



Alcances sobre la responsabilidad objetiva

Pablo Palacios Mena

Profesor de Derecho Comercial y del Trabajo
UNIVERSIDAD DE CONCEPCION, LOS ANGELES

En el último tiempo, se han dictado múltiples sentencias y se han emitido variadas opiniones doctrinarias que acogen la responsabilidad objetiva como fundamento para disponer el pago de indemnizaciones de perjuicios, por daños materiales y morales, especialmente respecto al Fisco y las municipalidades, sin perjuicio de otras hipótesis en que también ha sido aceptada, como sucede en la responsabilidad del empresario, en la del propietario de un vehículo motorizado, en la de los médicos y establecimientos de salud y varios más.

Resulta indispensable que nuestros legisladores, la doctrina nacional y los tribunales de justicia precisen claramente los criterios diferenciadores al respecto; que legislen derechamente sobre las distintas clases de responsabilidades aceptadas en nuestro país y evitar así fallos contradictorios o difusos que, en definitiva, conducen a la inseguridad jurídica.

La responsabilidad objetiva es de aplicación excepcional en nuestro país, que requiere de texto expreso; debe interpretarse restrictivamente y es diferente a otras formas de responsabilidad, como la extracontractual, la por falta de servicio, la responsabilidad sin falta y otras que han consagrado nuestras normas jurídicas.

Tratamiento legal de la responsabilidad civil

Siguiendo a **Zelaya Etchegaray, Pedro**, apuntes de clases en Magister en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, haremos la siguiente clasificación:

1. Responsabilidad Civil de Derecho Público (arts. 38 inciso 2º, 6º inciso final y 7º inciso final CPE)

- a) Poder Judicial (art.19 N° 7 letra i, CPE)
- b) Poder Ejecutivo o Administración del Estado (arts. 4 y 44 de la Ley 18.575, de 05.12.86)
- c) Municipalidades (art. 141 Ley 18.695, de 27.08.92, texto refundido por DFL N° 1 – 19.704, de 03.05.2002.

2. Responsabilidad Civil de Derecho Privado

Se distingue:

2.1. De derecho Común (C. Civil y C. de Comercio)

- a) Responsabilidad Contractual (arts. 1545 y siguientes CC).
- b) Responsabilidad Extracontractual (arts. 2314 y siguientes CC)
- c) Responsabilidad Precontractual (arts. 90 y 100 C. de C.)

2.2. Leyes Especiales

Subdistingue:

a) Con culpa, entre las cuales menciona:

- a.1) Ley 19.300 Bases Generales del Medio Ambiente.
- a.2) Ley 19.496 sobre Protección al Consumidor Productos Defectuosos.
- a.3) Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 69 letra b) en relación con el artículo 420 letra f) Código del Trabajo).

b) Sin culpa (u objetiva)

- b.1) Ley 18.302, de 02.05.84, sobre Seguridad Nuclear (arts. 49 y siguientes)
- b.2) D.L. 2.222, de 31.05.88, sobre Navegación Marítima (art. 44).
- b.3) Ley 18.196, de 1999, Código Aeronáutico (arts.155 y 156).



- b.4) Ley 18.290 sobre Tránsito Público (art.174 inciso 2º).
- b.5) D.L. 3.557, de 1981, sobre Protección Agrícola.

Clases de responsabilidad

Tradicionalmente, en nuestro derecho hemos reconocido las siguientes formas de responsabilidad:

- a. Responsabilidad jurídica y moral.
- b. Responsabilidad penal y civil.
- c. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.

En la actualidad, sin embargo, la doctrina y jurisprudencia señalan otras **formas de responsabilidad**, con individualidad propia, entre las cuales podemos mencionar:

- a. Responsabilidad por nulidad de derecho público.
- b. Responsabilidad por falta de servicio.
- c. Responsabilidad por desigual repartición de las cargas públicas.
- d. Responsabilidad objetiva.
- e. Responsabilidad por incumplimiento de tratados internacionales.
- f. Responsabilidad sin falta.
- g. Responsabilidad extracontractual del Estado o responsabilidad del Estado.

Características de cada una de estas formas de responsabilidad

1. Responsabilidad jurídica y moral

La responsabilidad es **jurídica** si se viola una norma jurídica y se causa un perjuicio. Es **moral** si se transgrede una regla de carácter moral y no jurídica.

2. Responsabilidad penal y civil

La responsabilidad penal implica un perjuicio a toda la sociedad o a una persona determinada y a la sociedad al mismo tiempo. De ahí que la pena es considerada una reacción social y su objeto es reprimir o sancionar. **La responsabilidad civil**, en cambio, deriva de la circunstancia de haber causado daño a una persona determinada y su objetivo es indemnizar o reparar los perjuicios ocasionados a la víctima.

Si bien ambas responsabilidades pueden coexistir, cuando un mismo hecho puede provocar daños civiles y penales, ambas continúan siendo autónomas. Así se desprende del artículo 2314 del C.C., que obliga a indemnizar todo daño proveniente de un delito o cuasidelito civil, sin perjuicio de la pena aplicable a dicho delito o cuasidelito.

3. Responsabilidad contractual y extracontractual

La responsabilidad contractual proviene del incumplimiento de un contrato y consiste en indemnizar los perjuicios resultantes de la infracción¹. ALESSANDRI² señala que “la responsabilidad contractual proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto (art.1556 CC).

La responsabilidad extracontractual delictual, cuasidelictual o aquiliana, dice ACHURRA GONZALEZ, JOSE,³ “proviene de la ejecución de un hecho ilícito, doloso o culposo. Ningún vínculo concreto previo ligaba al autor del daño y a quien lo sufre, siendo el hecho ilícito y perjudicial el que genera la obligación. ALESSANDRI dice que esta clase de responsabilidad “proviene de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro”.

Esta distinción entre responsabilidad contractual o extracontractual, no ha sido aceptada por toda la doctrina.

Así el autor belga SAINCTELETTE crea esta distinción y en el año 1884 idea la denominada teoría Dualista de responsabilidad y establece grandes diferencias entre ambas. A la responsabilidad emanada del contrato la denominó “**Garantía**”, y ella existe cuando se transgrede un deber asumido voluntariamente en un contrato; es de orden privado, pues sólo afecta a los contratantes y ante el incumplimiento contractual, el objeto de la obligación se transforma, pues se pasa del cumplimiento de la prestación (pago del precio, por ejemplo) al cumplimiento de una manera diversa, como lo es el pago de una indemnización de perjuicios; sitúa entonces a esta clase de responsabilidad entre los diferentes **efectos** de las obligaciones. A la responsabilidad no proveniente de un contrato, en

¹ ACHURRA GONZALEZ, JOSE, *La responsabilidad civil por daño ambiental*, Ediciones Congreso, 1ª edición, 1999, pág. 22.

² ALESSANDRI, obra citada, pág. 42.

³ ACHURRA GONZALEZ, JOSE, obra citada, pág. 22.



cambio, la denominó simplemente “**Responsabilidad**” y ella se presenta cuando se transgrede la ley, la que es generalmente obligatoria y se trata ahora de una cuestión de orden público, ya que se ha violado un deber legal, y se le ubica entre las **fuentes** de las obligaciones.

En el año 1886, LEFEBVRE criticó la teoría dualista y creó una teoría monista, planteando que la única responsabilidad que existe es la **extracontractual**, pues la autonomía de la voluntad, que sirve de base a la tesis de responsabilidad contractual, no permite crear derechos, ya que éstos siempre tienen su fundamento en la ley; las partes contratantes sólo aceptan principios y derechos previamente establecidos en la ley, pues es la ley la que creó la obligación de reparar.

Aunque ha predominado la teoría dualista, la de Lefebvre tuvo el mérito de limitar los excesos de la teoría de Sainctelette.

En general, los autores aceptan **las siguientes diferencias** entre ambas clases de responsabilidades:

a. En cuanto al juez competente:

En la contractual: el señalado en el contrato (Art.135 del COT), y en la extracontractual, el del domicilio del demandado (Art. 134 del COT).

b. En cuanto a la necesidad de constituir en mora al deudor:

En la contractual sí es necesario (art.1551 CC), y en la extracontractual no lo es.

c. En cuanto a la culpa o peso de la prueba:

En la contractual se presume la responsabilidad de quien comete el daño e incumple una obligación (art. 1547 del C.C.), y en la extracontractual es necesario que la víctima pruebe la culpa del que ocasionó el daño, por lo cual, la culpa no se presume.

d. En cuanto a la graduación de la culpa:

En la responsabilidad contractual, se divide en culpa grave o lata, leve y levísima (artículo 44 C.C.), y en la extracontractual no se gradúa y es una sola.

e. En cuanto a la extensión de la reparación:

En la contractual, sólo se indemnizan los perjuicios directos y previstos y sólo cuando hay dolo se indemniza todo daño (art.1558 CC). En la extracontractual, en cambio, se indemniza todo perjuicio directo, incluido el daño moral (Arts. 2314 y 2329 CC).

f. En cuanto a la pluralidad de responsables:

En la responsabilidad contractual, todos los partícipes responden en forma mancomunada (art. 1511 CC), salvo pacto en contrario, y en la extracontractual la responsabilidad es solidaria (art. 2317 CC).

g. En cuanto a las cláusulas modificatorias de responsabilidad:

En la contractual se admiten y en la extracontractual no existe esa posibilidad, pues la fija la ley.

h. En cuanto a las causales de exoneración de responsabilidad:

En la responsabilidad contractual no existen y en la extracontractual sí, como sucede en la responsabilidad por hecho ajeno (art. 2320 CC) y en la responsabilidad por hecho de las cosas (art. 2322 CC).

i. Respecto a la capacidad:

En la contractual se exige capacidad de ejercicio (arts. 1446 y 1447 CC) y la extracontractual afecta incluso a incapaces (art. 2319 CC).

j. En cuanto a los plazos de prescripción:

En la contractual es de cinco años (art. 2515 CC) y en la extracontractual el plazo es de cuatro años (art. 2332 CC).

k. En cuanto al daño moral:

En la responsabilidad contractual no es indemnizable, pues el artículo 1556 del CC señala que sólo se extiende al daño emergente y al lucro cesante. En cambio, en la extracontractual sí lo es, pues los artículos 2314 y 2329 del Código Civil hacen indemnizable todo daño, en cuya expresión se admite el daño moral (El punto, eso sí, es controvertido en cuanto a la procedencia de los daños morales en la responsabilidad contractual, y en la actualidad parte de la doctrina y jurisprudencia aceptan que en la responsabilidad contractual el daño moral sea indemnizable).



4. Responsabilidad por nulidad de derecho público

La supremacía constitucional es un principio recogido en las bases de la institucionalidad, que significa que los órganos del Estado sólo actúan válidamente si se someten a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella (art. 6º CPE).

Asimismo, estos órganos estatales sólo actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que la ley establece. De lo contrario, el acto administrativo es nulo (Art. 7º CPE).

En ambos casos se establece “la responsabilidad” de los órganos del Estado por los daños causados, si no han sido legalmente investidos o actúan fuera de la esfera de su competencia o su actuación no respeta lo previsto en la ley.

Se discute en la doctrina y jurisprudencia si la acción indemnizatoria por los daños causados por la actuación nula **es prescriptible o no lo es**.

Algunos postulan que sería prescriptible (C. Suprema. Sentencia de 15.05.2002, Rol 4.753-01, *Semana Jurídica* N° 82), pues los derechos personales que nacen del acto nulo pasan a ser subjetivos y existen fallos que señalan que la acción indemnizatoria en tal caso prescribe en el plazo de cinco años (acción ordinaria) y otros que resuelven que se extingue en cuatro años (responsabilidad extracontractual).

Para otros, dicha acción indemnizatoria sería imprescriptible, pues se trataría de una nulidad de derecho público, de origen constitucional y ésta no prescribe.

También se discute si dicha nulidad de derecho público **opera de pleno derecho o debe ser declarada por los tribunales de justicia**.

El profesor REYES RIVEROS, JORGE,⁴ en su obra *La nulidad de Derecho Público*, se refiere ampliamente al tema y reproduce las opiniones de diversos autores sobre esta materia.

Así, BERNASCHINA, MARIO, postula que esta nulidad no es necesario que sea declarada por la autoridad y operaría de pleno derecho, pues se trata de una nulidad especial, que no es ratificable ni se sana por el transcurso

⁴ REYES RIVEROS, JORGE, *La nulidad de Derecho Público*, Editorial Jurídica Conosur Limitada, diciembre de 1998, págs. 14 a 41.

del tiempo, ya que el acto administrativo ha sido dictado fuera del ordenamiento jurídico, con infracción a las normas jurídicas vigentes y se basa para ello en los artículos 4º, 23 y 75 de la CPE de 1925. Los profesores SILVA CIMMA, ENRIQUE, y AYLWIN AZOCAR, PATRICIO, postulan que esta nulidad debe ser declarada y no opera ipso jure, pues el acto administrativo goza de la presunción de legalidad mientras no sea declarado nulo y que en Chile hay inexistencia jurídica por tratarse de un derecho orgánico formal, porque la nulidad de derecho público se rige por normas particularísimas y diferentes a las del derecho privado. En el último tiempo el profesor SOTO KLOSS, EDUARDO, ha retomado la concepción de Bernaschina y afirma que se trata de una nulidad de derecho público, porque el acto de un órgano del Estado ha sido realizado, emitido, dictado *contra constitutionem*, vulnerando, infringiendo, violando un precepto constitucional, lo que está expresamente prohibido y execrado por la Carta Fundamental, la cual ha impuesto esta nulidad ipso jure en virtud de una *rationne publicar utilitatis*. El profesor REYES RIVEROS, JORGE, en cambio, plantea que esta nulidad debe ser declarada por los tribunales de justicia, acudiendo para ello a una interpretación armónica de todos los preceptos constitucionales y sus leyes orgánicas y no sólo a los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, los cuales, por lo demás, sólo dicen que el acto es nulo, pero no señalan que el acto es nulo de pleno derecho; cita para ello los artículos 12, 21, 80, 35, 83 inciso 2º de la CPE y las leyes 18.695 (artículo 136 letra h) y 19.175 (artículo 102 letra h) y agrega que cuando la CPE ha querido que la nulidad opere de pleno derecho, lo ha señalado expresamente, como sucede con el artículo 83 inciso 2º de la CPE.

5. La responsabilidad por falta de servicio

Es un típico caso de responsabilidad **por omisión**.

El ejercicio de la función pública es una obligación para la autoridad y no puede excusarse de cumplirla. Deben actuar con eficiencia y eficacia, por cuya razón la falta de servicio es una infracción del órgano público que no actúa como debe hacerlo, no sólo por los actos administrativos que ejecuta, sino también por aquellos que no realiza.

Se incurre en esta clase de responsabilidad cuando el servicio no se presta o se presta tardíamente o deficientemente.

Está consagrada expresamente en los artículos 44 de la Ley 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y en el artículo 141 de la

Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (anterior artículo 62 del DL 1.289).

Esta responsabilidad por falta de servicio es independiente de la responsabilidad del funcionario y no es necesario que la víctima del daño identifique al funcionario infractor, sin perjuicio de la acción repetición en contra de éstos, derivada de su actuación negligente establecida en un sumario administrativo.

Se pueden citar, al efecto, los fallos Tirado con Municipalidad de la Reina o Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia (RDJ, Tomo 90, año 1993, 2ª parte, sec. 5ª, pág. 226) o Pérez Llona con Municipalidad de Las Condes (RDJ, Tomo 96, 1999, 2ª parte, sec. 5ª, pág. 94). Asimismo, fallo de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, que reproduce la sentencia en alzada, publicado en RDJ, Tomo 96, año 1999, 2ª parte, sec. 5ª, pág. 59.

En todos ellos se hace responsable a las municipalidades por los daños causados por su omisión en el cumplimiento de sus deberes públicos, como son la falta de fiscalización, la falta de señalización, la inobservancia de sus deberes de vigilancia y salvaguardia de las vías de tránsito público en zonas urbanas, falta de vigilancia de inspectores municipales y otras.

6. Responsabilidad por la desigual repartición de las cargas públicas

El artículo 19 N°20 de la CPE asegura... la igual repartición de las demás cargas públicas (además de los tributos).

Muchas veces, por una política determinada de gobierno, se producen discriminaciones que perjudican y dañan a algunas personas respecto de otras que se encuentran en igual situación.

Se trata de casos en que el Estado debe responder, **no obstante que ha realizado una actividad legítima**, como lo es la dictación de una ley o de un decreto supremo, en uso de su potestad reglamentaria. Sin embargo, dicha actuación resulta desproporcionada y discriminatoria.

Sucedió así, por ejemplo, con la dictación del Decreto Supremo N° 29, de 1976, que prohibió el corte, destrucción y explotación de la especie denominada **pehuén o araucaria araucana**, declarándola monumento nacional.

En sentencia de la E. Corte Suprema de fecha 07 de agosto de 1984, Casación en el Fondo, publicada en RDJ, Tomo LXXXI, septiembre-diciembre, 1984, 2ª parte, sec. 5ª, págs. 181 y siguientes, causa COMUNIDAD GALLETUE CON FISCO, señaló: “el hecho de que el daño tenga su origen en las disposiciones de un acto administrativo dictado en conformidad a la ley no obsta a la responsabilidad del Estado, cuando con dicha medida se lesionan los intereses patrimoniales de los titulares del derecho de dominio que la Constitución protege y asegura”.

Como se puede apreciar, se trata de una actividad lícita del Estado que, no obstante, causó daños que deben ser indemnizados. No obstante, el caso se resolvió por el lado del derecho de dominio (art. 19 N° 24 de la CPE) y no por el de la desigual repartición de las cargas públicas (N° 20 del artículo 19 de la Carta Fundamental).

Lo mismo ha sucedido con la actuación del **Servicio Agrícola y Ganadero (SAG)** a propósito de la **fiebre aftosa**.

En **sentencia** publicada en **Gaceta Jurídica N° 162**, diciembre año 1993, pág. 58, en que se condenó al SAG al pago de los perjuicios sufridos por un agricultor con motivo de la prohibición del uso de predios en los que se podía facilitar la introducción y propagación de la fiebre aftosa... aunque el daño provenga de una **actuación lícita** de la Administración. La sentencia dio por infringido el artículo 38 inciso 2º de la CPE, **pero no como un caso de responsabilidad objetiva, sino de responsabilidad extracontractual del Estado**.

Lo mismo en sentencia publicada en **Gaceta Jurídica N° 173**, noviembre 1974, pág. 95, en que también sancionó al SAG por su actuación **regular o lícita**, de acuerdo al artículo 38 inciso 2º CPE, pero ahora basada en la **responsabilidad objetiva**.

7. La responsabilidad objetiva

A diferencia de la responsabilidad clásica que consagra nuestro Código Civil, fundada en la culpa y el dolo como elementos esenciales de la responsabilidad civil, en esta clase de responsabilidad se prescinde por completo del elemento subjetivo en el agente, es decir, no es necesario acreditar que actuó con culpa o dolo para que sea responsable.

Basta acreditar el hecho y el daño y que exista relación de causalidad entre ambos. Acreditados, se deben indemnizar los daños ocasionados.



Diversas doctrinas han explicado esta clase de responsabilidad, todas las cuales postulan el reemplazo de la culpa como elemento de la responsabilidad civil.

MUNDACA ASSMUSSEN, HANS,⁵ plantea que la responsabilidad basada en la culpa nació en la “era agraria”, en que no revestía importancia la ocurrencia de daños no provocados por el dolo o la culpa y en que se responde por el acto propio de las personas y por las cosas que están bajo nuestra custodia. La aparición de la máquina a vapor abrió paso a la era “industrial”, en que respondemos por las cosas que tenemos. “Nace, entonces, la teoría del riesgo y con ella aparece la responsabilidad objetiva, al margen de la culpa y del dolo. La responsabilidad se concibe ahora sobre la base de la causalidad material absoluta. A la era industrial ha sucedido la “era tecnológica”, que presenta otros riesgos y otro tipo de daños, muchos de ellos difusos, vagos de fuentes múltiples y encubiertas”. Este autor termina señalando que “hemos ligado los casos de responsabilidad objetiva a aquellos en que el autor del daño es el creador de un riesgo, lo cual permite retroceder en la cadena causal de manera de fundar la responsabilidad no en el acto que provoca el daño, sino en el acto que genera el riesgo”. Más adelante expone que “lo anterior equivale a sostener la responsabilidad sin culpa (no remota ni inmediata), cuyo fundamento es la relación causal entre el acto ejecutado y el daño producido”.

RODRIGUEZ GREZ, PABLO,⁶ señala que “en la llamada era tecnológica, los daños cambian de naturaleza, ya que no se trata de cosas riesgosas, sino de **actividades riesgosas** (la contaminación ambiental, la responsabilidad profesional, el daño informático, los daños que provocará la biotecnología).

LETELIER WARTENBERG, RAUL,⁷ en su obra *La Fuerza Mayor en la Responsabilidad Extracontractual*, trata ampliamente el tema de la Administración (del Estado) como sujeto de responsabilidad extracontractual. Señala que en un primer momento esta responsabilidad se desarrolla a partir de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, respondiendo el Estado, sólo por estos últimos y se les aplica la normativa civil privada. La transformación de esta normativa hacia el plano público es de cercana data, aunque las normas jurídicas públicas nunca han sido claras en formular preceptos generales que reconozcan la responsabilidad extracon-

⁵ MUNDACA ASSMUSSEN, HANS, Obra citada, págs. 25 a 27.

⁶ RODRIGUEZ GREZ, PABLO, obra citada, pág. 82.

⁷ LETELIER WARTENBERG, RAUL, *La Fuerza Mayor en la Responsabilidad Extracontractual*, editorial Conosur, edición noviembre 2001, págs. 16 a 37.

tractual del Estado, aunque –estima– su vigencia es hoy día indiscutible. Acto seguido, plantea que esta regulación comienza con el D.L. 1289, de 1976 (antigua Ley de Municipalidades) y continúa con las siguientes normas jurídicas: Arts. 6º, 7º, 19 letra i), 38 inciso 2º, 19 N° 20 y 24 de la CPE; arts. 122 letra h) y 123 (hoy 141) de la Ley 18.695 (Orgánica Constitucional de Municipalidades); art. 3 inciso 2º de Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por art. 1º de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, además de los artículos 4º y 44 de la Ley 18.575 ya citada.

Tal vez el más férreo defensor de la responsabilidad objetiva en nuestro país es SOTO KLOSS, EDUARDO,⁸ quien en su obra *Derecho Administrativo*, a propósito de la responsabilidad del Estado, señala que “es imposible su estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo. Se funda sobre la base de la causalidad material, vale decir, atendida 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 para éste la obligación de indemnizar aquélla” (lo mismo plantea en Informe Constitucional N° 290, Responsabilidad del Estado Administrador, pág. 3).

En contra, PERRY ARRAU, PEDRO,⁹ quien plantea que “cuando la comisión encargada de la redacción del proyecto sobre organización básica de la Administración Pública propuso la incorporación de la disposición que posteriormente pasaría a constituir el artículo 44 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, no pretendió incorporar al derecho público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el Derecho Administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado”. Agrega que se propuso en ese entonces resumir todo el sistema francés de la responsabilidad extracontractual del Estado en las dos frases que constituyen el artículo 44: “Los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”. No es una responsabilidad objetiva... al menos, en lo que en derecho civil se conoce como tal, y esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño. En el derecho civil, el elemento culpa o dolo es esencial en la responsabilidad subjetiva y es por ello que el concepto de responsabilidad objetiva está dado principalmente por la ausencia del requisito de haber obrado con culpa o dolo. Sin embargo, la objetivación de la responsabilidad se pro-

⁸ SOTO KLOSS, EDUARDO (27), *Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1966, tomo 2, pág. 308.

⁹ PERRY ARRAU, PEDRO, en *Revista de Derecho*, año 1, julio 2000, N° 1, págs. 11 a 39.



duce no por la falta de necesidad de culpa o dolo, sino que positivamente por ser suficiente para comprometer la relación de causalidad. Ahora bien, en la falta de servicio, categóricamente, no basta con la relación de causalidad, ya que es necesario la falta de servicio". Termina señalando que "como lo señalan MAZEAUD Y TUNC, la falta de servicio es considerada como "la culpa del servicio", de allí que la responsabilidad continúa 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".

8. Responsabilidad por incumplimiento de tratados internacionales

El artículo 5º inciso 2º de la CPE señala: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los "tratados internacionales" ratificados por Chile y que se encuentran vigentes".

El constituyente ha reconocido aquí, expresamente, como fin del Estado el respeto irrestricto a los derechos humanos, idea también recogida en el artículo 1º de la CPE (las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos) y en el artículo 19 Nº 26, que asegura que los preceptos legales... no podrán afectar los derechos en su esencia).

MUNDACA HASSMUSSEN, HANS¹⁰ señala que "la Constitución Política, de manera expresa, establece dos formas de institucionalización de los derechos: una por la vía de la propia Constitución y una segunda a través del tratado internacional". Agrega luego de esta suerte, "la omisión estatal en la aplicación de los tratados internacionales acarrea la responsabilidad del mismo ente que faltar a un deber constitucional, y abarca tanto al Estado Juez, Legislador y Administrador" y termina expresando que conforme a todo lo expuesto, cabe señalar que el Estado Juez es responsable de "todo daño" que cause con ocasión del no cumplimiento de un tratado internacional en materia de derechos humanos, siendo una responsabilidad que se configura en cuanto no funciona cuando debió hacerlo o lo hace tardía o imperfectamente".

La norma constitucional en comento ha dado lugar a una profunda discu-

¹⁰ MUNDACA HASSMUSSEN, HANS, obra citada, págs. 40 y 41.

sión, en orden a precisar **cuál es el valor jurídico que en el orden temporal tienen los tratados internacionales en el derecho interno**. Para una parte de la doctrina, los tratados internacionales están por sobre la Constitución Política del Estado, y para otra, tienen el valor jurídico de una ley, por lo cual se ubican por debajo de la Constitución.

El artículo 27 de la Convención de Viena del año 1969, ratificada por Chile, señala: "Una parte no podría invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46". A su vez, el artículo 46 dispone: "1) El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación a una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podría ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno. 2) Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".

GAMBOA SERAZZI, FERNANDO, se refiere a este tema bajo el título "Derecho Internacional y Derecho Interno".¹¹ Se inclina derechamente por el predominio del tratado internacional sobre el derecho interno, fundándose justamente en las dos disposiciones señaladas de la Convención de Viena: "Las disposiciones legales confirman positivamente la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno; más aún, la Convención de Viena de 1996 sobre tratados ha sido ratificada por una gran mayoría de los Estados miembros de Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra Chile". Parece absurdo –dice– que una ley posterior a un tratado, que sea contraria a este último, lo haga inaplicable, toda vez que la ley tiene su origen y validez sólo en un Estado y en el tratado hay compromisos entre dos o más sujetos internacionales, y agrega que el problema se torna más grave cuando un tratado modifica un texto constitucional, considerado este último como la ley fundamental en que se funda la existencia y fundamento del Estado. "A juicio del suscrito –dice– y coincidiendo con algunos autores, la existencia de normas de carácter *ius cogens* que exigen el cumplimiento obligado de los tratados hechos de buena fe, impediría que en forma unilateral un Estado, al modificar la Carta Constitucional, anulara un tratado que tiene carácter internacional, pues significaría pasar por sobre la voluntad de otros Estados" y termina señalando que un tratado siempre debería contar con el control del tribunal Constitucional para no crear, desde el principio, discordancia con la Car-

¹¹ GAMBOA SERAZZI, FERNANDO, en la revista *Actualidad Jurídica* N° 2, julio 2000, Universidad del Desarrollo, págs. 23 a 31.



ta Fundamental, exigiéndose los quórum especiales en el Parlamento, similares a cualquier ley que pretenda modificar la Constitución, pero, al respecto hay un vacío, pues el artículo 82 N°1 sólo se refiere a la leyes orgánicas constitucionales o a aquellas interpretativas de textos de la Constitución.

Los distinguidos juristas PABLO RODRIGUEZ GREZ Y ALFREDO ETCHEBERRY sostuvieron una pública disputa sobre por el tema en el Diario El Mercurio. RODRIGUEZ GREZ está por el predominio de la Constitución Política y ETCHEBERRY por la prevalencia de los tratados internacionales.

RODRIGUEZ, en publicación de fecha **10.12.1994**, señala "No es posible admitir la existencia de normas jurídicas de igual o superior jerarquía que las constitucionales". Plantea este autor que "El Estado de Chile y sus órganos deben respetar y promover los derechos que emanen de la naturaleza humana y que éstos no son otros que aquellos que la propia Constitución garantiza en los 26 números que integran el art. 19". Luego agrega: "Si Chile celebra un tratado internacional en que se extienden los derechos humanos más allá de aquellos establecidos en el artículo 19 de la Carta Política, su quebrantamiento en el derecho interno hará incurrir al Estado en responsabilidad política y civil, tanto frente a los demás Estados suscriptores como a las personas que puedan resultar afectadas". No se trata –continúa– de que la soberanía sea absoluta per se. Se trata de que ella no puede expresarse sino por medio del Poder Constituyente y éste no ha dado a los tratados internacionales jerarquía constitucional ni un valor superior a la ley".

(Antes, el profesor Rodríguez había realizado otra publicación, **con fecha 12.10.1994**, titulada "**Hermetismo Constitucional**", afirmando que "el hermetismo constitucional es el único instrumento que asegura las potestades soberanas de la nación).

Etcheberry, en publicación de **26.11.1994** (contestando la de 12.10.94 de Rodríguez) plantea que "al presente, hay por lo menos dos áreas en que el derecho internacional afirma el carácter de plena norma jurídica universal: los derechos fundamentales inherentes a la calidad de la persona y lo relativo a la paz y seguridad internacionales". Agrega: "...es lo que actualmente se denomina *ius cogens*, del latín "derecho coercitivo" o bien "normas imperativas". Una vez incorporadas al acervo jurídico mundial, las naciones individuales, por soberanas que sean, no pueden sustraerse a ellas por propia decisión, ni someterlas al tamiz de su derecho interno para darles el visto bueno para que tengan fuerza legal. No respetarlas expon-

drá a la nación infractora al aislamiento y al mecanismo de las sanciones internacionales”.

Termina señalando que lo anterior no es una doctrina y cita los artículos 53, 64, 26 y 27 de la Convención de Viena, ratificada por Chile, y concluye que “tanto las normas imperativas (*ius cogens*) como los tratados prevalecen sobre el derecho interno”.

En todo caso, el tema es ampliamente tratado en la revista *Actualidad Jurídica* N° 6, julio 2002, Universidad del Desarrollo, Santiago, Concepción, páginas 75 a 136.

9. Responsabilidad sin falta

MUNDACA ASSMUSSEN, HANS,¹² se refiere a esta clase de responsabilidad.

En jurisprudencia del Consejo de Estado francés, a partir de 1919, admitió la llamada responsabilidad sin falta en el campo de la teoría general de la responsabilidad administrativa. Pero se trata de una teoría excepcional y circunscrita a supuestos muy particulares (V.gr. explosión de municiones en razón del riesgo excepcional de vecindad, daños causados por leyes cuando el daño es anormal o especial, etc.).

VASQUEZ ROGAR, ANDRES,¹³ en su obra *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, se refiere a ésta como “responsabilidad sin falta o por el riesgo” y expresa que “también tuvo su origen en Francia y está fundada en que si un servicio público, al desarrollar su actividad legítima, hace correr a los particulares un riesgo de sufrir un perjuicio que en definitiva se produce, aquel deberá indemnizarlo, puesto que la víctima no tiene por qué soportar la carga que implica sufrir ese perjuicio. El principio de igualdad ante las cargas públicas exige el restablecimiento a dicha igualdad por medio de la correspondiente indemnización”... Agrega: “de acuerdo a esta clase de responsabilidad, no es necesaria la concurrencia de culpa o dolo de algún funcionario, pues se trata de una responsabilidad objetiva o bien responsabilidad sin falta”.

Como se puede apreciar, los autores califican a la responsabilidad sin falta como responsabilidad objetiva.

¹² MUNDACA ASSMUSSEN, HANS, obra citada, pág. 53, bajo el título “Evolución Histórica de la Responsabilidad del Estado”.

¹³ VASQUEZ ROGAR, ANDRES, *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, Edit. Conosur, edición junio 1999, pág. 52.

10. Responsabilidad extracontractual del Estado o responsabilidad del Estado

FIAMMA OLIVARES, GUSTAVO,¹⁴ distingue cuatro etapas en la evolución de la responsabilidad del Estado:

Una primera etapa, a la que denomina híbrida, en que los fallos se fundan en normas de derecho privado y también en normas de derecho público, así en el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley, la igual repartición de las cargas públicas; a este período corresponden las contenciosas "Fusch y Plaths con Fisco" (1908) y "Lapostol con Fisco" (1930).

Una segunda etapa, en que se distinguieron actos de autoridad y de gestión, no respondiendo por los daños causados en la condición primera y de los segundos respondiendo conforme a la legislación común, artículo 2320 y siguientes del Código Civil, en esta fase el Estado responde como un particular cualquiera; a esta etapa corresponden los fallos "Granja con Fisco" (1938), "Retting con Fisco" (1941) y "Aqueveque con Fisco" (1941-1944).

La tercera etapa, que se caracteriza por distinguir entre la ilicitud y licitud del acto, siendo bastante para ello que ese daño sea antijurídico para responder en los términos del artículo 2320 del Código Civil. A esta fase corresponden los fallos de "Becker con Fisco" (1964), "Kimpel con Fisco" (1981).

El cuarto período, o actual, se caracteriza por la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de 1980 y con ella hay una aplicación de una responsabilidad del Estado plena, fundada en principios propios y diversos de los antes citados, es aplicación total de derecho público, así podemos citar los dos primeros casos así resueltos: "Comunidad Galletué con Fisco" (1984) y "Hexagón con Fisco" (1987).

LETELIER WARTENBERG, RAUL,¹⁵ señala la siguiente evolución en la responsabilidad del Estado:

Para una primera interpretación, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene su base fundamental en los artículos 6º, 7º y 38 inciso 2º de la CPE, de los cuales se desprende que esta responsabilidad se caracteriza

¹⁴ FIAMMA OLIVARES, GUSTAVO, "La Acción Constitucional de Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicios", *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16 N° 2, julio-agosto de 1989, citado por Mundaca Assmussen, Hans, obra citada, pág. 62.

¹⁵ LETELIER WARTENBERG, RAUL, obra citada, págs. 16 a 30.

por ser constitucional, objetiva, directa y regida por el derecho público. Cita como partidarios de esta postura a los profesores Eduardo Soto Kloss, Hugo Caldera Delgado y Rolando Pantoja.

Para una segunda posición, la responsabilidad estatal no se encuadra dentro del concepto de responsabilidad objetiva, pues el concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio dentro del concepto de responsabilidad subjetiva, y como señalan MAZEAUD Y TUNC, la falta de servicio es considerada como culpa del servicio, de ahí que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, basada en la culpa. Para esta posición, es requisito sine qua non la prueba del elemento falta de servicio. El gran escollo de esta posición es que el artículo 18 de la Ley 18.575 "excluye" de su aplicación a diversos órganos de la normativa del Título II, lugar donde se encuentra el artículo 44, el cual declara categóricamente la vigencia de la falta de servicio. ¿Qué reglas se aplicarán a los órganos excluidos? ¿El mismo artículo 44 como regla general, o las normas sobre responsabilidad extracontractual de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil?

Una tercera posición, fundada en el artículo 38 inciso 2º de la CPE, pone el énfasis en el concepto de "lesión". "Cualquier persona que sea "lesionada"..., dice esta norma. En esta tesis, el elemento antijuridicidad es determinante y cada vez que se cause una lesión a un patrimonio, ésta deberá ser indemnizada. En los actos ilícitos, la indemnización procede por la sólo ilicitud de la actuación y en los actos lícitos que causan daño procede indemnizar, pues se lesiona el principio de igualdad ante la ley, en su variable de igualdad ante las cargas públicas.

VASQUEZ ROGART, ANDRES,¹⁶ aunque refiriéndose a la responsabilidad de los Servicios de Salud, expone que se han invocado para demandar al Estado los siguientes fundamentos: La responsabilidad por hecho ajeno o indirecto de los artículos 2323 y 2322 del Código Civil; la responsabilidad por falta de servicio; la responsabilidad por el hecho propio o directo bajo la denominación de falta de servicio, en que, basado en los planteamientos de PIERRY ARRAU, PEDRO, es posible aplicar la noción de falta de servicio a partir del artículo 2314 del Código Civil; y la responsabilidad sin falta o por el riesgo, equivalente a la responsabilidad objetiva.

¹⁶ VASQUEZ ROGART, ANDRES, obra citada, págs. 34 a 55.

Clara diferenciación de responsabilidades

De lo expuesto, queda en evidencia que cada clase de responsabilidad tiene tipificación propia, que no pueden confundirse y que si un fallo se fundamenta en la responsabilidad extracontractual, no debería –al mismo tiempo– fundarse en la responsabilidad objetiva, o en la responsabilidad por falta de servicio, pues se trata de instituciones jurídicas diferentes. Unas fundadas en la culpa o dolo y otra, en la creación de un riesgo, sin perjuicio de otras claras diferencias.

Consagración legal de la responsabilidad objetiva en nuestro país

De manera excepcional y con texto expreso, se ha consagrado esta forma de responsabilidad en los siguientes textos legales:

1. Ley 18.302, de 02.05.84, sobre seguridad nuclear.

Se vincula con la **Convención de Viena** sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 21.05.1963, ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial de 08.03.1990.

El **artículo 49** señala textualmente: “la responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en las formas que establece la ley”.

El **artículo 53** contempla responsabilidad solidaria de los explotadores y el **artículo 56** dispone que el explotador responderá siempre del caso fortuito y de la fuerza mayor; salvo accidentes nucleares por conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil.

Claramente el legislador, por texto expreso, consagra la **responsabilidad objetiva**, al extremo de no considerar eximente al caso fortuito o fuerza mayor, y no puede ser de otro modo, pues esta clase de responsabilidad es excepcional.

2. Ley 15.703, de 22.09.1964, sobre aplicación de pesticidas, modificada por el art. 36 del D.L. Nº 3.557, de 1981.

El actual artículo 36 del D.L. 3.557 señala textualmente: “Si al aplicar plaguicidas se causaren daños a terceros, ya sea en forma accidental o

como consecuencia inevitable de la aplicación, éstos podrán demandar judicialmente la indemnización de perjuicios correspondiente dentro del plazo de un año contado desde que se detecten los daños. En todo caso, no podrán ejercerse estas acciones una vez que hayan transcurrido dos años desde la aplicación del plaguicida”.

Como se puede apreciar **del tenor literal** de la norma referida, si el que aplica pesticidas responde incluso por daños **accidentales** o como consecuencia **inevitable** de su aplicación, la responsabilidad **es objetiva**, pues se prescinde del dolo o la culpa y sólo se atiende al daño efectivo. Si se creó un riesgo (aplicación de pesticidas), se provocó un daño a un tercero y existe relación de causalidad, el que aplicó el pesticida es obligado a indemnizar, independientemente de si su acción fue culposa o no.

Nuevamente existe texto expreso.

3. D.L. 2.222, de 31.05.79, Ley de Navegación Marítima

Sanciona la contaminación del mar por hidrocarburos u otras sustancias contaminantes.

El artículo 144 N° 2 señala que el propietario u operador de la nave o artefacto naval **será el responsable** de los daños que se produzcan, **a menos que pruebe** que ellos fueron causados exclusivamente por:

- a) Acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible.
- b) Acción u omisión dolosa o culpable de un tercero extraño al dueño, armador u operador a cualquier título del barco o artefacto naval. Las faltas, imprudencias o negligencias de los dependientes del dueño, armador u operador o las de la dotación, no podrán ser alegadas como causal de la presente exención de responsabilidad.

Como se puede apreciar, es un claro caso de **responsabilidad objetiva**, pues el texto legal sólo exime de responsabilidad en caso fortuito o fuerza mayor o causas extrañas como una guerra o acción dolosa o culpable de un tercero.

El propietario, el armador y operador de la nave o artefacto legal son **solidariamente** responsables de los daños causados.



4. Ley 18.916, de 08.02.1990, Código Aeronáutico

El artículo 142 señala que el transportador es obligado a **indemnizar los daños** ocasionados en razón del transporte y el artículo 143 dispone que el transportador **deberá indemnizar** la muerte o lesiones causadas a los pasajeros durante su permanencia a bordo de la aeronave o durante la operación de embarque o desembarque.

Ninguna referencia a la culpa o dolo existe en estas normas, por lo cual, la responsabilidad **sería objetiva**.

Sin embargo, el artículo 146 **exime** de responsabilidad al transportador cuando el daño se debe a **culpa de la víctima**, como sucede cuando el daño se produce por el estado de salud del pasajero o si la víctima fue quien causó el daño o contribuyó a causarlo, y también exime cuando el daño se origina en un tercero, como sucede cuando es consecuencia de un delito del que es autor un tripulante o dependiente del transportador o explotador (se elimina aquí la responsabilidad por hecho de un dependiente).

Con texto expreso –entonces– se establece la responsabilidad objetiva y se exime por culpa de la víctima, no obstante que algunos autores no la consideran eximente en la responsabilidad objetiva.

Más aún, el artículo 170 es más que explícito al respecto, cuando prescribe “**será causal para eximir o atenuar** la responsabilidad el hecho que la víctima del daño fue quien causó, contribuyó a causarlo o se expuso a él imprudentemente”.

Hay otras normas parecidas en cuanto a la responsabilidad por daños a terceros en la superficie, por daños a mercaderías y se contemplan varias hipótesis de responsabilidad solidaria.

Algunos casos discutibles de responsabilidad objetiva

Hay casos que la jurisprudencia ha calificado como de responsabilidad objetiva, pero en que es discutible dicha calificación. Así sucede en las siguientes situaciones:

1. Caso del artículo 174 inciso 2º Ley 18.290

La jurisprudencia lo ha interpretado como un caso de responsabilidad

objetiva. El sólo hecho de ser propietario de un vehículo (que crea riesgos) hace responsable solidariamente al dueño y al chofer del vehículo motorizado, incluso cuando el propietario no haya sido parte en el juicio.

Esa solución no se ajusta al espíritu general de nuestra legislación y se trata de un caso de responsabilidad subjetiva, como lo paso a explicar:

a. Si el solo hecho de ser dueño es suficiente para determinar responsabilidad civil, ¿por qué la ley ha permitido liberarse de responsabilidad acreditando que el vehículo fue tomado sin conocimiento del dueño o sin autorización expresa o tácita del mismo? No resulta lógico.

Como ya se ha explicado, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado como eximentes de la responsabilidad civil objetiva, el hecho, falta o culpa de la víctima; el caso fortuito o fuerza mayor; y la causa extraña o de un tercero.

A ninguna de ellas se refiere el inciso 2º del artículo 174 en referencia y, por el contrario, contempla causales de exoneración eminentemente subjetivas.

Acreditadas dichas causales, el propietario no responde, pues **no ha tenido la culpa** de que el chofer sacara el vehículo sin su conocimiento o sin la autorización expresa o tácita. La víctima –en tales casos– no es indemnizada.

Qué diferente a las hipótesis antes analizadas en que se hace responsable aun por caso fortuito o fuerza mayor, o aun en hipótesis accidentales. Allí sí la responsabilidad es objetiva.

b. En las hipótesis contempladas en los **incisos 3º, 4º y 5º del artículo 174 de la Ley 18.290** se consideran claros casos de responsabilidad subjetiva.

b.1) **Inciso 3º:** Si se otorga una licencia de conducir con infracción a las normas de esta ley, el o los funcionarios responsables serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen **por culpa del conductor**.

El elemento subjetivo –**culpa del conductor**– es evidente.

Además, **habría culpa de los funcionarios** que otorgaron una licencia de conducir indebida.

b.2) **Inciso 4º:** El **concesionario** de un establecimiento es responsable de los daños y perjuicios originados en un accidente de tránsito, causados por desperfecto de un vehículo respecto del cual se hubiere otorgado un **certificado falso**, pues no se practicó la revisión o por contener afirmaciones de hechos **contrarios a la verdad**.

Los elementos descritos son evidentemente **subjetivos**:

- Certificado falso (delito)
- Las conductas son, a lo menos, culposas.

Estas conductas perfectamente caben en los artículos 2320 inciso 4º y 2322 del Código Civil (responsabilidad del empresario por hecho de sus dependientes y eximente por actuación impropia del criado o dependiente), normas jurídicas claramente subjetivas.

b.3) **Inciso 5º:** La municipalidad o el Fisco, en su caso, son responsables de los daños causados cuando un accidente sea una consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización.

b.3.1.) **Del mal estado de las vías públicas responde el Fisco**, específicamente **Serviu. Art. 11 Ley 8.946**, modificado por artículo 73 Ley 18.382, en relación con el artículo 26 del D.S. N° 1.305, de 1975.

b.3.2) De la **falta o inadecuada señalización** responden **las municipalidades** y sólo de aquella señalización oficial que determine el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de acuerdo a los artículos 99 y 100 de la Ley 18.290.

¿Qué tipo de responsabilidad contempla la ley para las municipalidades?

Una responsabilidad **por falta de servicio** (artículo 141 Ley 18.695) que es distinta a la responsabilidad objetiva y obedece a las características de la responsabilidad subjetiva y ello por las siguientes razones:

- porque el demandante **debe probar** la falta del servicio, es decir, que el servicio no se ha prestado o ha sido tardío o deficiente.
- porque la municipalidad tiene acción de repetición en contra del funcionario, cuestión que no se da en los casos de responsabilidad objetiva.

¿Qué tipo de responsabilidad tiene el Fisco?

De los artículo 38 inciso 2º de la CPE y 44 inciso 1º de la Ley 18.575, se ha querido desprender una forma de responsabilidad objetiva.

Sin embargo:

El artículo 38 inciso 2º en parte alguna menciona la responsabilidad del Fisco. Es una norma de competencia.

El artículo 44 inciso 1º Ley 18.575 consagra un caso de responsabilidad por falta de servicio y no de responsabilidad objetiva.

2. Responsabilidad por la ejecución de obras en la vía pública del artículo 102 Ley 18.290.

Los incisos 1º y 2º de esta norma señalan textualmente:

Inciso 1º: "El que ejecute trabajos en las vías públicas, estará obligado a colocar y mantener por su cuenta, de día y de noche, la señalización de peligro y tomar medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza de los trabajos. Deberá, además, dejar reparadas dichas vías en las mismas condiciones en que se encuentre el área circundante, retirando, de inmediato y en la medida que se vayan terminando los trabajos, las señalizaciones, materiales y desechos".

Inciso 2º: "Serán solidariamente responsables de los daños producidos en accidentes por incumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, **quienes encarguen la ejecución de la obra y los que la ejecuten**".

Las conductas descritas en el inciso primero son claramente **subjetivas**, pues atienden a la **falta de diligencia**.

El que ejecuta los trabajos debe colocar y mantener señalizaciones de peligro y tomar medidas de seguridad. Si no lo hace, dicha negligencia lo hace responsable.

La responsabilidad solidaria del inciso 2º entre el que encarga la obra y el que la ejecuta, no altera esta conclusión, pues ambas personas deben tomar los resguardos necesarios para evitar los daños y perjuicios y el eventual pago de una indemnización.

Hay también solidaridad para el que encarga la obra, pues no fue diligente, no controló, no exigió. Debe, entonces, asumir las consecuencias de su omisión.

De algunas sentencias

El fallo “**Tirado con Municipalidad de la Reina**”, que siempre se cita como el primero que recogió la responsabilidad objetiva (aunque en verdad, acogió la **responsabilidad por falta de servicio**, pues se refiere a la responsabilidad civil extracontractual de la Municipalidad de la Reina) por falta o mal funcionamiento de servicio público. Art. 62 DL 1.289, de 1976, **Considerando 4º**), y se le califica de histórico, fue dictado por la E. Corte Suprema en el año 1981. En adelante, ha habido numerosos fallos que dan diversas soluciones al tema en comento, siendo imposible determinar cuál es la doctrina jurisprudencial definitiva al respecto.

Sólo por citar algunos, que demuestran estas contradicciones, en el último tiempo, señalo los siguientes:

1. Gaceta Jurídica N° 259, año 2002, pág.17

“Responsabilidad extracontractual de Municipalidades por falta de servicio”. Reparación del daño moral (no tiene parámetros).

Se funda la demanda en el artículo 38 de la CPE, en los artículos 2320 y 2329 del C. C., en el artículo 137 de la Ley 18.695 y se reproduce el artículo 61 del DL 1.289, de 1975, del cual se extraería el “espíritu del legislador” y se consagraría allí la responsabilidad objetiva.

El fallo de primera instancia del Juzgado Civil de la Unión acoge la demanda fundado –entre otros– en el artículo 137 de la Ley 18.695 (actual art.141).

La I. Corte de Apelaciones de Valdivia confirma el fallo de primera instancia, pero reduce la indemnización aplicando el artículo 2330 del CC, en atención a que el occiso se expuso imprudentemente al riesgo que sufrió.

La Excma. Corte Suprema, rechazando el recurso de casación en el fondo, estima que se aplicó correctamente el artículo 2330 del C.C. y reproduciendo el artículo 141 de la Ley 18.695, resuelve que “dicho precepto establece la responsabilidad civil de los municipios, por los daños ocasionados principalmente por falta de servicios.

Comentarios

a) **El artículo 38 inciso 2º CPE** no efectúa ninguna calificación de la responsabilidad del Estado o de sus organismos o de las municipalidades.

No señala que sea responsabilidad objetiva ni subjetiva. Sólo reconoce **el derecho a reclamar** ante los tribunales a cualquier persona que sea lesionada en sus derechos.

b) Los artículos 2320 y 2329 del CC son casos de responsabilidad extracontractual civil de derecho privado, cuyo fundamento es la culpa o el dolo, de acuerdo a la doctrina clásica.

Aquí sí es necesario probar el elemento subjetivo en el hechor.

c) El artículo 137 de la Ley 18.695 (hoy artículo 141) consagra una responsabilidad por falta de servicio, cuya calificación jurídica es absolutamente difusa.

Para algunos, como se ha dicho, es un caso de responsabilidad objetiva (Soto Kloss, Pantoja, Caldera).

Sin embargo, el propio **Eduardo Soto Kloss y Gustavo Fiamma Olivares**, al referirse al artículo 38 inciso 2º de la CPE, señalan que “en este artículo está establecida la responsabilidad objetiva del Estado argumentando que si la norma quería establecer la responsabilidad por falta de servicio o por algún otro elemento de licitud, **debió decirlo en forma expresa**, ya que en virtud de su redacción, el Estado debería responder siempre que exista una lesión a un derecho (Mundaca Assamussen, Hans, obra citada, pág. 35).

Como se puede apreciar, ambos autores señalan como **diferentes** la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por falta de servicio, y ambos exigen **texto expreso** para que exista responsabilidad por falta de servicio, justamente lo que se echa de menos en el artículo 38 inciso 2º de la CPE, pues su texto expreso no se refiere a la responsabilidad objetiva.

Para otros, la falta de servicio es una clase de responsabilidad subjetiva, pues no basta la creación de un riesgo; es necesario también que concurren otros elementos, que en la responsabilidad objetiva no existen, como lo es **una omisión** del Estado o Servicio Público, constituida por la no prestación de un servicio o un servicio deficiente o tardío.

PERRY ARRAU, PEDRO,¹⁷ señala: “El concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio 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 continúa siendo subjetiva, basada en la culpa. La exigencia establecida por la ley, que

¹⁷ PERRY ARRAU, PEDRO, obra citada, págs.18 a 22.



implica **probar** el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva”, mezcla elementos objetivos y subjetivos y caracteriza la falta de servicio, señalando que ésta se configura por **nociones objetivas**, como la carencia total del servicio, un servicio defectuoso o tardío; dice **que es objetiva**, en cuanto no concurre el dolo ni la culpa, pero sí la falta de servicio como **culpa del servicio**, elemento que habrá de probarse; y, por último, es innecesaria la individualización de la persona del agente estatal causante material del daño, pues es responsabilidad del servicio y no personal.

2. Gaceta Jurídica N° 259, enero 2002, pág. 38

“Indemnización de daño moral (a familiares de paciente fallecido por negligencia de personal hospitalario).

El fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, rechazando un recurso de casación en la forma, se estima procedente aplicar las normas sobre **responsabilidad extracontractual**, sobre la base de calificar como **negligente** el proceder del personal del establecimiento demandado.

En el considerando 4º la I. Corte consigna que los actores fundaron su acción en **los artículos 2314 y siguientes del CC**, esto es, los atinentes a la responsabilidad delictual o aquiliana, pero no es menos cierto que a las **partes** sólo les corresponde introducir **los hechos** al proceso (y probarlos) y al juez la determinación del **derecho** aplicable a tales hechos. Agrega la I. Corte que las apreciaciones y razones jurídicas que plantean las partes en apoyo de sus tesis no obligan al juez, quien es enteramente libre para acogerlas o no, pues de acuerdo a un antiguo aforismo jurídico “*ivranovit curia*”, el juez conoce el derecho.

En el considerando 7º, se pide al juez **tener presente** el artículo 4º de la Ley 18.575 y el artículo 44 de la misma ley y luego el artículo 38 inciso 2º CPE, los que consagran un tipo de **responsabilidad objetiva**.

Más tarde, al referirse el recurso de apelación, la I. Corte aplica los artículos 2320 y 2322 del CC (Considerando 7º) y en los considerandos 11 y 12, concluye que el Servicio de Salud es un órgano o servicio de la Administración del Estado y su estatuto corresponde al de las **instituciones regidas por las normas y principios del derecho público**, fundamentalmente las señaladas en la CPE y en las leyes dictadas conforme a ellas. **En el considerando 12**, señala la I. Corte **que es inaplicable** en este caso cualquiera de

las disposiciones del Título XXXV del Código Civil (es decir, las normas de los delitos o cuasidelitos o sobre responsabilidad extracontractual).

En el considerando 16, califica la **responsabilidad extracontractual** de los servicios de salud y de los demás órganos públicos como de **carácter objetivo** y afirma que la norma constitucional citada (art.38 CPE) no deja lugar a dudas acerca de esta conclusión.

En el considerando 17, citando al profesor Jorge López Santa María (y a Eduardo Soto Kloss), señala que la **falta de servicio** del artículo 44 de la Ley 18.575 es una **responsabilidad objetiva**.

En el considerando 24 señala las condiciones de procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado y menciona:

- a) La existencia del daño a un administrado.
- b) Actuación de la Administración causante del daño
- c) Relación vinculante de causalidad.

Y resuelve:

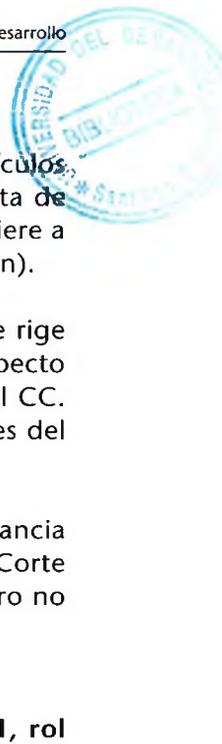
Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos **2314 y siguientes** del Código Civil, rechaza el recurso de casación en la forma y confirma el fallo de primera instancia.

La E. Corte Suprema rechaza la casación en la forma, pues la causa ha sido entablada y fallada con fundamento en las normas **sobre responsabilidad extracontractual POR CULPA** del servicio hospitalario, según las normas de los artículos 2314 y siguientes del CC y no se ha fundado en las normas que establecen la responsabilidad de un servicio público en cuanto órgano del Estado.

Al resolver y rechazar el **recurso de casación en el fondo**, en el **considerando 10º**, la E. Corte Suprema expresa: “en consecuencia, debe entenderse que las apreciaciones de los considerandos 10º y siguientes, que se refieren a la responsabilidad de los órganos del Estado, **que este tribunal no necesariamente comparte**, son a mero abundamiento...”.

Comentarios

- a) Se fundamenta una demanda en contra de un órgano estatal, en base a normas de derecho privado, sobre responsabilidad extracontractual subjetiva (arts. 2314 y sgtes. CC).



b) Se fundamenta la responsabilidad objetiva del Estado, en los artículos 4º y 44 de la Ley 18.575 (que consagran la responsabilidad por falta de servicio) y en el artículo 38 inciso 2º CPE (que en parte alguna se refiere a la responsabilidad objetiva y sólo concede una acción de reclamación).

c) Se resuelve que el Servicio de Salud es un órgano público que se rige por las normas del derecho público y que **son inaplicables** a su respecto las normas sobre responsabilidad extracontractual (Título XXXV) del CC. No obstante, se falla la causa en base a los artículo 2314 y siguientes del Código Civil.

d) La E. Corte Suprema, al resolver la casación en el fondo, deja constancia **“que no necesariamente comparte”** los fundamentos que da la I. Corte de Apelaciones sobre responsabilidad de los órganos del Estado (pero no relaciona cuáles son sus propios fundamentos).

3. Sentencia I. Corte de Apelaciones de Concepción de 28.11.01, rol 1548-00, confirmada por la E. Corte Suprema el 04.04.01, Rol 319-02, Semana Jurídica, pág.11.

Estableció la falta de servicio de la municipalidad demandada del artículo 137 de la Ley 18.695 (hoy art. 141), pues no están acreditadas las circunstancias excluyentes del **caso fortuito o culpa de la víctima**.

Comentarios

Se admite como eximente de responsabilidad civil –en materia de falta de servicio– **la culpa de la víctima**.

Los defensores de la responsabilidad objetiva no admiten la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil y ellos mismos consideran la falta de servicio como una clase de responsabilidad objetiva.

El fallo –claramente– diferencia la responsabilidad objetiva de la falta de servicio, pues de lo contrario no admitiría la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad en la falta de servicio.

4. Sentencia E. Corte Suprema de 15.05.02, Rol 4753-01 (Semana Jurídica N° 82, pág.13).

La idea de aplicar las reglas de la prescripción que contiene el Código Civil

a las acciones en que se persigue la **responsabilidad extracontractual del Estado**, no repugna a la naturaleza especial que ella posee, si se considera que ellas inciden en el ámbito patrimonial de esa responsabilidad y que, en ausencia de normas que las hagan imprescriptibles, corresponde estar-se a las reglas del derecho común.

Comentarios

a) Aplica las normas de prescripción del derecho civil a la responsabilidad extracontractual del Estado, que autores y fallos la han calificado como responsabilidad de derecho público.

b) Requiere **texto expreso** que declare la imprescriptibilidad. De lo contrario, se aplican las normas del derecho común en materia de prescripción.

c) Considera a la responsabilidad extracontractual del Estado como de **naturaleza especial**, aunque no define en qué aspectos incide su especialidad. No sería especial –en todo caso– en cuanto a la prescripción.

5. Sentencia de primera instancia, dictada por don César Panes, Juez Titular Primer Juzgado Civil de Concepción (*Semana Jurídica* N° 81, pág. 11).

En el **considerando 9º** y luego de dejar establecido que la municipalidad faltó a su obligación de mantener la acera en forma expedita para la circulación peatonal y de señalar o hacer señalar su mal estado, advirtiendo el peligro para los usuarios a que alude el artículo 174 de la Ley 18.290, ya que la publicación que efectuó no la exonera de responsabilidad, pues el publicar el mal estado de las vías no constituye advertencia suficiente del peligro que ello involucra para el tránsito... **sin duda se creó un riesgo** y, por ende, la demandada está obligada a responder del daño producido al actor.

Se trata, en este caso, de la denominada **responsabilidad objetiva**, en que se prescinde del elemento culpabilidad, puesto que aquí basta que con una actividad o hecho se cause un daño a la persona o propiedad de otro para que nazca el deber de responder por él. Es la situación del artículo 174 inciso 5º de la Ley del Tránsito.

En el **considerando 10º** cita el artículo 141 (antiguo art. 137) de la Ley 18.695, norma en consonancia con el artículo 38 inciso 2º CPE y con el artículo 44 inciso 1º de la Ley 18.575.

En el considerando 11, y a mayor abundamiento, plantea el juez que el hecho de haber mantenido la citada arteria en mal estado y sin resguardo alguno, es una circunstancia que por su naturaleza ínsita es susceptible de atribuirse, a lo menos, **a culpa del agente...** y denota, sin duda, **culpabilidad del autor**, o lo que es lo mismo, se trata de un hecho de aquellos que provienen ordinariamente de **negligencia**. Concluyen que en este caso procedería aplicar la presunción de culpabilidad del artículo 2329 del CC, pues esa norma no sería taxativa (cita a Alessandri).

En el considerando 12, partiendo del **supuesto** de que las municipalidades no son responsables del mantenimiento y reparación de las vías públicas, al sólo facultárseles en el artículo 24 de la Ley 18.196 (sic)... ello no es óbice para dar por establecida la responsabilidad del municipio demandado, pues tiene aplicación el artículo 174 inciso 5º de la Ley 18.290.

Concluye que cabe presumir **la culpa del municipio o de sus agentes** y la relación causal existente entre aquella (la culpa) y el daño provocado al actor, **y esta última conclusión** –dice el magistrado– no está de más decirlo aquí **a modo de resumen general**, fluye tanto si se analizan los antecedentes desde una perspectiva de responsabilidad objetiva y/o falta de servicio, como si se los considera desde una perspectiva de responsabilidad subjetiva.

Comentarios

a) Considera la hipótesis del **artículo 174 inciso 5º** de la Ley 18.290, como un caso de responsabilidad objetiva, basada en la creación de un riesgo, que prescinde del elemento culpabilidad, bastando una actividad o hecho que cause daño a la persona o propiedad de otro.

El texto expreso de la ley nada dice al respecto y los autores no lo tratan como un caso de responsabilidad objetiva (Zelaye, Pedro, Magister en Derecho de la Empresa, versión 2002, Universidad del Desarrollo, págs.1 a 37, no se refiere a ella; Tesis para Magister en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo, de **Patricio Lagos Narvaez**, profesor guía RAMON DOMINGUEZ AGUILA,¹⁸ quien sólo trata los casos de los incisos 2º, 3º y 4º, no refiriéndose al inciso 5º. En todo caso, considera que en la hipótesis de los incisos 3º y 4º habría **un sistema híbrido** de responsabilidad, pues en el inciso 3º no hay responsabilidad objetiva y en el inciso 4º sí existiría).

¹⁸ RAMON DOMINGUEZ AGUILA, *La responsabilidad objetiva, su evolución en Chile desde 1988*, pág. 111.

b) El artículo 174 inciso 5º estaría en consonancia con los artículo 141 Ley 18.695, 38 inciso 2º CPE y 44 inciso 1º Ley18.575.

El artículo 141 Ley 18.695 se refiere a la responsabilidad por falta de servicios y no a la objetiva.

El artículo 38 inciso 2º CPE en parte alguna menciona ni la responsabilidad objetiva ni la responsabilidad por falta de servicio.

El artículo 44 inciso 1º Ley 18.575 consagra un caso de responsabilidad por falta de servicio y no de responsabilidad objetiva.

c) A mayor abundamiento, plantea que existe **culpa del agente, culpabilidad del autor, negligencia y aplica la presunción de culpabilidad** del artículo 2329 del CC.

Estas normas tienen fundamentos totalmente distintos a los de la responsabilidad objetiva. Se basan en la culpa o dolo del agente, cuestión totalmente ajena al riesgo de la responsabilidad objetiva que utiliza el mismo juez. La expresión a mayor abundamiento no elimina la confusión jurídica que se produce al fundar el fallo en ambas clases de responsabilidades.

d) Señala como **supuesto** que las municipalidades no son responsables del mantenimiento y reparación de las vías públicas.

Ese no es un supuesto. Es efectivo.

El artículo 11 de la Ley 8.946, modificado por el artículo 73 de la Ley 18.382, en relación con lo dispuesto en el artículo 26 del DL N° 1.305, de 1975, que reestructuró y regionalizó el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, entregaron **al Serviu** las obligaciones de elaborar todos los proyectos de las nuevas obras de pavimentación o repavimentación de **calzadas y aceras**, como asimismo **los trabajos de conservación y reparación de las mismas, lo que hace responsable de su mantención** a dicho organismo público.

De **una facultad** para realizar obras de pavimentación con recursos propios, no se puede desprender una obligación ni tampoco responsabilidad civil.

El artículo 174 inciso 5º se coloca en **dos hipótesis**:

- daños derivados del mal estado de las vías públicas
- daños derivados de su falta o inadecuada señalización.



Y responden de ellos, **en su caso**, la municipalidad respectiva o el Fisco.

Concordando las normas citadas, es evidente que el Fisco (**Serviu, en este caso**) debe responder por daños derivados del mal estado de la veredas y las **municipalidades**, por los daños derivados de la falta o inadecuada señalización, y se debe agregar que debe ser la **señalización oficial** que determine el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de acuerdo a lo señalado en los artículo 99 y 100 de la Ley 18.290.

e) Presume la culpa del municipio o de sus agentes y la relación causal entre la culpa y el daño.

e.1) Una cosa es la culpa o falta del servicio (municipalidad) y otra es la culpa personal del agente o funcionario. Aquella es una culpa del órgano y ésta es una culpa personal.

e.2) Nuevamente fundamenta su conclusión en elementos subjetivos, que no son procedentes en una hipótesis que el juez califica de objetiva.

e.3) Las presunciones de culpabilidad son propias del sistema de responsabilidad contractual basadas en elementos subjetivos y aquí estamos en presencia de hipótesis de responsabilidad extracontractual basadas en elementos objetivos de creación de riesgos y en que la culpa no se presume y debe probarse.

f) Resumen general: Determina la responsabilidad de la municipalidad tanto desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva, y de la falta de servicio, como de la responsabilidad subjetiva.

Esta conclusión general es todavía más desconcertante.

Se trata de conceptos diferentes; con fundamentos, requisitos, elementos diversos; con normativa, pública o privada, también diversa.

¿Cómo un servicio público enfrenta adecuadamente una demanda, ante tal gama de responsabilidades?

¿Cuándo hay ultrapetita? ¿Cuáles son los plazos de prescripción, los tribunales competentes, los procedimientos aplicables?

La inseguridad jurídica que esto provoca es manifiesta.

A modo de conclusión

Aunque existen otros casos en que se ha concluido la existencia de responsabilidad objetiva (del empresario, del médico y similares), no serán analizados aquí, pues requieren un tratamiento lato, que escapa a los márgenes de este trabajo.

Sin embargo, con lo expuesto, creo haber dejado esbozado tan sólo la gravedad del problema interpretativo a que nos lleva la introducción en nuestro país de una nueva forma de fundamentación de la responsabilidad civil, que implica el reemplazo de la tradicional concepción subjetiva del daño, por una nueva, que prescinde de la culpa o dolo, atiende sólo a la relación de causalidad y obliga al pago a quien haya creado riesgo y, como consecuencia de ello, se produzcan daños a las personas o las cosas.

Estamos enfrentados a un profundo proceso de cambios en materia de daños. Incluso ya se habla del derecho de daños.

Es indudable que la vida moderna nos enfrenta a nuevas formas de riesgos, hoy colectivos, y que la protección de la persona humana es el fundamento último de toda la legislación constitucional, de derecho común e internacional.

Si una persona sufre un daño, sin tener por qué haberlo sufrido, es lógico, es de justicia, es de equidad, que sea indemnizado por el causante del daño y la acción indemnizatoria se transforma ahora en una verdadera garantía genérica de tutela personal. Hoy día, es la calidad humana la que determina el derecho a ser indemnizado y no su derecho de dominio lesionado. Varias normas constitucionales así lo confirman y de ahí el fenómeno conocido como la constitucionalización del derecho privado. Principios constitucionales, extraídos de la Carta Fundamental, a través de la interpretación, sirven de base hoy día al derecho a ser debidamente reparado por los daños que sufren las personas, incluso los daños morales, pues la reparación debe ser integral y ello tanto en materia contractual como extracontractual.

Ya salimos de un derecho individualista, en que se relacionaban directamente el agente y la víctima y pasamos a actividades que comprometen a un conjunto de individuos, a veces sin personalidad jurídica (equipos médicos o de profesionales, medio ambiente) y en que, muchas veces, es muy difícil determinar al agente responsable. Sin embargo, el daño existe.

Por ello, se ha transformado el fundamento de la obligación de indemnizar. Antes era el hecho culposo; ahora es el daño propiamente tal. Por ello, la responsabilidad se ha objetivizado, y por ello, hoy día sólo interesa que exista **un patrimonio** en el cual hacer efectiva la responsabilidad civil, aunque no conozcamos al causante del daño. De ahí la relevancia de los seguros por daños, sean privados o sociales o colectivos.

La objetivación de la responsabilidad se ha producido por vía legislativa y por vía jurisprudencial, señala DOMINGUEZ HIDALGO, CARMEN.¹⁹

Cuando es por vía legislativa, y el legislador utiliza expresiones que no admiten interpretación (tales como “la responsabilidad es objetiva o aunque sean daños accidentales o aunque obre sin culpa o dolo”, como los casos antes analizados) el problema no reviste mayor análisis, pues queda clara la intención del legislador.

El problema se presenta cuando las expresiones del legislador no son claras.

Allí, son los tribunales de justicia los llamados a interpretar para el caso específico de que conocen y se enfrentan, por ejemplo, a la realidad de un daño o de una víctima, con poca claridad legal. Es aquí donde está el problema. ¿Cuáles son los límites a dicha interpretación? ¿Puede ésta ser tan amplia como que lleve a prescindir incluso del texto legal para proteger a la víctima? ¿Es lógico que se llegue –incluso– a no considerar los fundamentos jurídicos que invoca el actor (el juez conoce el derecho) en el afán de proteger a la víctima? ¿Acaso el derecho, de supuesto responsable, no merece la misma protección? ¿Cómo se defiende éste? ¿Acaso el debido proceso no es un principio constitucional? ¿Y la relación procesal y la cuestión controvertida no son también cuestiones de orden público?

Una interpretación tan amplia de la objetivación de la responsabilidad resulta dañina al sistema jurídico; lo debilita, lo rodea de incertidumbre. Lleva a la inacción pública y privada, pues como cualquier actividad normal que desarrollen, crea un riesgo, siempre se va a ver expuesto a la obligación de reparar daños y perjuicios (Así, por ejemplo, la organización de un festival, de una maratón, de una cicletada, de un taller de pintura al aire libre, etc.). Toda actividad es portadora de un riesgo implícito y, como los autores partidarios de la responsabilidad objetiva pura excluyen incluso la culpa de la víctima como causal eximente de responsabilidad, aquel

¹⁹ DOMINGUEZ HIDALGO, CARMEN, revista *Actualidad Jurídica*, N° 2, julio 2000, págs. 357 a 366, antes citada.

organismo público o privado (empresario del transporte, empleador) se verá en la obligación de pagar y, a lo más, de discutir el monto del valor a indemnizar.

No me parece que sea lo correcto.

Creo necesario que el legislador y los tribunales de justicia delimiten claramente esta forma de responsabilidad, pues de lo contrario se puede llegar a situaciones arbitrarias y de abuso del derecho.

Por lo pronto, además de lo expuesto anteriormente, al comentar algunos fallos, me atrevo a plantear algunas ideas al respecto.

1. La interpretación correcta es que la responsabilidad civil continúa teniendo como fundamento la culpa (o el dolo).

Cualquier interpretación que prescinde de la culpa debe ser restrictiva y requiere de un texto expreso, como ya ha sucedido en nuestro país, en los casos indicados anteriormente, bajo el título "Algunos casos específicos en la legislación".

En consecuencia, ante una duda interpretativa, debe aplicarse el principio de la responsabilidad subjetiva y restringirse la objetiva a los casos de texto expreso o explícito.

2. Las últimas leyes dictadas en Chile en materias que en el derecho comparado tienen claro fundamento objetivo, han mantenido la responsabilidad en base a culpa. Así ha sucedido con la Ley 19.300 sobre Medio Ambiente (arts. 3º y 51) y con la Ley 19.496, de 7.03.1997, de Protección al Consumidor (art. 23).

3. Cuando el legislador ha querido prescindir de la culpa, como fundamento de la responsabilidad, lo ha dicho expresamente, como sucede en las leyes citadas anteriormente, bajo el título "Algunos casos específicos en la legislación".

4. No pueden confundirse estatutos jurídicos

Si en una demanda se plantea que una responsabilidad es de derecho público, el fallo respectivo no puede fundarse en normas de derecho privado y viceversa, como, por lo demás, ya lo ha resuelto la jurisprudencia chilena en otros casos, como por ejemplo, en materia de tachas de testigos, en que se admite la habilidad de un testigo, funcionario de la entidad que lo



presenta, pues su relación jurídica es estatutaria y, por ende, no es inhábil para testificar.

5. La ley chilena debería regular expresamente los casos en que debe aplicarse la responsabilidad objetiva.

Debería indicarse su concepto, requisitos, condiciones de aplicabilidad, competencia, procedimientos, prescriptibilidad, exenciones de responsabilidad. Es decir, tipificarla claramente, fijando también sus límites.

Y no se trata de impedir la evolución del derecho ni de cerrarse a los necesarios cambios que la responsabilidad civil ha experimentado. Se trata de ordenar, de devolver la seguridad jurídica, de permitir certeza a los regidos por la ley y de dar claridad a los tribunales de justicia para aplicar la ley y que no se vean los jueces en el imperativo de tergiversar los fundamentos de las instituciones jurídicas, en el afán de dar a cada cual lo que le corresponde e impartir justicia en equidad.

Al respecto, cito la opinión del profesor **Fernando Pantaleón**, de la Universidad Autónoma de Madrid, defensor por muchos años de la procedencia de la responsabilidad objetiva, quien, al darse cuenta de los excesos a que llegaban los tribunales en su aplicación, escribió un trabajo denominado "La responsabilidad en el Derecho", en el cual, entre otras interesantes ideas, plantea:

¿Cómo puede mantenerse la idea de que no sea **la ley, sino la jurisprudencia** a la que compete la labor fundamental de delimitar el alcance de las responsabilidades extracontractuales de la Administración?

¿No es preferible admitir que **la regla general** tiene que ser que esa responsabilidad **exige la culpa** de la administración demandada, sin ocultarla vergonzosamente bajo capas como "la antijuridicidad" del daño o la causalidad "administrativa", estableciendo al mismo tiempo **por ley** y de una manera explícita y taxativa los casos de responsabilidad objetiva que debe exceptuar aquella regla general?

Tan cierto es lo que expongo que el artículo 1382 del Código Civil francés debió decir expresamente: "que el demente tiene responsabilidad civil". De lo contrario, que duda cabe, sería irresponsable civilmente.

6. La responsabilidad objetiva es distinta a la responsabilidad por falta de servicio.

Ya hemos caracterizado una y otra a través de este trabajo.

Fácil es darse cuenta que cuando la ley exige que un servicio no se presta o el que se presta es tardío o imperfecto, está introduciendo elementos tipificantes específicos, que lo diferencian de la responsabilidad objetiva pura y que hacen a la responsabilidad por falta de servicio más cercana a la responsabilidad clásica o con culpa.

Para reafirmar lo expuesto, cito tres ideas:

a) La definición que entrega ALESSANDRI de responsabilidad contractual (obra citada, página 42) dice “que la responsabilidad contractual proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto” (art. 1556 CC), noción evidentemente subjetiva.

b) La historia de la Ley 18.575, en su art.44 (falta de servicio de los órganos del Estado). La 4ª Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno sobre el proyecto de ley Bases de la Administración del Estado, en la página 45 de su informe, señaló: “Se trata entonces de un mecanismo bastante avanzado de responsabilidad, sin llegar a una que sea objetiva o total”.

c) Atendiendo a la clasificación de obligaciones de medio y de resultado, en estas últimas no es necesario demostrar la culpa del agente y el obligado sólo se libera de responsabilidad probando el caso fortuito o la intervención de un tercero. En las obligaciones de medios, en cambio, el objeto de la obligación consiste en una actividad diligente, debiendo probarse la negligencia del servicio público o del médico o de cualquier profesional, para que éstos tengan obligación de indemnizar.

d) La responsabilidad por falta de servicio admite la acción de repetición en contra del funcionario responsable, lo que no sucede en la responsabilidad objetiva.

7. El hecho, falta o culpa de la víctima debe ser siempre considerada una causal eximente de responsabilidad civil.

Existen muchas hipótesis que así lo aconsejan, como por ejemplo, el que se suicida lanzándose a las ruedas de un tren o de un vehículo motorizado, el ebrio que cae a un hoyo, el enfermo cardíaco que participa en una maratón, el que no obstante la señalización y publicidad, de igual manera ingresa al lugar de los trabajos en la vía pública y muchas más.

Si se asume voluntaria o imprudentemente un riesgo, no existe obligación de reparación.



8. Se pretende ver en los seguros por daños propios o a terceros, una solución a la obligación indemnizatoria derivada del daño.

En tal hipótesis, no interesaría mucho el fundamento de la responsabilidad civil, sea culposa o en base al riesgo. Siempre habría un patrimonio en el cual hacer exigible el pago.

Por este motivo, se ha planteado que incluso es responsable civilmente el demente, el menor de 7 años o cualquier absolutamente incapaz. Basta que exista un **patrimonio** en el cual hacer efectiva la responsabilidad.

Sin desconocer la importancia de los seguros, no me parece una solución jurídicamente correcta y tampoco corresponde a nuestra realidad económica.

Se confunden los conceptos de responsabilidad con el seguro por daños.

Los seguros estatales o sociales que en otros países existen y en Chile se dan en la Ley de Accidentes del Trabajo, por ejemplo, no tienen finalidades reparatorias, sino que de seguridad social, cuestión totalmente distinta a la responsabilidad civil extracontractual.

Las primas de seguros son de elevados precios, por lo cual no existe en Chile la cultura de la contratación de seguros y los seguros obligatorios (como el de automóviles) pagan montos exiguos a las víctimas.

Por otra parte, a sabiendas de la existencia de seguros –sobre todo sociales– la víctima podría exponerse voluntariamente a un daño, con la seguridad de que va a ser indemnizado.

Mucho más hay que decir sobre este importante tema. Obviamente, excede este imperfecto trabajo.

Sin embargo, creo que es evidente la necesidad de legislar claramente al respecto para que, de esa manera, los tribunales puedan impartir justicia en forma equitativa para ambos intervinientes: agente y víctima.

Termino citando de nuevo al profesor **Fernando Pantaleón** en el trabajo antes indicado, quien hace la siguiente afirmación: “Indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia de bolsillo, por tanto, hay que tener una buena razón para realizar ese cambio” y luego se expresa así:

“Tras más de veinte años de estudio sobre la responsabilidad civil extracontractual, cometiendo alguno de los errores que he criticado en estas páginas, he alcanzado convicciones muy sólidas al respecto. La normativa de dicha responsabilidad, en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, sólo puede comprenderse bien sobre la base de que no se trata de un polivalente instrumento de ingeniería social, sino de una institución elemental del Derecho Civil con la muy humilde finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañante y perjudicado: ya dejando el daño a cargo del segundo, ya poniéndolo a cargo del primero mediante la obligación de indemnizar. Esto es lo que quiere decir que su función normativa es indemnizatoria: de ninguna manera que sólo cumpla su función cuando el perjudicado es indemnizado”.

“Tal como la responsabilidad extracontractual está regulada en el derecho español, y en muchos como él, no ha sido diseñada para prevenir actividades antisociales o económicamente ineficientes; y por eso, si previene, sólo lo hará atinadamente por casualidad. Tampoco ha sido diseñada para realizar la justicia en la distribución de la renta; y por eso, la redistribuye a menudo muy injustamente”.

“La primacía de la culpa como criterio de imputación de dicha responsabilidad tiene excelente sentido, también e incluso especialmente, para la responsabilidad de las Administraciones Públicas. La Sala Tercera del Tribunal Supremo debería dejar de repartir dinero público sobre una base tan arbitraria como la de que el daño tenga, o no, relación causal con el funcionamiento de un servicio público y su Sala Primera debería dejar de hacer caridad con el bolsillo ajeno. Pero la sombra del “buen juez” Magnaud es alargada”.