciones periódicas, precisamente con el objeto de evitar conductas irregulares que puedan perjudicar a los administrados. Finalmente, existen numerosos casos en que el Estado pone en manos de sus dependientes medios e instrumentos a los que no tiene acceso, por lo general, el resto de la población. De ello se sigue un principio ineludible de responsabilidad en el evento de que aquel material sea indispensable causalmente para la producción del daño, aun cuando éste se cause sin que la vinculación del hechor con la Administración sea condición del mismo.

Sin embargo, lo preponderante en este aspecto, a nuestro juicio, consiste en la existencia de responsabilidad solidaria entre la Administración y el funcionario autor del daño (cuando éste es identificado y puede atribuírsele la producción del mismo). Lo que planteamos es un caso bien especial, si se tiene en consideración que la culpa del Estado se presume y la culpa del funcionario debe probarse, y si se considera, además, que subsiste la culpa del Estado cuando no es posible identificar al autor del daño que provoca la *"falta de servicio"*. Las peculiaridades de la responsabilidad extracontractual del Estado, podría decirse, se limitan a estos rasgos, dejando a salvo la responsabilidad del funcionario íntegramente asimilado a lo que dispone sobre la materia el Código Civil.

Queda demostrado, entonces, que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene un doble origen –del órgano administrativo y del funcionario dañador–, lo cual permite que el Estado, como lo disponen la Constitución y la ley, pueda repetir en contra del funcionario cuando es posible identificarlo e imputarle ser causante de la *falta de servicio*.

4. Relación de causalidad normativa tratándose de *"falta de servicio"* y de *"de falta personal"*

La cuarta peculiaridad de la responsabilidad extracontractual del Estado consiste en la exigencia de una relación causal normativa, tanto cuando se invoca *"falta de servicio"*, como cuando se invoca *"falta personal"*. La doctrina según la cual los daños causados por la primera sólo exigen una relación causal material y no normativa, nos parece equivocada.

Comencemos por recordar lo que hemos sostenido en uno de nuestros trabajos sobre esta materia: *"La relación de causalidad tiene por objeto precisar que el resultado nocivo no es más que una **consecuencia directa y necesaria** de un hecho (acción u omisión) imputable a una determinada persona. Aquí entran a jugar los factores de imputación (dolo, culpa o riesgo) para la atribución de responsabilidad. Como es natural, si el resultado dañoso no es consecuencia del hecho reprochado a su autor, no puede imponerse a éste la obligación de reparar los perjuicios"*²³.

La causalidad puede ser física (material) y jurídica (normativa). Un autor describe esta diferencia en los siguientes términos: *"Relación de causalidad es el enlace objetivo entre dos fenómenos de manera que no sólo sucede uno después del otro, sino que aquél sin éste no se hubiese producido. Las ciencias naturales explican cuándo un fenómeno es efecto de otro, pero en ámbito jurídico no es posible hacer*

²³ Este párrafo corresponde al libro *Responsabilidad Extracontractual*, del que soy autor. Publicado por la Editorial Jurídica de Chile. Año 1999. Primera edición, p. 369.

dependen de criterios físicos o naturales la determinación de la persona o personas obligadas a indemnizar un daño. El derecho ha de tener su propio método para saber cuándo un sujeto es responsable. Esta responsabilidad depende de que se pueda establecer una imputación razonable entre el acto u omisión del demandado y el daño sufrido por el demandante"²⁴. Tal como lo plantea el autor citado, no pocas veces un acontecimiento tiene una sola causa, más bien en éste interviene una serie de causas que se encadenan para producir un cierto resultado (concausas). De allí que *"La conversión de la causalidad física en la imputación jurídica significa que se ha podido llegar a la atribución razonable de una consecuencia perjudicial a una conducta indebida. Además, en muchas ocasiones un acontecimiento es causa de otro, que a su vez puede provocar un efecto ulterior. Ha de resolverse entonces si el acontecimiento inicial ha de ser considerado como causa de todos los que le suceden. Si no es así ¿en qué momento hay que cortar el encadenamiento de efectos? ¿Qué criterio ha de permitir pasar de la causalidad natural o física a la imputación jurídica?"*²⁵. Lo anterior me ha llevado a sostener que **para la conceptualización de causalidad en el ámbito jurídico es necesario unir a la causalidad material o física los ingredientes de la causalidad jurídica**, de suerte que esta última resulta de la combinación de ambos elementos. De lo anterior nacen las diversas teorías sobre la causalidad jurídica, entre ellas, la teoría de la "equivalencia de las condiciones", la "teoría de la causa próxima", "la teoría de la causa adecuada", etcétera. Un ejemplo aclarará lo señalado. Si el Estado, en la ejecución de una política pública sanitaria, dispone la vacunación masiva del sector etario más vulnerable de la población, y una partida de este medicamento, adquirida en un laboratorio extranjero, resulta defectuosa, provocando la muerte de varias personas, cabe preguntarse si puede imputarse responsabilidad a la Administración. En el presente caso la causalidad material o física puede asignarse, sin duda, al Estado, puesto que la vacuna fue adquirida y suministrada por él, pero no puede asignársele la causalidad jurídica, ya que su conducta no es jurídicamente idónea para imputarle el resultado dañoso²⁶. Puig Brutau coloca otro ejemplo, para explicar esta materia: *"Una persona pasa unos días en casa de un amigo y piensa regresar a su lugar de residencia tomando el avión del día siguiente. El amigo le ruega que se quede un día más y así se hace. Pero el avión del segundo día tiene un accidente y el viajero perece. Desde el punto de la vista de causalidad material no hay duda que la intervención del amigo que ha provocado el retraso forma parte de los antecedentes causales del resultado. Sin embargo, tampoco es dudoso que la culpa del fallecimiento no puede serle imputada y ningún tribunal le*

²⁴ José Puig Brutau. *Fundamentos de Derecho Civil*. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. Año 1983. Tomo II. Volumen III, p.92.

²⁵ José Puig Brutau. *Ob. cit.*, p. 93.

²⁶ Podría pensarse que en el caso propuesto el Estado debió examinar, una a una, las vacunas adquiridas o, a lo menos, constatar su buena calidad. Pero, en tal supuesto, la conducta imputada no es la vacunación masiva, sino la "falta de servicio" de quien estaba encargado del control de calidad del producto.

*condenaría por ello. Una cosa es la causalidad física y otra la causalidad eficiente para una imputación jurídica*²⁷.

Si se admitiera, como lo proclaman algunos autores, que tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado debe considerarse la causalidad material y no la causalidad normativa, se generaría todo tipo de excesos y se haría responsable a la Administración por hechos que escapan absolutamente de su previsión y control. De aquí la necesidad de establecer la relación de causalidad, como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el marco jurídico normativo y no en un marco meramente material o físico, así se trate de la responsabilidad por “falta de servicio” o por “falta personal”, cuando esta última procede.

No piensa de la misma manera Hugo Caldera Delgado, quien, examinando lo dispuesto en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución, extrae la siguiente conclusión: *“Otra de las consecuencias que se extraen de la mera lectura de la referida disposición es la siguiente: en presencia del perjuicio y constatada su relación directa de causalidad con aquél, para los efectos de la obligación de indemnizar el perjuicio, tampoco se atiende a si el daño es producto de una actuación u omisión irregular, esto es, constitutiva de falta de servicio –empleando el concepto incorporado por el art. 62, inc. final del Decreto Ley N° 1.289, Ley Orgánica de Municipalidades–, o por una actuación lícita que provoque daños a los particulares*²⁸. Por su lado, Eduardo Soto Kloss trata de la relación de causalidad sólo tangencialmente. Sobre el particular, dice: *“Probada, entonces, la existencia del daño o perjuicio sufrido por un sujeto de derecho, probada la autoría de dicho daño producido por la 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.)*²⁹. El mismo autor, más adelante, al tratar de las características de la responsabilidad del Estado, agrega: *“Al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende, de imposible estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo, resulta ser una **responsabilidad objetiva**, fundada sobre la base de la causalidad material, vale decir, entendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar a aquélla*³⁰. Como puede observarse, la conclusión de que la responsabilidad

²⁷ José Puig Brutau. Ob. cit., p. 92.

²⁸ Hugo Caldera Delgado. Ob. cit., p. 45.

²⁹ Eduardo Soto Kloss. Ob. cit., Tomo II. “El principio de juridicidad”, p. 272.

³⁰ Eduardo Soto Kloss. Ob. cit., p. 309.

extracontractual del Estado sólo exige una relación causal material o física, es consecuencia de atribuirle a la misma el carácter de **responsabilidad objetiva**, lo cual nos parece errado, como se señaló en las páginas precedentes. Lo cierto es que, tratándose de una responsabilidad subjetiva presunta –como se explicó–, carece de toda consistencia atribuir a esta responsabilidad una relación causal material o física y no jurídica o normativa.

Limitar la exigencia de una relación causal meramente material o física, entre el acto dañoso y su consecuencia, puede conducir a extremos inaceptables. Muchas veces el daño tiene como punto de partida un hecho objetivo, pero éste se enlaza con otros hechos que neutralizan todo posible reproche al autor del primero, como puede desprenderse de los ejemplos propuestos. Esto ha llevado a decir a los hermanos Mazeaud y André Tunc, a propósito de la interrupción del nexo causal, que *“El vínculo de causalidad falta cuando el daño es el resultado de una ‘causa ajena’; se entiende por ello un acontecimiento ajeno al demandado, un acontecimiento que no es un hecho suyo. Este acontecimiento puede ser el hecho de la víctima; sucede con frecuencia que quien demanda reparación haya causado por sí mismo el daño del que se queja. Puede ser un acontecimiento que no quepa imputarle a nadie, como la tempestad o la guerra; el daño resulta entonces de la fuerza mayor o el caso fortuito. Por último el daño puede ser el hecho de un tercero, es decir, de una persona que no es ni el demandante ni la víctima”*³¹. Por consiguiente, al exigirse una relación causal sólo material y no jurídica, se está negando la posibilidad de que opere una interrupción del nexo causal. Por otra parte, hemos sostenido que la causa jurídicamente idónea para imputar responsabilidad sobre un resultado nocivo, es aquella **razonablemente** previsible de acuerdo al acontecimiento, nivel cultural y desarrollo imperante en cada momento histórico en la sociedad. Por lo tanto, la llave para resolver el problema de la causalidad radica en la determinación de los **estándares ordinarios** prevalecientes en la sociedad en todo cuanto concierne al comportamiento de sus miembros. Así las cosas, la causalidad física no es más que el punto de partida para analizar las diversas conductas implicadas al iniciarse el hecho material que causa el daño. Fácil resulta comprender, entonces, que al limitarse la relación causal a una cuestión meramente física o material, se abre la puerta para eliminar esta exigencia como requisito jurídico de la responsabilidad.

De más está demostrar que, cuando concurre la responsabilidad por *“falta de servicio”* con la responsabilidad por *“falta personal”*, esta última estará sujeta a todas las exigencias impuestas en la ley conforme las reglas generales.

En conclusión, la responsabilidad extracontractual del Estado en sus dos posibles orígenes requiere para su existencia de una relación causal normativa, la cual

³¹ Henri y León Mazeaud y André Tunc. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo II. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961. pp. 10 y 11.

se establecerá aplicando alguna de las teorías que se han formulado sobre esta materia. No cabe, de este modo, dar a la responsabilidad extracontractual del Estado un tratamiento distinto a este respecto, como se ha postulado, puesto que, al hacerlo, se genera un híbrido desconectado de la normativa que conforma el estatuto jurídico de la responsabilidad.

5. Derecho de reembolso de la Administración

El último rasgo característico de la responsabilidad extracontractual del Estado consiste en el derecho de reembolso que asiste a la Administración cada vez que es obligada a reparar los perjuicios que ha provocado la *"falta de servicio"* o la *"falta personal"*. Lo anterior está expresamente consignado, prácticamente en los mismos términos, en el artículo 42 inciso 2° de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y en el artículo 142 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 publicado en el Diario Oficial del 26 de julio de 2006), sin perjuicio de lo señalado en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución.

Podría pensarse que esta particularidad no es más que la aplicación del artículo 2325 del Código Civil, según el cual: *"Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2319"*. Creemos, sin embargo, que el derecho consagrado en favor de la Administración es más amplio que aquel consagrado respecto de las personas obligadas a reparar los daños causados por las personas que de ellas dependen, como reza el Código Civil. En efecto, se presume que los funcionarios del Estado son personas capaces de delito o cuasidelito civil y, en el supuesto que hayan recibido orden de causar daño por parte de sujetos a quienes deben obediencia, la responsabilidad debería recaer en quien impartió esa orden, si efectivamente aquélla debía ser acatada de acuerdo a las normas que regulan el funcionamiento de los órganos de la Administración, y siempre que la misma (la orden) haya sido causa del daño. Como puede apreciarse siempre habrá un funcionario que incurra en *falta personal* –en la medida que pueda éste ser individualizado– y, por ende, en contra de quien la Administración pueda ejercer su derecho de reembolso.

De lo expuesto se desprende, entonces, que las presunciones de culpa de la Administración (*"falta de servicio"*) son un medio para facilitar a los particulares el ejercicio de su derecho a ser resarcidos de los perjuicios que sufren cuando éstos últimos proviene de un órgano del Estado. En lo demás, no se divisa una diferencia tan abismante y extrema como la que resulta de aceptar que la responsabilidad extracontractual del Estado se rige por un estatuto constitucional deducido, que

rompe todos los moldes y principios que gobiernan esta materia. Es innegable, desde otra perspectiva, el hecho de que uno de los principales escollos con que tropieza el administrado para conseguir la reparación de los daños –quien quiera sea su autor– es la solvencia del dañador. De aquí nace la importancia que se asigna a esta materia, ya que el desplazamiento de la responsabilidad del funcionario público a la Administración asegura la solvencia del llamado a reparar.

Hasta aquí las especificidades que presenta la responsabilidad extracontractual del Estado en relación al derecho común.

IV. La actividad material y la actividad jurídica del Estado

Cuestión importante es la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado tratándose de la actividad “material” y de la actividad “jurídica” de la Administración. ¿Responde el Estado de los daños que puedan producirse por la declaración de nulidad de un acto administrativo?

Desde luego, cuanto hemos señalado sobre las particularidades de este tipo de responsabilidad está referido a la actividad **material** de la Administración y no a la actividad **jurídica**. Nos parece claro que el Estado responda de los daños que provoca la conducta material de sus dependientes –con las especificidades ya mencionadas– cuando obra culpablemente, así este factor de imputación se presuma en favor del imperado en virtud de la “*falta de servicio*” o, tratándose de una “*falta personal*”, se acredite la negligencia del funcionario conforme los estándares generales prevalecientes en la sociedad. Pero no ocurre lo mismo con la actividad jurídica de la Administración, la cual no es fuente de responsabilidad, por varias razones.

1. Los actos administrativos están definidos en la Ley N° 19.880. El artículo 3° del mencionado estatuto dispone, en su inciso final, que “*Los actos administrativos gozan de una **presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad** frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de **suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez**, conociendo por la vía jurisdiccional*”. En consecuencia, el administrado está dotado de recursos y facultades especiales para impugnar el acto administrativo, tanto ante ella misma como ante los tribunales ordinarios o especiales de justicia. A lo dicho debe agregarse que el artículo 17 letra g) de la misma ley dispone, entre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración: “*Exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente*”. Si se considera que los “actos administrativos”, desde la perspectiva de la mencionada ley, consisten en “*decisiones formales que emite los órgano de la Administración del*

Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en ejercicio de una potestad pública”, se llegará a la conclusión que el daño que se sigue de la nulidad del acto administrativo sólo puede ser reclamado cuando hay disposición legal que lo autorice, y que se trata de un perjuicio esencialmente reparable por medio de los recursos administrativos y judiciales que corresponden, pudiendo la judicatura ordinaria o especial imponer el pago de las costas, lo cual es representativo del daño causado.

2. Lo anterior se halla confirmado por lo previsto en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución referido al ejercicio de otra potestad pública. Dicha norma regula los efectos del ejercicio irregular de la jurisdicción y dispone que 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 declare injustificadamente errónea, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido”*. Este derecho se encuentra reglamentado por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 10 de abril de 1996, publicado en el Diario Oficial de 24 de mayo de 1996. Conocido es el brocardo jurídico conforme al cual *“en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”*. Ahora bien, si la Constitución necesitó decir que en el evento de que se ejerciera en forma *“injustificadamente errónea o arbitraria”* una potestad pública (jurisdicción) era procedente una reparación de los perjuicios causados, es porque no puede invocarse responsabilidad civil de ninguna otra potestad pública, salvo que el sistema normativo lo autorice, tal como lo adelanta el artículo 17 letra g) de la Ley N° 19.880. A mayor abundamiento, nuestra conclusión está avalada por lo previsto en el artículo 79 de la Constitución, que, respecto de la responsabilidad personal de los jueces, señala que éstos *“son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”*. En suma, para que el ejercicio de una potestad pública comprometa la responsabilidad civil del Estado, es necesario que la Constitución o la ley hagan posible esta reclamación.

3. La posición sustentada limita la responsabilidad extracontractual del Estado en el evento que se declare –ya por la misma Administración o por los Tribunales de Justicia– la nulidad de un *“acto administrativo”*. Insistamos que, en tal supuesto, se trata de la expresión formal de voluntad emitida por un órgano de la Administración del Estado, pero no se extiende a otras situaciones, ya que la *“falta de servicio”*, tantas veces mencionada, puede manifestarse en otras expresiones de la actividad administrativa. Asimismo, la referida irresponsabilidad del Estado por actos administrativos dejados sin efecto, no excluye de manera alguna la dación o restitución de los beneficios patrimoniales que derivan del acto invalidado. Pero este efecto, no tiene carácter indemnizatorio

sino meramente restitutorio (en pro o contra de la Administración). Así, por ejemplo, si se ha concedido a un funcionario público una pensión de jubilación y posteriormente se invalida este acto administrativo, el funcionario acogido al beneficio deberá restituir lo percibido; a la inversa, si se ha negado este beneficio, y se anula posteriormente esta determinación, el funcionario percibirá aquello que legítimamente le correspondía. Como puede apreciarse, no se trata de una indemnización de perjuicios, en cuanto cumplimiento por equivalencia de una obligación incumplida, sino de un efecto restitutorio (pasivo y activo) que, si bien deriva de la invalidación del acto administrativo, no implica reparar los perjuicios provenientes de la nulidad del mismo, sino de los efectos patrimoniales generados a su amparo mientras estuvo vigente en virtud de la presunción de legalidad de que estaba dotado. En general, por lo tanto, puede sostenerse que los efectos patrimoniales derivados de la nulidad de un acto administrativo no constituyen una indemnización atribuible a la responsabilidad extracontractual del Estado, sino prestaciones restitutorias, cuya razón de ser se funda en la necesidad de cancelar los efectos generados por el acto invalidado.

La materia comentada está directamente relacionada con la llamada "*nulidad de derecho público*", que se funda en lo que prescribe el artículo 7° inciso final de la Constitución Política, norma que, como se sabe, no es más que la reiteración de lo previsto en la Constitución de 1833. Aun cuando no es este el tema de nuestro trabajo, debemos anticipar que, a nuestro juicio, dicha nulidad tiene caracteres propios (opera de pleno derecho, *erga omnes*, *ab initio* y es imprescriptible). Sin embargo, ello no se opone a que los efectos civiles de esta nulidad, respecto de terceros, sean plenamente prescriptibles, no así respecto del Estado. Por ejemplo, si el Estado se apropia de un bien inmueble por medio de una resolución administrativa, dicha confiscación adolece de nulidad de derecho público y, por lo mismo, el Estado deberá restituirlo a su legítimo dueño cualquiera que sea el tiempo transcurrido entre la confiscación y la restitución. Pero si el Estado ha cedido el bien a un tercero y este último adquiere la posesión del mismo, al cabo de 10 años, según el caso, se hará dueño por prescripción, no afectándolo la nulidad de derecho público. Cabe observar que las mismas reglas se aplican en nuestro derecho común, conforme lo dispone el artículo 1689 del Código Civil. Como puede apreciarse, una cosa es la nulidad de derecho público y sus efectos mientras el Estado está en poder de los objetos comprometidos en ella; otra cosa distinta es el efecto de la nulidad de derecho público cuando dichos objetos han salido de la esfera de dominio del Estado y su dominio se ha radicado en el patrimonio de un tercero. Con todo, insistamos que esta materia escapa del alcance y el sentido del presente trabajo.

En síntesis, no puede reclamarse responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la invalidación o nulidad de un acto administrativo, puesto que ello corresponde al ejercicio de una potestad pública y no existe norma

constitucional o legal que lo autorice (como ocurre excepcionalmente en algunas hipótesis contempladas en el texto de la Constitución). Lo anterior no impide que se ejerza, por el particular o por la Administración, ya sea la restitución o ejecución de los efectos patrimoniales que derivan del acto invalidado, pero aquello no corresponde a una reparación indemnizatoria destinada a cubrir eventuales daños derivados de la nulidad del acto administrativo. No es posible, por lo mismo, confundir una indemnización fundada en la invalidación de acto administrativo, con el restablecimiento de la relación patrimonial que tuvo origen en aquél. No sucede lo mismo, justo es reconocerlo, en materia civil. Como se ha analizado por la doctrina, en muchos casos es procedente hacer efectiva la responsabilidad en determinados supuestos en que se ha declarado la nulidad de un acto o contrato. Curiosamente este derecho no se ha hecho efectivo en la práctica³².

V. Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado

Esta materia ha sido largamente debatida, en especial por quienes sostienen que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene carácter objetivo. De lo anterior se desprende una supuesta imprescriptibilidad de la acción indemnizatoria. Los fundamentos de esta posición radican en el hecho que este tipo de responsabilidad sería "constitucional", ajena absolutamente a la concepción civilística y regida exclusivamente por normas de derecho público. En consecuencia, se dice, no existiendo ninguna disposición que admita o rechace la prescripción, ni que fije sus plazos, tanto en el texto constitucional como en las leyes que regulan la actividad del Estado (especialmente la Ley N°18.575), forzoso resultaría concluir que se trata de un derecho imprescriptible que puede hacerse valer en cualquier tiempo³³.

Surge, a propósito esta cuestión, un problema adicional. Chile ha suscrito y, sin duda, atendiendo a las tendencias políticas imperantes, suscribirá en el futuro tratados internacionales relativos a la prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado en lo que concierne a daños causados por la lesión de los derechos "que emanan de la naturaleza humana", como señala el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental.

Por lo tanto, nos referiremos, en primer lugar, a la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual en el ámbito del **derecho interno**, para luego

³² En nuestro libro sobre *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, publicado por la Editorial Jurídica de Chile, año 1995, dedicamos el Capítulo XII, pp. 281 y ss., bajo el título "Nulidad e Indemnización de Perjuicios", a esta materia.

³³ Avala esta posición lo resuelto en sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso "Hexágono Limitada con Fisco". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 84, Segunda Parte. Secc. Quinta. Año 1987, p. 217.

analizar la influencia que en ella tienen los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes.

A. Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho interno.

Si bien es cierto, como se advierte, que no existe norma constitucional ni legal que declare prescriptible la acción de perjuicios a que nos referimos, es igualmente cierto que no existe norma alguna que declare que dicha acción es imprescriptible y que no se extingue por el transcurso del tiempo. En este escenario cabe, entonces, definir dos cosas previas: si el estatuto de la responsabilidad extracontractual del Estado es diferente al de la responsabilidad extracontractual que pesa sobre los particulares; y cuál es el principio general que rige en esta materia.

Lo primero está respondido en el curso de este trabajo. La responsabilidad extracontractual del Estado, si bien tiene especificidades propias que la caracterizan, todas las cuales ya fueron examinadas, obedece a los mismos principios y la misma normativa que la responsabilidad extracontractual regulada por el derecho común (derecho civil).

Lo segundo es todavía más claro. El artículo 2497 del Código Civil, ubicado en el párrafo relativo a la *"prescripción en general"* (sus principios generales), establece: *"Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo"*. La cuestión, por ende, se halla expresamente regulada en el sistema jurídico al igualar al Estado y otros organismos con los particulares, en lo que se refiere a la prescriptibilidad de las acciones y derechos que emanan de la responsabilidad. De lo dicho se deduce que, admitiendo, como se dijo, que tanto la responsabilidad del Estado como la responsabilidad de los particulares están sujetas a las mismas disposiciones –sin que ello importe negar las especificidades propias de la primera– hay que reconocer que ambos tipos de responsabilidad dan lugar a acciones susceptibles de prescribir por el transcurso del tiempo.

El **principio general que rige sobre esta materia es la prescriptibilidad**, no sólo de la acción de responsabilidad extracontractual, sino de todo derecho. **La excepción es la imprescriptibilidad**, razón por la cual esta última requiere de una norma especial que así lo declare. Lo que decimos está confirmado por el sentido que debe darse a la prescripción. En teoría general del derecho, se trata de una institución de *"clausura"*, esto es, destinada a estabilizar y consolidar situaciones de hecho, transformándolas en situaciones de derecho. La sociedad requiere de *"seguridad jurídica"*, lo cual implica es-

tablecer relaciones de derecho formales y estables, capaces de proyectarse en el tiempo sin incertidumbres paralizantes. De aquí que, tanto la prescripción adquisitiva como extintiva, tengan por objeto hacer del tiempo un elemento de consolidación. Desde este punto de vista, no se observa diferencia entre la responsabilidad extracontractual del Estado y la que afecta a los particulares. En ambos casos, la prescripción resulta ser indispensable y cumple un papel igualmente necesario.

No puede ignorarse, tampoco, que tras la prescripción subyace una presunta voluntad abdicativa, puesto que quien deja pasar el tiempo admitiendo como legítima una situación de hecho, sin reclamar ante quien corresponde el reconocimiento de su derecho, en medida nada desdeñable manifiesta su tácita intención de abdicar del derecho afectado. Lo anterior opera con la misma fuerza y en la misma medida respecto del Estado y de los particulares.

La correcta doctrina parece hallarse en la sentencia recaída en los autos “Domic Bezić Maja con Fisco”, pronunciada por la Corte Suprema con fecha 15 de mayo de 2002 y redactada por el Ministro Urbano Marín. Comentando este fallo, Pedro Pierry Arrau señala que: *“no por ser la responsabilidad estatal de índole constitucional y de derecho público, no pueda extinguirse por el transcurso del tiempo (considerandos 13 y 14); que no repugna a la naturaleza de la acción que persigue la responsabilidad extracontractual del Estado la idea de aplicar las reglas del Código Civil a la prescripción extintiva (considerando 17); lo que no se produce mediante una aplicación supletoria, sino por mandato explícito del legislador en el artículo 2497 del Código Civil, que establece que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra del Estado (considerando 18); lo que constituye un mandato explícito del legislador (considerando 21). La sentencia, además, en el considerando 20, refuta con abundante doctrina a los autores que ‘por un excesivo afán de garantizar la autonomía e independencia del derecho administrativo han pretendido separar dogmáticamente de una manera radical sus instituciones respecto de las de otros derechos’³⁴.*

El fallo comentado nos parece especialmente significativo cuando reconoce, en el considerando decimosexto, que no sólo no hay norma positiva alguna que establezca de modo genérico la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Fisco o de otras instituciones estatales, *“sino, por el contrario, el régimen jurídico nacional ha sancionado preceptos que admiten y regulan esa modalidad de extinción de las acciones indemnizatorias respectivas...”³⁵*. Acto seguido, el mismo considerando alude al artículo 63 de la ex Ley General de Municipalidades (actualmente derogado), al Decreto Ley N° 3.557 de 1980

³⁴ Pedro Pierry Arrau. “Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Sistema actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema”. Trabajo publicado en *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Varios autores. Editorial Metropolitana. Año 2009, p. 89.

³⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 99. Segunda Parte. Secc. 1ª, pp. 95 y ss.

sobre Protección Agrícola en su artículo 8° y a la Ley Orgánica Constitucional N° 18.415. Si estas disposiciones han debido declarar la imprescriptibilidad de ciertas acciones y derechos que podían hacerse valer en contra del Estado, parece evidente que la regla general es la que expresa el artículo 2497 del Código Civil. La sentencia que comentamos abunda en razones para admitir la prescripción de las acciones que nacen de la responsabilidad extracontractual del Estado, agregando, luego de citar el texto del artículo 2497 del Código Civil, que dicha disposición *“nada tiene de insólita, si se recuerda que el artículo 2521 del mismo Código Civil establece que ‘prescriben en 3 años las acciones en favor o en contra del Fisco, y de las municipalidades provenientes de toda clase de impuestos’, porque al fijar un término especial de prescripción para las acciones relativas a ingresos tributarios del Estado y de los municipios, regidos por una de las vertientes del Derecho Público y que es distinto de los plazos establecidos para la prescripción de otras acciones o derechos en el mismo Código, denota la voluntad del legislador en orden a que el Estado y demás entidades indicadas en el artículo 2497 quedaran afectas a sus reglas referentes a la materia, a pesar de incidir en asuntos naturalmente propios del Derecho Público”*³⁶.

De lo manifestado puede desprenderse, como conclusión, que la regla general, a la cual se halla sometida la responsabilidad extracontractual del Estado, es la prescripción de las acciones y derechos que emanan de la misma, salvo que exista una norma especial que los haga imprescriptibles, como sucede en los casos antes mencionados. En este segundo supuesto, cobra importancia el hecho de que la **prescriptibilidad sea la regla general** y la **imprescriptibilidad la excepción**, ya que en este último evento la respectiva norma jurídica deberá interpretarse restrictivamente, no pudiendo extenderse su aplicación a situaciones que no se encuentren especial y formalmente contempladas en norma especial. Por ende, sólo pueden considerarse imprescriptible las acciones y derechos que expresamente sean declarados como tales por una ley.

B. Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado según las normas establecidas en los tratados internacionales.

Probablemente sea esta cuestión la que suscita mayor controversia en la doctrina y la jurisprudencia. Como es sabido, no existe entre los especialistas acuerdo sobre el valor de los tratados internacionales en el derecho interno chileno. Para una corriente de la doctrina éstos tiene idéntico poder vinculante que la ley (especialmente habida consideración de lo previsto en el artículo 54 N° 1 de la Carta Fundamental, que dispone que los tratados internacionales, para su aprobación o rechazo por el Congreso Nacional, deben someterse *“en lo*

³⁶ Conviene precisar que fallo aludido (citado en la nota precedente), lleva la firma de los ministros señores Marcos Libedinsky, José Benquis, Urbano Marín, Abogados Integrantes Patricio Novoa y Fernando Castro y fue redactado por el Ministro Marín Vallejos.

pertinente, a los trámites de una ley", y lo señalado en el artículo 93 N° 1 de la misma Constitución, que somete a control preventivo de constitucionalidad a los tratados internacionales "que versen sobre materias propias" de leyes orgánicas constitucionales). Para otra corriente, los tratados internacionales que versan sobre "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", tienen el mismo poder vinculante que las normas de la Constitución (atendido lo prevenido en el artículo 5° inciso 2° de la Carta Política y la circunstancia de que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía). No faltan tampoco los que postulan que el tratado internacional debe ubicarse por encima de la Constitución (en consideración a lo ya indicado, y al hecho de que estaríamos en presencia de un compromiso internacional del Estado). En fin, para otros doctrinadores el tratado internacional se halla por encima de la ley (habida consideración de su naturaleza contractual y legal), pero por debajo de la Constitución. Como puede constatarse, no nos encontramos ante un tema pacífico, ni es fácil dilucidar la cuestión sin adoptar posiciones muy controvertidas.

A nuestro juicio, el tratado internacional al incorporarse al derecho interno tiene idéntico poder vinculante que una ley (sea orgánica constitucional, de quórum calificado o simple ley, según el caso) y se le aplica, por lo tanto, el mismo estatuto y principios que corresponden a la ley. Como consecuencia de lo anterior, puede un tratado internacional establecer la imprescriptibilidad de una acción o derecho, en las mismas condiciones que puede hacerlo la ley interna. Empero, no es posible dar a la declaración de imprescriptibilidad carácter retroactivo (cuando el plazo de prescripción estuviere cumplido), pero tampoco puede invocarse la prescripción aduciendo que ella había comenzado a correr, pero no se ha enterado, al momento de producirse la declaración de imprescriptibilidad que da origen a la demanda de responsabilidad extracontractual. El fundamento jurídico de esta solución se halla en el artículo 26 la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que expresa lo siguiente: "Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiese principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción". Se dirá que esta norma está referida a la prescripción adquisitiva y no alcanza a la prescriptibilidad de las acciones y derechos que nacen de los ilícitos civiles. Lo indicado puede ser efectivo, pero no cabe duda que el artículo transcrito consagra un principio y que, a mayor abundamiento, en "donde existe la misma razón debe existir la misma disposición". El sentido de la ley es claro. Desde el momento que entra en vigencia una ley (y el tratado internacional tiene la fuerza de tal), que establece la imprescriptibilidad de un derecho, éste no puede extinguirse por prescripción, porque en esta situación no se afecta sino una mera expectativa. Pero si la prescripción se ha cumplido, aun cuando no haya sido declarada judicialmente, la nueva ley no puede afectar un derecho ya constituido.

De lo manifestado se sigue, entonces, que la prescriptibilidad de un derecho no se rige por las leyes vigentes al momento de perpetrarse el hecho que genera la responsabilidad, sino por la ley vigente al momento de cumplirse el plazo de prescripción: si al momento de enterarse el plazo el derecho es prescriptible, no puede ni la ley ni el tratado internacional desconocer o impedir la consumación de este efecto. A la inversa, si el plazo está pendiente al momento de declararse imprescriptible el derecho, éste no se extinguirá por este medio en el futuro. Reiteremos que lo anterior se desprende claramente, a nuestro juicio, de lo prevenido en la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, especialmente, como se indicó, de lo que expresa el artículo 26 de la misma.

Sostenemos, en consecuencia, que es plenamente aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado lo que dispone el artículo 2332 del Código Civil, en el entendido que el plazo debe computarse a partir de la *“perpetración del acto”*, esto es, desde que el ilícito civil se ha consumado, lo que sucederá al concurrir todos los elementos que lo integran; y de que la acción resarcitoria no haya sido declarada imprescriptible antes de los cuatro años contados de la comisión del ilícito.

VI. Alguna jurisprudencia

La jurisprudencia ha jugado un papel importante en el desarrollo de la teoría sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Basta examinar cualquier trabajo o artículo sobre la materia para constatar lo que afirmamos. Ha habido fallos de gran repercusión, lo cual ha contribuido a abrir paso a muchas de las opiniones que se han vertido a este respecto. Por nuestra parte, nos limitaremos a examinar algunas sentencias que inciden en los puntos más discutibles acerca de este polémico tema.

A. Sobre la prescripción de la acción sobre responsabilidad extracontractual del Estado.

En **sentencia de la Corte Suprema de 30 de noviembre de 2009**, recaída en la causa *“Riveros Silva, Miguel, con Fisco de Chile”*³⁷, se plantea el problema de saber si la prescripción por daño moral, producido por la desaparición forzada de personas, que estaría regulada por el derecho público y no por las instituciones de derecho privado, excluye la aplicación de los artículos 2492, 2514 y 2332 del Código Civil (considerando cuarto). La Corte Suprema, en el considerando **duodécimo**, sostiene *“Que, en torno a esta materia, es necesario tener presente que por su carácter universal, la prescripción no es ajena a estos casos y puede operar en todas las disciplinas, salvo que la ley o la índole de la materia*

³⁷ MJCH. MJJ23492. Rol 1.748-08, MJJ23492.

determinen lo contrario". Extendiendo su razonamiento, en el considerando siguiente, **décimo tercero**, señala: *"Que, dentro de nuestro ordenamiento no sólo no existe norma positiva alguna que establezca la imprescriptibilidad genérica de la responsabilidad extracontractual del Fisco o de otra institución estatal, sino, por el contrario, el régimen jurídico nacional consagra preceptos que admiten y regulan esa modalidad de extinción de las acciones indemnizatorias"*. Resueltamente la Corte Suprema, en el fallo que comentamos, admite la legitimidad de aplicar el "derecho común" en el silencio de una norma especial que rija esta materia, desarraigando, de esta manera, la pretensión de dar a la responsabilidad extracontractual del Estado un estatuto absolutamente ajeno a los principios consagrados en el Código Civil.

El considerando **décimo cuarto** señala: *"Que la aplicación de las normas concernientes a la prescripción contempladas en el Código Civil a las acciones en que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna con la naturaleza especial que ella posee, si se considera que tales acciones inciden en el ámbito patrimonial y que, en ausencia de normas positivas que establezcan su imprescriptibilidad, corresponde estarse a las reglas de derecho común que se refieren específicamente a la materia, entre las que figura el artículo 2332 del Código Civil, que versa directamente sobre la prescripción de la responsabilidad extracontractual"*.

El considerando siguiente –**décimo quinto**– expresa: *"Que la aplicación del citado precepto corresponde en virtud de lo dispuesto en el artículo 2497 del referido Código, según el cual 'las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor o en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tiene la libre administración de lo suyo'"*. Reafirmando su argumentación, el considerando que sigue –**décimo sexto**– manifiesta: *"Que la disposición legal recién transcrita nada tiene de particular si se considera que el mismo cuerpo normativo en su artículo 2521 dispone que 'prescriben en tres años la acciones a favor y en contra del Fisco y de las municipalidades provenientes de toda clase de impuestos', porque, al fijar un término especial de prescripción para las acciones relativas a ingresos tributarios del Estado y de las municipalidades, regidas por una de las vertientes del Derecho Público y que es distinto de los plazos señalados para la prescripción de otras acciones o derechos en el mismo Código, el legislador manifiesta su voluntad en orden a que el Estado y las demás entidades indicadas en el artículo 2497 quedarán afectadas a las reglas referentes a la materia, a pesar de incidir en asuntos propios del Derecho Público"*. Culminan estos razonamientos en el considerando **décimo séptimo**, que concluye: *"Que de lo razonado precedentemente se colige que la aplicación de las reglas del Código Civil, referentes a la prescripción extintiva de las acciones que se intenten en contra del Fisco y que no tienen un plazo especial de prescripción, obedece a un mandato explícito del legislador, claramente consignado en dicho cuerpo de leyes"*.

Resulta evidente, entonces, que el criterio de la Corte Suprema, en lo relativo a la prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado, es aplicar los plazos de prescripción contemplados en el derecho común, supletorio en esta parte de las reglas del derecho público.

El fallo de mayoría mencionado fue adoptado con un **voto disidente** en el cual se asevera que la responsabilidad que se persigue en estos autos *“no es de índole patrimonial, como se asegura, porque los hechos en que se sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual, sino, simplemente humanitaria; y es de esta clase en razón de que la pretensión del actor se fundamenta en haberse dado muerte a su padre en completa indefensión por militares que disponían de gran poder de coerción”*. En verdad, este razonamiento del disidente nos parece inspirado en un sentimiento ajeno absolutamente a la normativa jurídica, ya que no se justifica en qué consiste una *“relación humanitaria”*, sustancialmente diversa de una relación contractual o extracontractual, ni en qué texto jurídico se apoya el disidente. Por otra parte, de los delitos nacen acciones penales y acciones civiles en favor del ofendido, las que, como tales, están sujetas a extinguirse por obra de la prescripción, salvo, por cierto, que la misma norma declare expresamente su imprescriptibilidad. El disidente, para justificar su posición, recurre a lo previsto en el contenido de los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ninguna de dichas disposiciones declara imprescriptible el derecho a ser indemnizado con ocasión de la perpetración de un delito. El artículo 1.1 trata de un compromiso asumido por el Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna. El artículo 63.1 ordena que, en caso de violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte Internacional de Derechos Humanos (regulada en la misma Convención) dispondrá, *“si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”*. Como puede apreciarse, se trata de un mandato a la Corte Internacional de Derechos Humanos y no a los tribunales internos de los países que suscriben la Convención. No se divisa, entonces, cómo puede deducirse de estas normas una hipotética imprescriptibilidad de la acción de responsabilidad extracontractual. Tampoco el disidente repara en el hecho de que la citada Convención se incorporó al derecho interno chileno el año 1991, y la perpetración del acto dañoso ocurrió, de acuerdo a los antecedentes del juicio cuya jurisprudencia comentamos, el año 1981. Finalmente, la alusión del disidente a los artículos 131 de la Convención de Ginebra y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es impertinente, si se considera que la Convención Americana de Derechos Humanos que se invoca, como se dijo, se incorporó al derecho interno en 1991 y no existe en ella compromiso internacional alguno de nuestro país en orden a declarar imprescriptible la responsabilidad extracontractual del Estado. En lo demás el voto disidente no hace más que remitirse a disposiciones constitucionales y legales ya latamente comentadas.

En sentencia de la Corte Suprema, de 27 de diciembre de 2006, recaída en autos “Martínez Ruiz, Josefina, con Fisco de Chile”³⁸, se contienen análogos argumentos a los antes analizados y se desdican, además, las razones dadas por el voto disidente citado en el párrafo que antecede.

En el considerando **décimo tercero** de esta sentencia se reafirma la idea que la responsabilidad extracontractual del Estado está sujeta, en cuanto a su prescriptibilidad, a las normas del derecho común: *“Que... es necesario tener presente que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte, la circunstancia de que determinadas responsabilidades se encuentren reguladas por normas pertenecientes al Derecho Público no constituye óbice para que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, con arreglo a disposiciones pertenecientes a esa rama del derecho, dado que la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica y, como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, entre otros, en las disciplinas correspondientes al Derecho Público, salvo que por ley o, en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, las imprescriptibilidad de las acciones”*.

El considerando siguiente –**décimo cuarto**– reconoce que no existe norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado: *“Que, en el señalado orden de ideas, cabe apuntar que, dentro de la legislación nacional, no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales”*. En la misma línea argumentativa, el considerando **décimo quinto** expresa: *“Que, siguiendo la misma línea de razonamientos, debe tenerse presente que la aplicación de las normas concernientes a la prescripción contempladas en el Código Civil a las acciones mediante las cuales se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna a la naturaleza especial que ella posee, dado que tales acciones pertenecen al ámbito patrimonial y que, por ende, en ausencia de normas que consagren su imprescriptibilidad, corresponde estarse a las reglas del derecho común, referidas específicamente a la materia”* (Argumento perfectamente similar al contenido en el considerando décimo cuarto del fallo antes comentado).

En el considerando **décimo sexto** se reproduce el artículo 2497 del Código Civil, ya citado, para insistir en el hecho de que la prescripción corre a favor y en contra del Estado por disposición expresa de la ley. Asimismo, en el considerando siguiente –**décimo séptimo**– se declara aplicable en la especie el artículo 2332 del Código Civil, que extingue la acción de responsabilidad extracontractual en el plazo de cuatro años contados desde la perpetración del acto ilícito.

³⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo CIII. Año 2006. Segunda Parte. Secc. Primera, p. 797.

Acto seguido, esta sentencia se hace cargo de los argumentos “internacionales”, acogidos en el voto disidente antes analizado. En efecto, el considerando **décimo octavo** señala: *“Que el recurso ha imputado, asimismo, a la sentencia que cuestiona, haber transgredido, al aceptar la excepción de prescripción opuesta por el Fisco, diversas normas pertenecientes al Derecho Internacional de Derechos Humanos, que consagran la imprescriptibilidad en materias relativas a la protección de estos derechos, mencionando, a tal efecto, en primer término, el ordenamiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– promulgado mediante Decreto Supremo N°873, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991”*. Los dos considerandos siguientes, **décimo noveno** y **vigésimo**, se hacen cargo de estas alegaciones en los siguientes términos:

“Décimo noveno: Que semejante reproche aparece desprovisto de fundamentación atendible, puesto que, si bien dicho tratado tiene la fuerza normativa que le reconoce el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, su vigencia arranca de una época posterior en el tiempo a aquélla en que ocurrieron los hechos objeto del actual juzgamiento, de modo que sus disposiciones no le resultan aplicables.

“Sin perjuicio de lo expresado, necesario es puntualizar que está en lo cierto la sentencia recurrida cuando afirma que la mencionada Convención no contiene regla alguna que permita afirmar la imprescriptibilidad de las acciones civiles encaminadas al resarcimiento de los perjuicios derivados de la violación de los derechos humanos.

“Por lo que toca específicamente al artículo 63 –única disposición del Pacto que el recurso presenta como vulnerada–, basta una somera lectura de su texto para comprender que en él se plasma una norma imperativa dirigida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que ninguna correspondencia guarda con la materia comprendida en el recurso”.

“Vigésimo: Que tampoco se ha infringido en la sentencia impugnada, como lo afirman los recurrentes, el artículo 131 de la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra de 1949, publicada en el Diario Oficial de 18 de abril de 1951, pues la autoexoneración que esa norma impide a los Estados contratantes se encuentra circunscrita, en virtud de la remisión que en ella se hace a las disposiciones procedentes de su texto –en los artículos 129 y 130–, únicamente a la responsabilidad criminal por graves delitos que dicha normativa describe y no alcanza al ámbito de la responsabilidad civil en términos de vedar la prescripción de las acciones tendientes a hacerla exigible”.

Queda, de esta manera, claramente consagrada la doctrina que sustenta la jurisprudencia de la Corte Suprema, en orden a que la acción civil de respon-

sabilidad extracontractual del Estado, en materia de prescripción, se rige por las normas del derecho común, quedando ella sujeta al plazo de prescripción consagrado en el artículo 2332 del Código Civil, esto es, cuatro años contados desde a perpetración del acto. Conviene tener en consideración que la ley habla directamente de “perpetración del acto”, razón por la cual se ha entendido que ello implica la consumación del ilícito civil, lo que, a su vez, importa la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos.

B. Sobre la “falta de servicio”

Sobre esta materia se han pronunciado varias sentencias. Nos referiremos a aquellas que nos parecen más significativas.

La Corte Suprema, en sentencia de 26 de enero de 2005, recaída en autos caratulados “Bustos Riquelme, María A., con Fisco de Chile”³⁹, señala lo siguiente en lo relativo a la “falta de servicio”:

“Décimo: ...la noción de falta de servicio como vertiente específica de responsabilidad estatal por actos u omisiones de su administración juega en el plano de las actividades de los organismos que la integran respecto de los usuarios o destinatarios de los servicios correspondientes y no se aplica en las relaciones de esos entes con sus dotaciones.

“Undécimo: Que la responsabilidad del Estado por actos de la Administración, consagrada genéricamente en el art. 4° de la Ley N° 18.575, emana de la naturaleza misma de esa actividad estatal, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas acciones que debe desarrollar en el ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo para el cumplimiento de los fines y deberes reconocidos en el artículo 1° de la Constitución Política, para lo cual debe hacer uso de todas las potestades y medios jurídicos y materiales que ella le otorga, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de la rama del Derecho Público”.

“Duodécimo: Que siendo hechos establecidos en la causa que el autor de las lesiones al hijo del demandante fue un cabo de Ejército; que ellas tuvieron lugar en el interior del Regimiento N° 14, ‘Aysén’ de Coyhaique, y que la víctima a la fecha de ocurrencia de los hechos cumplía con el Servicio Militar Obligatorio, es indudable que el Estado debe responder por el daño irrogado, ya que se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad,

³⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo CII. Enero-junio año 2005. Segunda Parte. Secc. Primera, p. 63.

respecto de quien cumplía con el deber militar que le corresponde a todo varón mayor de 18 años; servicio que persigue como fin preparar el contingente necesario para la defensa del país y, consecuentemente, permitir al Estado cumplir con el deber de resguardo de la seguridad nacional que le impone la Carta Fundamental”.

Especialmente relevante nos parece la afirmación de que la “falta de servicio” es una vertiente específica de la responsabilidad del Estado por actos u omisiones de la Administración, y dirigida a los usuarios o destinatarios de los servicios que debe brindar el Estado. Igualmente relevante resulta la afirmación de que la responsabilidad consagrada genéricamente en el artículo 4° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, “emana de la naturaleza misma de la actividad estatal, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad”. Como puede apreciarse, este concepto –“falta de servicio”– se halla en la raíz de la actividad de la Administración.

En sentencia de la Corte Suprema, de 6 de septiembre de 2006, recaída en recurso de casación en el fondo, en los autos deducidos por “Juan Pablo Santelices y Marcela Luz Palacios Larenas contra la I. Municipalidad de Concepción”⁴⁰, se expresa lo siguiente sobre el concepto de “falta de servicio”:

“12°.- Que, entonces, el problema se encuentra acotado, puesto que la conclusión final del fallo impugnado consiste en que no hubo falta de servicio por parte de la entidad demandada.

“Esta Corte, no puede sino concordar con dicho predicamento, pues para que concurra falta de servicio, es menester que exista una obligación legalmente consagrada, respecto de determinado órgano de la Administración, de prestar alguno concreto y específico. Entonces, la responsabilidad operará cuando el servicio a que por ley está obligado no se preste, se cumpla en forma tardía, o de manera insuficiente, y luego exista relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación, o cumplimiento tardío o inadecuado, y el daño producido.

“13°.- Que, en el presente caso, lo anterior no ocurre porque no se ha invocado una falta de un servicio directo, concreto y determinado que la ley haya obligado a prestar a la municipalidad demandada, en relación con los hechos de autos y cuya inobservancia haya producido, también de modo directo, los perjuicios que se reclaman y se le hace responsable.

“Para configurar una situación jurídicamente vinculante respecto de la entidad demandada –como la que se invoca en la demanda– resulta por

⁴⁰ Sentencia publicada en la *Revista Fallos del Mes*, N°573. Septiembre 2005-2006, p. 2373.

completo insuficiente la mera existencia de la obligación de inspeccionar las obras, según la normativa traída a colación por el recurso de casación en el fondo, o la de aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, sin perjuicio de que los hechos de la causa no se vinculan con la obligación atribuida a la autoridad recurrida de revisar la ejecución de la obra en terreno.

“14°.- Que, por otra parte, entender que en la especie ha existido falta de servicio municipal, implica extender en demasía dicha noción, puesto que como aparece del libelo pretensor, los hechos se desencadenaron debido a factores climáticos, esto es, intensas lluvias que inundaron los accesos y jardines del inmueble del actor, lo que hizo que la empresa constructora para mitigar el problema haya construido rejillas de captación de aguas, para recibir las aguas lluvias que escurren superficialmente por la calle y conducirlas hacia el colector, donde se habría producido la inundación y los daños que habrían provocado la desvalorización del inmueble del demandante”.

En este fallo, creemos nosotros, se sienta la correcta doctrina en materia de “falta de servicio”. Se trata de aquellas prestaciones que el órgano de la Administración está obligado a prestar en virtud de un mandato legal. Este servicio debe ser determinado, concreto y específico. No es admisible, por ende, establecerlo genéricamente o deducirse indirectamente de una norma relacionada. La Administración está sujeta a un estatuto jurídico que fija sus deberes y obligaciones para con los usuarios. Cuando estos deberes no se cumplen, o se cumplen imperfectamente o con retardo, nace la “falta de servicio”, que, a nuestro juicio, es una especie de culpa de la Administración, sujeta a una presunción simplemente legal.

En sentencia de la Corte Suprema de 15 de octubre de 2009, en autos seguidos en contra de la Municipalidad de San Ramón por falta de servicio, se consignan los siguientes razonamientos⁴¹.

“Cuarto: Que sobre la base de estos hechos y de los preceptos legales que invoca en su parte considerativa –cuya aplicación e interpretación se reprocha por el presente recurso en los términos que se han relacionado precedentemente–, la sentencia recurrida estableció la responsabilidad extracontractual de la Municipalidad demandada, por falta de servicio, la que tiene por configurada al no haber señalado en el sitio de la calzada donde ocurrió el accidente, la existencia de un hoyo o bache en ella, advirtiendo el peligro que representaba a quienes por allí circulaban; situación que acarreo como resultado las lesiones que experimentó el demandante Godoy Villouta

⁴¹ Esta sentencia no se encuentra aún publicada.

y que obliga al ente municipal demandado a asumir la reparación de los perjuicios de índole moral que de ello se han seguido para dicha persona;

“Quinto: Que precisada de la manera antes referida la cuestión de hecho implícita en la controversia, resulta conveniente iniciar este examen por definir qué tipo de imputación implica la responsabilidad por falta de servicio. Si bien, la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados en el artículo 44 del Código Civil, conlleva la constatación de una carencia o ausencia de actividad. En otras palabras, y para el caso de autos, la falta de servicio consiste en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta por el ordenamiento jurídico. Ello supone afirmar algo más que el daño causado, toda vez que debe haber algún punto de imputación que se basará en la ausencia de una actuación debida por parte del municipio condenado;

“Sexto: Que conforme a lo expuesto, al ser la falta de servicio el factor que desencadenará la responsabilidad municipal, ésta necesariamente supone que el municipio incurra en una falta en su actuación que se ha traducido en la ausencia de un servicio que debió haberse prestado o, al menos, debió haberse entregado en mejor forma;

“Séptimo: Que, como ha quedado dicho, a la Municipalidad de San Ramón se le ha atribuido responsabilidad extracontractual por falta de servicio, por haber estimado los jueces del fondo que incumplió su deber de señalar el mal estado de la calzada a fin de advertir de los riesgos que ello implicaba para sus usuarios;

“Octavo: Que en el caso sub lite ha de plantearse la cuestión relativa a qué debe entenderse por una señalización adecuada. Esta última estará determinada por los factores de riesgo detectables en un sector o intersección determinada, lo cual conduce a analizar la entidad de dichos factores de riesgo en el sector en que se produjo el accidente que se le achaca al municipio demandado. En efecto, la noción de falta de servicio a que se debe acudir es funcional y no formal, pues habrá que indagar el riesgo real de accidentes en el caso concreto de la esquina en que ocurrió el siniestro que motiva la acción indemnizatoria de estos autos;

“Noveno: ...

“Décimo: ...En esas circunstancias, no puede considerarse que ha existido una falta de servicio si el gobierno comunal de que se trata no ha incurrido en incumplimiento de estándares mínimos de funcionamiento de sus servicios”.

Las reflexiones que anteceden, a nuestro juicio, son confusas y no apuntan en la dirección correcta. Desde luego, la descripción que se hace y lo que debe entenderse por *"falta de servicio"* coincide con la noción de culpa. La *"carencia o ausencia de actividad"*, cuando ella ha debido realizarse por un imperativo legal, es típicamente una manifestación de descuido, desatención, negligencia o carencia de la diligencia debida. ¿Por qué no reconocer, entonces, que la *"falta de servicio"* no es más que una especie de culpa imputable a la Administración? ¿Por qué no admitir que la *"falta de servicio"* importa una presunción de culpa susceptible de desvanecerse alegando una causal de exención de responsabilidad? La Corte Suprema divaga sobre la naturaleza jurídica de la *"falta de servicio"*, pero no llega a una conclusión, dejando dicha noción en la penumbra. A lo anterior hay que agregar el hecho de que se vincula, sin necesidad alguna, el *"riesgo"* al concepto de *"falta de servicio"*, aproximándose con ello peligrosamente a la noción de *responsabilidad objetiva*, que, como se comentó en las páginas que anteceden, ha sido postulada por varios autores. En suma, se razona sobre la base de la culpa, negándose, sin embargo, expresamente, esta calidad (*"la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados por el artículo 44 del Código Civil"*). Para caracterizar esta noción se recurre a la *"carencia o ausencia de actividad"*, la misma que la Administración debe realizar por imperativo legal. Por último, cabe descartar en el análisis toda consideración a los *"factores de riesgo"*, que si bien pueden interesar para mediar el descuido, la desidia o negligencia del órgano público no forman parte de la *"falta de servicio"* que se satisface por el solo hecho de no ejecutar la prestación debida, ejecutarla imperfectamente o en forma retardada. En consecuencia, la *"falta de servicio"* es un factor normativo y no meramente funcional, como lo entiende la Corte Suprema. El último considerando transcrito (décimo) permite medir la identidad entre *culpa* y *falta de servicio*, puesto que esta última noción, al decir de los falladores, importa violentar los *"estándares mínimos de funcionamiento de sus servicios"*, elemento subjetivo de la responsabilidad extracontractual.

C. Sobre el carácter directo de la responsabilidad extracontractual del Estado

Finalmente, citaremos una sentencia que incide en el carácter directo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En sentencia de la Corte Suprema de 19 de octubre de 2006⁴² se consignan las siguientes reflexiones:

⁴² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo CII. Julio-Diciembre año 2005. Segunda Parte. Secc. 5ª, p. 1081.

“Sexto: Que, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, el principio de la responsabilidad del Estado, si bien se encuentra consagrado en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República, no indica cuál es su naturaleza, de suerte que para determinarla debe necesariamente recurrirse a la ley, en este caso, el artículo 4° del D.F.L. 1 – 19.653, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Esta disposición previene que el Estado es responsable por los daños que causaren los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que la hubiere ocasionado.

“Séptimo: Que esta responsabilidad del Estado que se consagra en el precepto legal referido en el fundamento anterior, como lo ha sostenido esta Corte, es de carácter genérico, pues emana de la naturaleza misma de esa actividad estatal, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad, de las variadas que debe desarrollar en el ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo para el cumplimiento de las funciones y deberes reconocidos en el artículo 1° de la Carta Política, para lo cual debe hacer uso de todas las potestades y medios jurídicos y materiales que ella le otorga, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de la rama del Derecho Público.

“Octavo: Que no es valedero sostener, como se plantea en el presente recurso, que en la especie el Fisco estaría libre de responsabilidad, porque el funcionario autor de un delito dañino no puede ser calificado como órgano estatal que haya actuado en el campo de su competencia legal. En efecto, el citado artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al configurar la responsabilidad estatal por los daños que causen los órganos de su Administración, no la excluye porque ella puede ser consecuencia de una falta personal del agente público cuya acción u omisión provoca el perjuicio indemnizable, recogiendo la misma noción que se consigna en el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Política Nacional.

“Noveno: Que, en este sentido, entre otros autores, don Enrique Silva Cimma señala que para que sea procedente la responsabilidad estatal de Derecho Público, que establecen las disposiciones relacionadas en el motivo anterior, ‘no es necesario siquiera individualizar a la persona natural que con su acción u omisión causó el perjuicio, ni probar la culpa o daño de su conducta, ni tampoco discernir si la actuación de la administración fue lícita o ilícita o si se materializó en un hecho material o en un acto administrativo’ (*Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Control*

Público. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1994, pág. 217) y, a su vez, José Bidart Hernández anota que... ' la teoría del órgano se limita a constatar para hacer nacer la responsabilidad extracontractual del Estado, si el daño ha sido causado a consecuencia de la actuación, la omisión del retardo o el funcionamiento parcial de un servicio, excluyendo del análisis si el daño resultante es imputable a culpa o negligencia del funcionario público...' (*Sujetos de la Acción de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, pág. 207)".

La sentencia transcrita reconoce que la responsabilidad extracontractual del Estado es directa y que, desde la perspectiva del dañado, no es necesario probar quién es el autor del daño. Basta que éste provenga de un órgano estatal y tenga como antecedente inmediato la "*falta de servicio*" de la Administración. Con todo, hay que reconocer que puede el afectado accionar contra el autor del daño (cuando le haya sido posible su identificación) y contra la Administración, puesto que existe responsabilidad solidaria de ambos como autores del ilícito civil (delito o cuasidelito).

Como puede comprobarse, la jurisprudencia no ha conseguido esclarecer los conceptos en juego ni mucho menos adoptar una teoría general sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Insistimos que su aporte ha sido mezquino, ya que, como se ha señalado, no se aborda derechamente, por vía de ejemplo, la naturaleza de este tipo de responsabilidad y el alcance y sentido que debe darse a la "*falta de servicio*", noción que enriquece esta materia al introducir nuevas categorías normativas a la teoría general de la responsabilidad.

VII. Conclusiones a modo de resumen

Aun cuando no es fácil extraer algunas conclusiones a modo de resumen, parece necesario intentarlo, habida consideración de los numerosos problemas que plantea este tema y que quedan abiertos a la discusión y el diálogo.

No se trata, por cierto, de conclusiones definitivas, puesto que abordamos un tema polémico, en que serán necesarios nuevos juicios y pareceres, atendido el hecho de que la responsabilidad extracontractual del Estado seguirá siendo objeto de controversia y disensiones. En la medida que la Administración extiende su actividad –productora, fiscalizadora, reguladora, supervisora de la acción privada– irán multiplicándose las demandas sobre responsabilidad del Estado. De aquí que sea conveniente abordar esta cuestión y proponer a la brevedad, una teoría general sobre la materia. No puede dejarse de lado el hecho de que el contencioso administrativo, que durante muchos años no tuvo sede jurisdiccional, puesto que no se habían creado los tribunales especiales

instituidos en la Constitución para atender este tipo de controversias, han pasado a manos de los tribunales ordinarios de justicia. De lo anterior parece desprenderse un cierto reconocimiento de que son los principios de derecho común los llamados a orientar la solución de estos conflictos.

Nuestras conclusiones, fundadas en las razones antes consignadas, en una muy apretada síntesis, son las siguientes:

1. La Constitución Política de la República apunta, preferentemente, a la organización y funcionamiento de los poderes públicos y no a la solución de conflictos intersubjetivos, sin perjuicio, por cierto, de todo lo relacionado con los derechos esenciales protegidos por la Carta Política. Por lo tanto, no debe invocarse su supremacía para la construcción de un estatuto destinado a resolver problemas que se encuentran regulados en las leyes, mucho menos si se intenta con ello sustituir la legislación común para reemplazarla por un estatuto deducido, impreciso y general. En otros términos, negamos la posibilidad de que exista un régimen de responsabilidad extracontractual del Estado basado en normas constitucionales, de derecho público, opuesto al régimen civil de responsabilidad extracontractual establecido en el derecho común (civil). La tentativa de construir un sistema diferente, basado en normas dispersas y muy generales, no logra, creemos nosotros, su objetivo, pero sí confundir y oscurecer esta temática.

2. No es dable, en este momento, aceptar una distinción entre “actos de autoridad” (en que el Estado actúa como soberano) y “actos de gestión” (en que el Estado actúa como sujeto de derecho común). Se trata de una distinción superada tanto en Chile como en el extranjero, razón por la cual no cabe volver sobre ella en el futuro.

3. Las disposiciones constitucionales que se invocan para la construcción de un régimen especialmente aplicable a la Administración sobre responsabilidad extracontractual del Estado, no sólo son insuficientes para alcanzar este propósito, sino que todas ellas se remiten al imperio de la ley, clausurando la tentativa por darles un alcance especial. El análisis de los artículos 6°, 7° y 38 inciso 2° de la Carta Política revela que la responsabilidad extracontractual del Estado está entregada a la regulación legal. La remisión que las normas constitucionales hacen a las normas legales nos parece un argumento definitivo para excluir la proposición de elaborar un estatuto constitucional sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, en contravención al mandato expreso de Carta Fundamental.

4. Las disposiciones legales que se citan para dar fisonomía propia a un estatuto especial sobre responsabilidad extracontractual del Estado tampoco sirven este objetivo. Particularmente elocuente resulta el examen de los artículos 2°, 4° y

42 de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, todas las cuales dejan en evidencia que esta materia está regida por el derecho común. En ninguna de ellas se configura un tipo de responsabilidad objetiva, que opere ipso jure, que sólo requiera una relación causal material y que sea imprescriptible. Sin embargo, existen leyes especiales que, en casos particulares y específicos, establecen este tipo de responsabilidad para sancionar infracciones muy calificadas, lo cual es indicativo de que la regla general es otra.

5. Excluimos, en consecuencia, toda posibilidad de atribuir a la responsabilidad extracontractual del Estado un carácter objetivo, que opere de pleno derecho, *ab initio*, de causalidad material e imprescriptible. Ninguno de estos rasgos tiene asidero en nuestro derecho. La construcción doctrinaria que postula un estatuto objetivo extrae todas estas características de disposiciones asociadas a la responsabilidad del Estado, pero perfectamente compatibles con los principios en que se sustenta la teoría consagrada en el derecho común sobre la responsabilidad extracontractual.

6. La responsabilidad extracontractual del Estado, no obstante su asimilación al derecho común, tiene especificidades que la singularizan, pero sin darle una fisonomía propia y opuesta al derecho común. Se trata de una "responsabilidad directa del Estado" (diferente a la responsabilidad vicaria contenida en nuestro Código Civil); el concepto más característico y singular es la "falta de servicio", que incide en la culpa de la Administración en la prueba y en la conducta de los empleados o agentes del Estado; la responsabilidad del Estado genera dos fuentes diversas, por una parte la que incumbe a la Administración (directa) y la que incumbe al autor del daño, pudiendo hacerse valer solidariamente o por separado; la relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual del Estado, por "falta de servicio" o por "falta personal" es normativa y no material; el Estado conserva siempre el derecho de reclamar el reembolso de lo pagado por concepto de indemnización cuando el daño proviene de hecho o culpa de sus dependientes. Estas singularidades se avienen perfectamente bien con las normas comunes sobre responsabilidad, sin romper su unidad y armonía.

7. La "falta de servicio" aparece como una nueva manifestación de culpa, sólo imputable a la Administración. Ella constituye una presunción simplemente legal de culpa, que admite, por lo tanto, prueba en contrario. Por lo mismo, basta al dañado con acreditar que no se prestó el servicio, o que se prestó imperfectamente, o con retardo, para reclamar la reparación indemnizatoria, pudiendo la Administración exonerarse de responsabilidad acreditando que no ha habido de parte de sus funcionarios o agentes culpa (factor de imputación), o que el daño obedece a la acción de un tercero, o a un caso fortuito o fuerza mayor u otra causal de justificación. La sola circunstancia de no haberse un prestado un servicio a que estaba obligada la Administración, o de haberlo prestado

imperfectamente, o con retardo, compromete la responsabilidad del Estado, presumiéndose culpa de la misma, pero pudiendo la Administración acreditar su exoneración de responsabilidad bajo los presupuestos señalados.

8. El servicio que presta el Estado debe hallarse dispuesto en el ordenamiento jurídico, lo cual delimita las fronteras de su actividad y sus obligaciones. No pueden exigirse al Estado sino aquellos servicios que se encuentran ordenados en las normas jurídicas. En consecuencia, la responsabilidad del Estado deriva siempre y necesariamente de una acción antijurídica, esto es, formal o materialmente contraria a derecho. Si el servicio que reclama el imperado no se encuentra ordenado en el sistema normativo, no puede imputarse responsabilidad a la Administración.

9. La responsabilidad del Estado supone la ejecución de un acto antijurídico, esto es, material o formalmente contrario a derecho, así el hecho sea imputable al órgano público a uno de sus agentes o dependientes. Lo obrado por el funcionario compromete al Estado, sea que exista la posibilidad de evitar el daño o que ello resulte imposible. Se amplía la responsabilidad extracontractual del Estado al negársele la posibilidad de acreditar que no ha habido manera de evitar el daño. La actividad de la Administración ajustada derecho no genera responsabilidad extracontractual, pero puede derivarse de ella un deber de compensación patrimonial en favor de la víctima para efectos de hacer realidad la igual repartición en las cargas públicas.

10. Las "faltas personales" (de los funcionarios o agentes públicos), así sean "radicadas" o "anónimas", generan responsabilidad por "falta de servicio", sólo se excluye la "falta personalísima" cometida en el ejercicio de su función, en determinados casos, debiendo distinguirse la desvinculación "material y psicológica" del dañador con la Administración. Para comprometer la responsabilidad del Estado sería suficiente que la posición que ocupa el agente estatal haya sido necesaria para provocar el daño o que los medios e instrumentos que proporciona la Administración a su dependiente hayan sido indispensables para consumar el ilícito.

11. El Estado es responsable de su actividad material (área en que inciden todos los elementos que la conforman) y no es responsable de la actividad jurídica, salvo disposición expresa en contrario. El sistema normativo prevé los recursos y los medios con que cuenta el imperado para evitar los daños que tengan como causa primordial la actividad jurídica de la Administración. En estos casos el Estado responde sólo cuando la norma lo autoriza expresamente, como sucede, por ejemplo, con la actividad jurisdiccional.

12. La responsabilidad extracontractual del Estado prescribe conforme las reglas generales del derecho común. La imprescriptibilidad constituye una excepción

que debe consagrarse en términos formales y explícitos en la ley. La regla general, por consiguiente, es la prescriptibilidad de todos los derechos y acciones, situación reconocida en el derecho común tanto respecto de la prescripción adquisitiva como extintiva.

13. Las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos esenciales de la persona humana no alteran las normas de derecho común que gobiernan esta materia. No hay, por lo mismo, contradicción entre lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y las normas de derecho común sobre la responsabilidad extracontractual.

14. No es dable confundir el pago para compensar perjuicios causados por actividades lícitas de la Administración con la responsabilidad extracontractual del Estado. Si un daño es provocado por la Administración en cumplimiento de un deber jurídico, deberá ésta repararlo, pero el deber de hacerlo surgirá de la integración de una laguna legal en el evento de que no exista norma que lo resuelva. En este caso no hay aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual.

15. La jurisprudencia ha reconocido los rasgos esenciales que atribuimos a la responsabilidad extracontractual del Estado, señalando que ella está sujeta a las normas de derecho común, salvo las especificidades que anotamos en lo precedente.