

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO: ¿RÉGIMEN CONSTITUCIONAL O RÉGIMEN CIVIL?

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: CUESTIONES DOGMÁTICAS Y PRÁCTICAS

La responsabilidad del Estado por hecho de sus órganos y agentes ha sido el centro de un encendido debate que no sólo se ha confinado a las aulas de las universidades y a los libros o artículos doctrinales, sino que ha llegado con todo su calor e intensidad a los estrados judiciales y se ha mantenido en ellos por más de una década. No parece que haya visos de que la discusión esté por decantarse ni por amainar.

En la polémica sobre si el régimen que debe aplicarse a los daños causados por el Estado es de carácter civil o privado o más bien de índole constitucional o público, hay en juego interesantes cuestiones teóricas o dogmáticas, tales como la frontera entre Derecho público y Derecho privado, el primero regido por la justicia distributiva y el segundo por la conmutativa, la separación entre responsabilidad centrada en la idea del daño y la restitución (atribuida al orden público) y la de responsabilidad fundamentada en la idea de sanción a una culpa (supuestamente propia del orden civil), la aplicabilidad directa de las normas constitucionales sin que sea necesario esperar su desarrollo legal, la negación del Derecho Civil como regulación supletoria o de Derecho común, la aplicación del principio de la igual repartición de las cargas públicas, y un largo etcétera.

Pero el debate tiene indudables repercusiones en la *praxis*. Se plantea que la alternativa de regímenes nos puede llevar a distintas soluciones en los casos de daños ocasionados por el actuar de la

Administración Pública. Serían diferentes las respuestas sobre cuáles actos generan responsabilidad, si es necesario imputar culpa o incluso actuación ilícita del Estado, si es necesario identificar al funcionario culpable y acreditar su negligencia, si es menester probar la causalidad entre el daño y el actuar del Estado, si la acción de la víctima prescribe y en qué tiempo, y aquí también las cuestiones podrían multiplicarse.

En este trabajo nos proponemos intentar una cierta clarificación de las posiciones del debate para precisar exactamente en qué se produce la diferencia y, desde allí, aportar argumentos para una solución que pueda considerarse plausible y sobre todo coherente con el conjunto del sistema jurídico. Nos parece que la discusión ha estado demasiado interferida por la pasión, aunque bien intencionada; de unos, por conseguir una mayor protección de los derechos de las personas que sufren daños a consecuencias del actuar de la Administración; de otros, por defender el patrimonio fiscal, que es el de la comunidad de la que todos formamos parte. La defensa "cuasi-gremial" de la autonomía de la propia disciplina que se cultiva no parece tampoco haber estado ausente entre los que abogan por la prevalencia del Derecho público sobre el privado, o viceversa.

Vemos si somos capaces de generar un puente entre ambas posturas que ayude a superar la incertidumbre que produce el actual debate y encauce las soluciones de los casos a resolver por caminos que concilien la justicia con la seguridad y la previsibilidad jurídicas¹.

Para comenzar creemos necesario describir someramente las dos tesis en disputa, en sus términos más definidos para así apreciar sus diferencias.

II. LOS RÉGIMENES EN PUGNA

1. EL RÉGIMEN CIVIL

Nos proponemos caracterizar el régimen civil como nos lo presenta la doctrina iuspublicista, que estima que debe ser abandonado tratándose de la responsabilidad del Estado.

En esta visión, la responsabilidad civil, tal como se encontraría diseñada en el título XXXV del libro IV del Código Civil, es una

configuración moralizante de la responsabilidad, que trae sus raíces en las doctrinas del iusnaturalismo nacionalista. La responsabilidad civil, siguiendo el paradigma de la responsabilidad moral, estaría edificada sobre las ideas de culpa y sanción; la obligación de indemnizar no sería más que una sanción a quien ha procedido con dolo o negligencia en términos morales. La penitencia que el ordenamiento civil impone al pecador.

Por ello la normativa civil tradicional cruje cuando se trata de hacer responder al "soberano", al Estado, a quien no es posible imputar culpa moral por parte de sus fieles súbditos. La cuestión se resuelve, en parte, al desdoblarse el Estado en dos facetas: cuando actúa como particular en que puede ser considerado culpable (Estado/Fisco) y cuando actúa en su rol soberano, de ámbito legislativo, judicial o de gobierno, donde dicha culpabilidad no es imaginable, ya que significaría un desconocimiento de los poderes de la autoridad. El régimen civil se aplicaría únicamente a los actos de gestión y nunca a los actos de autoridad.

Ahora bien, respecto de los actos de gestión tenemos que ver cómo es posible imputar responsabilidad a la Administración. Las vías que se intentan son dos: una, la de la responsabilidad por hecho ajeno de los arts. 2320 y 2322 del Código Civil: si un funcionario estatal en el ámbito de sus funciones actúa con dolo o culpa, la víctima puede hacer valer la responsabilidad de la persona jurídica que es, a estos efectos, su "empresario" o "amo". No obstante, la doctrina civil nacional tampoco fue propicia a esta salida, pues entendía que el art. 2320 suponía un vínculo de dependencia de naturaleza privada y no pública. En todo caso, para que esta vía fuera judicialmente viable había que identificar al funcionario y probar que actuó con dolo o culpa. La segunda posibilidad es la de imputar directamente la responsabilidad de la persona jurídica "Estado" sobre la base de la responsabilidad por hecho propio, probando culpa o negligencia en la determinación de su voluntad. En ocasiones, se considera que puede ir en ayuda de la víctima la presunción por el hecho propio que, según algunos, establece el art. 2329 CC, al referirse a todo daño que "pueda imputarse" a dolo o malicia.

Ciertamente, se estaba frente a una interpretación de las normas civiles que ponía trabas a la acción de las víctimas y que hacía poco menos que imposible obtener una cumplida reparación de los daños sufridos por la actuación de agentes estatales, al menos tratándose de perjuicios provocados por los llamados actos de autoridad.

No es sorprendente que, al surgir una mayor sensibilidad frente a los abusos de los poderes estatales con la ruptura constitucional de

¹ Los fallos citados en este trabajo que no tengan referencia a una revista, han sido extraídos de la base de datos de Lechisnet Chile (www.lechisnet.cl) consultada los días 19 y 22 de mayo de 2003. Las sentencias no publicadas aparecen con su fecha y el número de rol del proceso.

1973 y con el diseño de las nuevas normas constitucionales generadas a partir de 1976 y culminadas con la aprobación de la Constitución de 1980, se desencadenará una fuerte reacción que terminaría por articular a la teoría civilista.

2. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL: LA RESPONSABILIDAD DE DERECHO PÚBLICO

La teoría de la responsabilidad de Derecho público o constitucional del Estado, pretende por sobre todo dejar sin efecto la exoneración para los actos del Estado que lesionan los derechos fundamentales de las personas. Siendo el Estado una persona de Derecho público que debe desenvolverse en un régimen republicano, donde no se reconocen privilegios y se ha de actuar con estricto apego a la juridicidad, la responsabilidad que le afecte no puede buscarse en el seno de las normas civiles, sino en las normas que regulan la conformación y actuación de los poderes públicos: la Constitución.

Se da por superada la dicotomía entre actos de gestión y actos de autoridad, para aceptar el principio de responsabilidad amplia y sin excepciones.

Las normas constitucionales que determinarían este régimen público de responsabilidad del Estado son principalmente los arts. 6 inc. 3°, 7 inc. 3° y 38 inc. 2° de la Constitución. Los primeros declaran que los actos del Estado que transgreden la juridicidad generan responsabilidad; el tercer precepto reconoce al particular afectado por una lesión a sus derechos por parte de la Administración el derecho de reclamar a los tribunales de justicia, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario que causa el daño.

Se trataría, por tanto, de una responsabilidad, no civil, sino constitucional y que se imputa directamente al Estado y no a través de un tercero dependiente. A ello se agrega que estamos delante de una responsabilidad objetiva, ya que la Constitución no exige que se acredite culpa, descuido ni falta de servicio.

No hay tanta claridad entre los partidarios de esta tesis sobre si es necesario que se trate de un daño producido por una actuación antijurídica del Estado. Algunos señalan que la ilicitud o antijuridicidad del daño no es necesaria, como lo probaba el art. 19 N° 24 de la Constitución que obliga a resarcir perjuicios en caso de expropiación: es un daño justo (autorizado por la ley) y que sin embargo genera responsabilidad. Se contemplan algunos fallos en los que los tribunales han otorgado indemnizaciones aun cuando reconocieran la legalidad del proceder de la autoridad pública (paradigmático es el caso

"Comunidad Gallenú con Fisco": C. Sup. 7 de agosto de 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 81, sec. 5ª, p. 181). Otros arguyen que en estos casos se vulnera el principio de igualdad ante la ley y más específicamente la regla constitucional de la igual repartición de las cargas públicas, de modo que la ilicitud se mantendría pero basada en el desequilibrio que se produciría al pretender que un particular tenga que asumir todo el costo de una medida que es considerada lícita por atender las necesidades de bien público.

Sobre la relación de causalidad, también hay algunas incertidumbres, ya que si bien se habla de que no es suficiente el daño sino que hay que probar una relación causal entre la conducta de la Administración y el perjuicio ocasionado al particular, en varios pasajes se alude a la necesidad únicamente de una causalidad "material", lo que indicaría que la apreciación de la causalidad se satisface con un criterio meramente fáctico y no normativo.

Sobre el daño, la teoría de la responsabilidad de Derecho público afirma la existencia del principio de la integridad de su reparación. Sostiene que todo perjuicio, sea patrimonial o moral, debe ser resarcido o, al menos, si no es posible la restitución completa, compensado.

Finalmente, una buena parte de los que apoyan esta doctrina estiman que el silencio de las normas constitucionales sobre un plazo de prescripción de la acción en contra del Estado debe entenderse como una declaración tácita de que la acción es imprescriptible. No correspondería la aplicación del art. 2332 del Código Civil, toda vez que se ha partido por excluir totalmente la regulación iusprivatista.

No son pocas las dificultades que se presentan a la teoría para preservar su coherencia interna. Una de ellas proviene de la existencia de leyes especiales que expresamente regulan supuestos de responsabilidad por daños causados por el Estado o sus órganos (Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades: Ley N° 18.695; Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado: Ley N° 18.575). En estas normativas especiales existen preceptos que restringen o limitan la responsabilidad del Estado como la quisieran los partidarios de la doctrina que comentamos. No se trata ya de una responsabilidad objetiva absoluta, sino de una responsabilidad con un factor de imputación identificado como "falta de servicio". Aquí quedan dos salidas: una, la de considerar que estas leyes especiales se aplican en su ámbito propio y que la responsabilidad objetiva amplia queda reservada a los casos de actuación estatal no regidos por ellas, donde recuperaría vigencia la Constitución; dos, la de considerar inconstitucionales estas leyes y aplicar con preferencia la Constitución a todos los casos. Indudablemente esta última parece la posición más coherente con la idea de un régimen

constitucional de la responsabilidad estatal, pero ello se logra a costa de negar toda virtualidad a leyes que, como las orgánicas constitucionales, han sido dictadas por mandato de la misma Constitución y sometidas al examen previo de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

Otra dificultad, quizás mayor, es la que surge de advertir que el mismo texto Constitucional ha incursionado en normas específicas de responsabilidad que no se condicen con el diseño que tendrían sus propias reglas generales. Es lo que sucede con el art. 19 Nº 7, letra i, referido al supuesto de responsabilidad por error judicial. En este caso, es claro que la Constitución ha rechazado los criterios de la responsabilidad objetiva, sin culpa y por mera actuación dañosa de los órganos del Estado. Exige culpa, y más aún culpa calificada por resolución especial de la Corte Suprema. De nuevo queda la salida de decir que es este un caso especial y que sólo se aplicará a las actuaciones de un poder del Estado: el judicial. Pero en tal caso se presenta el problema de explicar por qué otras actuaciones abusivas o gravemente negligentes de la administración de justicia que no son de responsabilidad. De allí que nuevamente se sostenga que a estas otras actuaciones se aplicará el sistema constitucional general de responsabilidad objetiva amplia, y que el sistema restringido únicamente tendría lugar en los supuestos específicos de la norma, es decir, en procesos penales. No se puede negar, sin embargo, que resulta insólito verificar que, en tal caso, el constituyente habría sido más favorable con la víctima cuando la administración de justicia lesiona abusivamente sus intereses patrimoniales, que cuando lo hace con un bien tan esencial como lo es la privación de libertad personal. ¿No será que el constituyente pensaba que en general las actuaciones de los tribunales de justicia eran actos lícitos, por lo que aunque impusieran daños y se realizaran conscientemente no generaban responsabilidad, y frente a esta reflexión se buscó una manera de otorgar esa reparación cuando de un modo cierto e indubitado la resolución judicial pudiera ser considerada ilegítima?

3. ¿ES POSIBLE UNA CONCORDIA?

Caracterizados ambos sistemas, podemos preguntarnos si no es posible una conciliación que supere o atenúe las divergencias.

Pensamos que bien vale la pena el esfuerzo por buscar una concordia que evite que casos semejantes sean solucionados de manera diversa, sin que la diferencia pueda ser explicada o justificada con razones comprensibles para el sentido común del simple ciudadano.

No es posible que estemos propagando una teoría que permita que una persona que ha sido víctima de una negligencia médica mientras se le intervenía quirúrgicamente en un hospital dependiente de un Servicio de Salud tenga un régimen jurídico reparatorio absolutamente diverso de quien sufrió el mismo daño pero a manos de personal médico dependiente de un centro privado. Si mantenemos la separación entre responsabilidad de Derecho público y de Derecho privado tendríamos que admitir que mientras el primero gozará de un régimen de responsabilidad objetiva absoluta, derivada sólo de causalidad material, directa e imprescriptible; el segundo tendrá que verse las con un sistema de responsabilidad sancionatoria, dependiente de la prueba de la culpa y del nexo de causalidad jurídica, sólo por el hecho de tercero y prescriptible en cuatro años.

Algo anda mal en nuestra comprensión del orden jurídico si admitimos una teoría que auspicia o tolera una desigualdad tan patente. Por ello, pensamos que un presupuesto necesario para lograr una clarificación y concordia de las dos posiciones debería ser una reflexión más atenta sobre el rol de la Constitución, la unidad y coherencia del conjunto del ordenamiento jurídico, y las funciones del Derecho de daños en el moderno Derecho civil.

III. UN PRESUPUESTO NECESARIO: EL ROL DE LA CONSTITUCIÓN Y LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

1. EL ROL DE LA CONSTITUCIÓN: APLICACIÓN DIRECTA Y AUTARQUÍA CONSTITUCIONAL

Está fuera de discusión que la Constitución ocupa el lugar más alto en la jerarquía normativa del ordenamiento positivo y que a ella deben someterse las demás fuentes legislativas, como tratados, leyes y reglamentos.

Tampoco parece haber problema en convenir en que la Constitución no sólo juega su papel rector en el ámbito de la organización política y administrativa del Estado, sino que irradiará su acción benéfica en el plano de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, e incluso entre estos entre sí.

No hay duda de que ha sido un avance del constitucionalismo moderno el visualizar cómo incluso las leyes del Derecho privado deben ser leídas e interpretadas a la luz de los grandes principios y derechos constitucionales. Ya es un tópico común hablar del proceso de constitucionalización del Derecho Civil o de la existencia de un Derecho privado constitucional.

Más aún: siguiendo la tesis alemana de la aplicación directa de la Constitución es necesario admitir que en muchas materias —si bien no en todas— la norma constitucional, a falta de ley que la reglamente, puede ser aplicada directamente por el juez a un caso y puede servir como normativa decisoria de una *litis* trabada sólo entre particulares.

Pero una cosa es aceptar que la Constitución obliga también a los particulares y que a falta de ley pueda ser aplicada directamente, y otra cosa muy distinta es pensar que la Constitución puede regular completamente una institución o régimen jurídico sin que atienda para nada a la necesidad de complementación y desarrollo por las normas legales. Esta especie de autarquía o autosuficiencia de la Constitución que parece sostenerse hasta considerar que las leyes que regulan y complementan las normas constitucionales son superfluas o incluso inconstitucionales, contradice su carácter de norma fundamental y básica de un ordenamiento de fuentes plurales y concordes.

No puede sostenerse, a nuestro juicio, que la Constitución ha querido regular por sí y ante sí y con independencia de toda regulación legislativa el régimen jurídico de daños o responsabilidad civil por actos del Estado, como tampoco podría haber establecido un régimen de responsabilidad civil por daños de las empresas, o de los particulares. No es el objeto de la norma constitucional el diseñar regímenes jurídicos, sino más bien dar los principios orientadores, expresar los derechos fundamentales y, tal vez, aconsejada por la experiencia, exigir alguna que otra determinación clave o esencial para la regulación de un determinado sistema, al cual deberá atenerse el legislador, cuya misión sigue siendo el desarrollar y dar real vigencia a las normas y principios de la Constitución.

La construcción de la responsabilidad de Derecho público tiene mucho de voluntarismo, aunque bien inspirado: superar la tesis que en la práctica dejaba en la indefensión a los perjudicados por el Estado. Primero, se determina apriorísticamente que la responsabilidad en Derecho público tiene ciertas características propias: objetiva, directa, imprescriptible, etc., que no son las del Derecho privado. Luego, se observa que la Constitución habla en algunas normas de "responsabilidad" por actos del Estado o que la persona lesionada en sus derechos por la Administración puede "reclamar" ante los tribunales. Tercero, como ya hemos definido que la única responsabilidad posible es la que hemos caracterizado, se concluye que la Constitución no puede haber querido referirse sino a ese sistema de "responsabilidad de Derecho público" y que, por lo tanto, presenta todas las características que se le han previamente atribuido. Pero se trata de una petición de principio que fuerza el sentido de las normas constitucionales para adosarles lo que,

según los doctrinadores, deberían decir. Pero lo importante es lo que dicen, no lo que nos gustaría que dijeran (esto último será materia de reforma constitucional pero no de interpretación de textos vigentes).

Si nos atenemos a los textos, sin preconcepciones sobre cómo debería ser la responsabilidad de Derecho público acogida por la Constitución, el panorama es absolutamente diverso. Los incisos finales de los arts. 6 y 7 de la Constitución que, junto con establecer la necesidad de que los órganos del Estado, personas, instituciones o grupos se sometan al orden jurídico, declaran que la infracción de esas normas "generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley" (art. 6) u "originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale" (art. 7), llevan a la conclusión opuesta a la supuesta autosuficiencia de la Constitución en materia de responsabilidad de Derecho público. En efecto, 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 en que la regulación específica de esa responsabilidad es también materia de ley?

Aún más, no hay que descuidar que los arts. 6 y 7 no sólo se refieren a las transgresiones de los órganos del Estado, sino a las de toda persona, institución o grupo. Por ende, cuando se habla de responsabilidades originadas por la infracción no se está aludiendo sólo a la que surge por el actuar estatal sino también a la originada en las relaciones entre particulares. Si la interpretación que busca ver en estos preceptos el fundamento de una responsabilidad de Derecho público constitucionalmente autosuficiente fuera correcta, tendríamos que llegar a la insólita conclusión de que la Constitución ha querido también regular por sí y ante sí el sistema de responsabilidad civil entre particulares, lo que conduciría a la afirmación de que la regulación del Código Civil no sólo no es apta para regular los daños causados por el accionar del Estado sino también superflua o inconstitucional para regular los daños ocasionados entre particulares.

Es cierto que la norma del art. 38 inc. 2º se refiere específicamente a la lesión de los derechos de las personas por parte de la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, pero lo hace en sus dos incisos refiriéndose a la ley y, además, es claro que nuevamente no prejuzga sobre el tipo de sanción de que puede derivarse de esa lesión, ya que sólo señala que las personas lesionadas pueden "reclamar" ante los tribunales que determine la ley. No obstante, pensa-

mos que hay aquí una norma constitucional en materia de responsabilidad del Estado, que se deduce de la expresión "sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que hubiere causado el daño", pero que en ningún caso da pie para sostener que se trata de un régimen autónomo y completo de fuente constitucional.

En concreto, la Constitución es la norma fundamental y de mayor jerarquía del sistema, pero no la única fuente del orden jurídico. Las normas legales que, por mandato expreso o tácito del mismo constituyente, deben desarrollar la Constitución tienen un espacio de libertad bastante amplio para sus determinaciones concretas, limitándose a respetar los principios generales de la Constitución y alguna norma constitucional particular de especial relieve.

No hay duda de que el legislador deberá respetar el principio de igualdad, el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la honra y la vida privada, la igual repartición de las cargas públicas, pero debe hacerlo tanto cuando desarrolla un régimen de responsabilidad del Estado como cuando establece un sistema de responsabilidad entre particulares.

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema avala este planteamiento, ya que ha reconocido que, "si bien los alcances preceptos constitucionales reconocen el principio de la responsabilidad del Estado, en modo alguno establecen cuál es la naturaleza de esa responsabilidad, remitiendo a la ley su determinación" (C. Sup. 20 de abril de 2003, *Gaceta Jurídica* Nº 274, p. 59).

2. ¿EXISTE EL DERECHO COMÚN? EL ROL DEL CÓDIGO CIVIL

Conviene reflexionar un momento sobre el sentido del llamado Derecho común o supletorio. Todos los abogados estamos familiarizados con la existencia de un corazón o espina dorsal del orden jurídico a donde podemos recurrir cuando no haya previsiones especiales o contrarias en algunas leyes o normativas específicas. Pero ¿sobre qué base normativa operamos cuando decimos que si la ley no dice nada sobre un determinado tópico deben aplicarse las reglas generales y vamos a otro cuerpo normativo, como por ejemplo el Código Civil? Podemos afirmar que el art. 4º del Código Civil así lo ordena al considerarse a sí mismo como Derecho supletorio respecto de Códigos como el de Comercio, de Minería y de Justicia Militar. Pero podría objetarse que se trata de una disposición cuyo texto es limitado a ciertos cuerpos jurídicos.

Lo cierto es que entendemos que esa norma traduce un principio más general que inspira todo nuestro ordenamiento jurídico y le con-

ferre una estructura (siquiera aspiracionalmente) nacional, orgánica y coherente. No habría realmente ordenamiento si las disposiciones normativas operarían como islas independientes sin conexión ninguna entre sí. La labor del legislador, del juez, del abogado suponen que los distintos cuerpos legales no operan solos y aislados unos de otros, sino sobre una base de conceptos, de reglas, de principios, que ya forman parte del acervo común de todo operador jurídico. Esta es la función del llamado Derecho común, que en materia de Derecho privado está representado por el Código Civil.

El constituyente, cuya misión no es establecer un Código de Derecho Público, sino un conjunto de principios y normas fundamentales a las que por jerarquía deberán supeditarse las demás, sabe que no puede regularlo todo pero no se preocupa de ello porque tiene en cuenta que la labor de desarrollo la hará el legislador y que, en último caso, se aplicará el Derecho común, según la disciplina de que se trate. No hay que extrañarse por ejemplo que la Constitución no defina conceptos jurídicos tan fundamentales como familia, persona jurídica o propiedad, ya que el constituyente opera sobre la base de que cualquier intérprete recurrirá para su comprensión al Derecho privado común (al menos al vigente a la época de aprobación de la Carta Fundamental). Si el texto constitucional, por poner un ejemplo, dispone que cesa en su cargo el diputado o senador que durante su ejercicio "caucionare" contratos con el Estado (art. 57 inc. 2º Const.), nadie discutirá que para saber lo que esa conducta significa hay que recurrir al concepto de caución que está en el art. 46 del Código Civil. ¿Qué diríamos de alguien que pretendiera que aquí el constituyente ha forjado un concepto constitucional de caución que nada tiene que ver con el concepto civil? ¿Y no es esto lo que se nos propone cuando se defiende un régimen constitucional de responsabilidad civil del Estado?

En efecto, la Constitución no hace ninguna regulación especial de la responsabilidad del Estado. Sólo se limita a emplear el término y, además en su más amplio significado, el que incluye diversas facetas como la política, disciplinaria, penal e indemnizatoria o civil. ¿Por qué entonces el rechazo a que, a falta de ley especial, no pueda aplicarse el Código Civil como Derecho común, cuando es claro que lo es en todo lo que se refiere a la responsabilidad por hechos dañosos?

3. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO: ¿TAN DIFERENTES?

La doctrina insubpublicista ha puesto de relieve que el Derecho público no debe entenderse únicamente como una disciplina que estudia la

organización y administración del Estado, sino que debe colocar su acento en la persona, o administrado y en la protección de sus derechos. Por su parte, el Derecho civil ha ido dejando atrás su enfoque centrado en lo patrimonial para reconocer también que su centro nuclear está constituido por la persona y sus relaciones tanto de naturaleza económica como extrapatrimonial.

Se trata de procesos que marcan una fuerte proximidad entre el Derecho público y el Derecho privado, hasta alcanzar zonas de franca confluencia. Así, por ejemplo, la jurisprudencia del recurso de protección suele ser enriquecedora no sólo de la doctrina del Derecho público sino también de la de Derecho privado. Piénsese, por ejemplo, en el desarrollo de los derechos a la vida privada y a la imagen, o en todo lo referido a la garantía constitucional de la propiedad sobre cosas incorporales.

Esta cercanía se revela también al explorar los desarrollos doctrinales de la responsabilidad del Derecho público y la del Derecho privado.

En efecto, la diferencia se mantiene si se caracteriza el régimen de responsabilidad civil como lo presentan los iuspublicistas, es decir, como un sistema más moral que jurídico y centrado en la culpa del autor del daño y no en la reparación de la víctima. Pero esta descripción no es válida para el sistema de responsabilidad civil desarrollado en el último siglo y sobre todo en las décadas recientes, donde ha surgido con fuerza la perspectiva de la reparación por sobre la del reproche al autor del ilícito y han aparecido factores de imputación diversos de la culpa, como el riesgo creado, el riesgo-provecho, el riesgo típico, el riesgo de empresa, etc. Y si bien la culpa sigue siendo considerada el factor común que debe operar a falta de otros, su mismo concepto ha sufrido una cierta evolución objetivadora. La culpa no es considerada ya una noción que se traduce en la indagación de la predisposición o actitud psicológica del autor del daño (de descuido, desprecio de los bienes jurídicos), sino que se ha transformado en un concepto normativo que se extrae de la comparación entre la conducta examinada y los deberes o estándares de cuidado que se establecen como exigibles según un parámetro objetivo: el hombre medio razonable.

La teoría de la responsabilidad de Derecho público lucha contra una imagen del sistema privado de responsabilidad, que podría haber sido exacta en la época del Derecho natural racionalista y en la de la codificación, pero que en el momento actual no es más que una caricatura. Por lo tanto, no se trata de rechazar la teoría de la responsabilidad de Derecho público para quedarnos con la recogida por el Derecho civil según la interpretación decimonónica, sino la de cons-

nstruir una responsabilidad del Estado que pueda nutrirse de fundamentos constitucionales, de previsiones de la legislación especial y del Derecho común de la responsabilidad del Código Civil interpretado a la luz de los nuevos desarrollos del Derecho de daños.

IV. UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE FUENTE CONSTITUCIONAL Y CIVIL

1. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Responder significa, en un muy lato sentido, hacerse cargo de las consecuencias favorables o desfavorables de una conducta, activa u omisiva, que se atribuye como propia. La libertad es la que permite la responsabilidad, y esta a su vez supone aquella.

La responsabilidad puede ser moral, política o jurídica.

La responsabilidad jurídica tiene múltiples facetas, pero según su finalidad puede ser sancionatoria o reparatoria. A la primera se deben asignar la responsabilidad penal, la responsabilidad infraccional o administrativa y la responsabilidad disciplinaria o funcionaria. En todas ellas frente a un ilícito, sea que haya causado daño o no, se conmina el deber de soportar una sanción: pena, multa, sanción administrativa, etc. La responsabilidad reparatoria es la que tiene por objeto principal, no castigar el ilícito, sino trasladar el costo del daño del patrimonio de la víctima al patrimonio del autor del hecho. Es la que llamamos responsabilidad civil, que puede estar regulada en el Código Civil o en leyes o normas especiales.

Es cierto que el juicio de responsabilidad civil termina en una condena a reparar el daño, que normalmente se traduce en el pago de una indemnización en dinero. Pero la responsabilidad no es la única fuente del deber de indemnizar. La indemnización reparatoria puede tener un fundamento diverso de la responsabilidad. Por ejemplo, el Código Civil habla de indemnizar en supuestos de accesión (arts. 667 y 668), en los casos de pago de una obligación indivisible (art. 1526 N° 5), en la distribución de las deudas hereditarias por parte del testador (art. 1358), en la gestión de negocios ajenos (art. 2290), etc.

Hay que cuidarse entonces de una indebida identificación entre indemnización y responsabilidad y de pensar que toda vez que la ley haga procedente una indemnización estamos frente a un supuesto de responsabilidad. Esta clarificación nos sirve para abordar el problema de la posibilidad de una responsabilidad por un acto que no es contrario al Derecho.

2. EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR ACTO LICITO

Algunos partidarios de la tesis de la responsabilidad de Derecho público llegan a afirmar que el Estado debe responder incluso cuando sus actos no puedan calificarse de ilícitos. Invocan que en materia de propiedad la misma Constitución ordena indemnizar el daño causado por una ley expropiatoria que cumple con todas las exigencias constitucionales y, por tanto, es lícita.

Se señala que la jurisprudencia ha dado cobijo a este criterio, principalmente en el conocido caso "Comunidad Galletué con Fisco" (C. Sup. 7 de agosto de 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 81, sec. 5°, p. 181), en el que los tribunales otorgaron el derecho a la indemnización a la comunidad propietaria de las araucarias araucanas a pesar de reconocer la legalidad de los actos de la administración que imponían limitaciones en atención a la necesidad de proteger la flora natural. En otro pronunciamiento más reciente la Corte Suprema reconoció el derecho a la indemnización derivada de la prohibición de explotación de un predio agrícola dictada por el Servicio Agrícola y Ganadero conforme a la legalidad vigente para prevenir una epidemia animal (C. Sup. 23 de enero de 2001, rol Nº 2213-00).

De esta forma, se señala que, aun cuando no haya ley expropiatoria si una medida legislativa o gubernamental establece restricciones o limitaciones al ejercicio de derechos constitucionales en razón del bien común, aunque no haya actuación ilícita, debe indemnizarse al particular afectado, en atención al principio de la igualdad ante la ley y en particular al derecho a la igual repartición de las cargas públicas (art. 19 Nº 20 Const.). Se estaría imponiendo un daño que el particular no está en la obligación jurídica de soportar. Este tipo de frases justificatorias un tanto enigmáticas pueden producir expresiones francamente ininteligibles; en el caso "Quintana y otros con Servicio Agrícola Ganadero", recién citado, la Corte Suprema asienta la siguiente afirmación: el art. 38 de la Constitución Política "obliga al Estado a indemnizar cuando se ha producido una lesión patrimonial, lo que implica un detrimento antijurídico sufrido en el patrimonio de una persona, ya que proviene de un acto ilícito de su autor, ya porque el que lo sufre no estaba en el deber de soportarlo, aun sin ser ilegal aquel acto".

A nuestro juicio, se incurre en una indeseable confusión entre dos figuras jurídicas que son diversas: la responsabilidad civil, por un lado, y la indemnización por afectación lícita de derechos, por otro. La responsabilidad es un remedio que intenta reparar no cualquier perjuicio,

sino el causado injustamente. La antijuridicidad de la conducta *dañina* es consustancial al concepto mismo de responsabilidad, y nada hay en los textos constitucionales que indique lo contrario.

Otra cosa, es que sean indemnizables perjuicios que se derivan de una actuación lícita pero que afectan ciertos derechos que, por razones de política legislativa, se estima que no deben ser soportados, al menos íntegramente por quien la padece. Esto no es propio del Derecho público, sino que también existe en el Derecho privado. El Código Civil, por ejemplo, concede esta indemnización en beneficio del dueño del predio sirviente que debe soportar la imposición de una servidumbre legal, como la de tránsito (art. 847 CC). No se trata de que el dueño del predio dominante se haga responsable de la constitución de la servidumbre, porque esta es autorizada por la misma ley. El deber de indemnizar deriva de otro fundamento, no de la responsabilidad.

Lo mismo cabe decir de la indemnización de la expropiación. La Constitución la concede no porque sea un acto lícito del cual deriva responsabilidad del Estado, sino porque estima justo que el afectado por una medida jurídicamente inatachable sea compensado en parte por las pérdidas que ella le cause.

La distinción no es meramente semántica. Cuando hablamos de responsabilidad, el agravado tiene no sólo derecho a la indemnización sino primeramente a que cese el daño, e incluso a que se revierta la conducta dañina si ello es posible. Esto, en cambio, no sucede cuando se trata de afectación lícita de derechos, en el que el particular puede obtener reparación siquiera parcial de sus perjuicios pero nunca revertir la medida adoptada.

Otra diferencia, aunque aquí cabría una exploración mayor, surge de la necesidad de saber cuándo procede y cuando no la indemnización por afectación lícita de derechos. Es claro que no todo acto lícito que afecte derechos da lugar a la indemnización. Tampoco parece que deba concederse siempre la indemnización completa de los daños. La misma Constitución, en el caso paradigmático de la expropiación, limita la reparación sólo a los perjuicios patrimoniales (art. 19 Nº 24°).

² El texto constitucional (art. 41 Nº 8), también determina la procedencia de indemnizaciones en caso de requisiciones de bienes en estados de excepción constitucional, aunque la remite nuevamente a la ley "dentro lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley". Agradezco que también denota derecho a la indemnización las limitaciones al derecho de propiedad cuando imponen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio "y con ello se cause daño" (patrimonial).

3. NORMAS CONSTITUCIONALES, LEYES ESPECIALES Y REGLAS CIVILES

Recapitulando lo que hemos avanzado hasta ahora, podemos decir que la Constitución no ha establecido un régimen propio de responsabilidad, ni del Estado ni de los particulares, sino que se ha limitado a exponer los principios en los que deben enmarcarse esos regímenes cuando sean regulados por la ley, y a disponer puntualmente algunos preceptos que deben ser acogidos por ésta.

Frente a eso tenemos el Código Civil que representa el Derecho común en materia de responsabilidad: el título XXXV del libro IV, y que debe tener aplicación subsidiaria, como lo ha reconocido la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema: "la naturaleza especial de la responsabilidad extracontractual del Estado y el hecho de estar sujeta a reglas y principios pertenecientes al Derecho Público, no impiden que ciertos aspectos de esta responsabilidad, como los relativos a la indemnización de los daños injustamente irrogados por la actividad estatal queden sometidos a las disposiciones del Derecho Común, a falta de una normativa propia del Derecho Público" (C. Sup. 15 de abril de 2003, *Gaceta Jurídica* N° 274, p. 108, cons. 1°).

Pero, además, de las normas constitucionales y del Derecho común tenemos leyes especiales de responsabilidad civil que son de dos tipos. Unas se refieren directamente al Estado o a organismos estatales y otras regulan ciertas actividades que pueden ser desempeñadas tanto por privados como por órganos públicos. Las primeras las podemos denominar leyes especiales de responsabilidad del Estado y las segundas leyes sectoriales de responsabilidad. Las leyes especiales de responsabilidad del Estado son la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (arts. 4 y 42, Ley N° 18.575) y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (art. 141, Ley N° 18.965). Leyes sectoriales de responsabilidad son, por ejemplo, la Ley del Tránsito respecto de la responsabilidad del propietario de vehículos (art. 174, Ley N° 18.290), la Ley de Seguridad Nuclear (Ley N° 18.302), la Ley de Navegación (D.L. 2222, de 1978) que se refiere a la responsabilidad por derrame de hidrocarburos en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, el Código Aeronáutico (Ley N° 18.916) que trata de la responsabilidad por daños causados en la aeronavega-

3 El anterior art. 44 de la Ley ha quedado con el número 42, después del D.F.L. N° 1/19.653, Ministerio Secretaría General de Gobierno, de 13 de diciembre de 2000, publicado en el D. Of. de 17 de noviembre de 2001.

ción, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300), que regula la responsabilidad por daño medioambiental.

A nuestro juicio, el régimen de responsabilidad del Estado debe contemplar de un modo armónico y escalonado todas estas normativas. Pensamos que, en primer lugar, deben prevalecer, por razón de especialidad, las disposiciones sectoriales que regulan la responsabilidad en razón del tipo de actividad o daño. De este modo, por ejemplo, los daños causados por una camioneta fiscal deberán ser imputados objetivamente al Fisco en aplicación de la Ley del Tránsito, o si una refinería estatal produce daños por derrames de petróleo, responderá el Estado objetivamente por aplicación de la ley especial sobre la materia (D.L. 2222). En tales casos no es necesario probar falta de servicio ni culpa. En lo no previsto por estos regímenes sectoriales se aplicarán las normas especiales sobre responsabilidad del Estado y, a falta de ellas, las reglas generales del Código Civil. Así, por ejemplo, si la camioneta fue sacada sin autorización, no se aplicará la responsabilidad objetiva de la Ley del Tránsito, pero la víctima podrá recurrir a la ley N° 18.575 y probar que hubo falta de servicio y atribuirla directamente al Estado.

Cuando la actividad o daño no son cubiertos por una normativa especial, habrá que distinguir qué tipo de órgano público causó la lesión. Para los órganos integrantes de la Administración del Estado, previstos en el art. 1° de la ley N° 18.575, se impone la responsabilidad directa y no por el hecho del dependiente, según lo contempla el art. 4 de dicha ley, cumpliendo además la exigencia que se deduce de la parte final del inciso 2° del art. 38 de la Constitución para la "Administración del Estado"⁴. Esto significa que la negligencia de cualquier funcionario hará responder a la persona jurídica estatal sin que importe si el funcionario tenía poderes de representación o era un órgano con capacidad para obligar al ente público. En lo demás, el régimen de responsabilidad estará regido por lo que dispongan sus propias leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado según corresponda (art. 21, Ley N° 18.575) y, a falta de ellas, por el título XXXV del libro IV del Código Civil.

4 En efecto, si bien el art. 38 inc. 2° habla en forma amplia de "reclamar" por la lesión de los derechos por la Administración, lo cierto es que también incluye el reclamo por reparación de los daños, y al señalar la norma que el particular puede reclamar al Estado (se debe entender) "sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño", está disponiendo que la ley debe atribuir directamente la responsabilidad a la Administración y que, por lo tanto, ha de superar en estos casos el expediente de la responsabilidad por el hecho de tercero.

Ahora bien, para algunos de estos órganos: Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, la responsabilidad puede fundarse ya no en la acreditación de culpa sino en la denominada falta de servicio (arts. 21 y 42 LBGAE). La misma falta de servicio se aplicará principalmente para las Municipalidades ahora por aplicación de su propia Ley Orgánica Constitucional⁵, aunque también hay casos de responsabilidad objetiva, por ejemplo, por mala señalización de las vías, en la Ley del Tránsito (art. 174 inc. 5° Ley N° 18.290). En todo lo no previsto, se aplicará supletoriamente el título XXXV del libro IV del Código Civil.

Por último, si se trata de un órgano del Estado que no integra la Administración y no es mencionado en el art. 1° de la Ley N° 18.575, Ministerio Público, la Constitución nos remite a la ley (arts. 6° y 7°). A cuanto al factor de imputación, es decir, la culpa ya sea real o presunta. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que una interpretación moderna de la culpa aplicada a las personas jurídicas o colectivas debiera entregar resultados análogos a la del principio de la falta de servicio, como bien lo demuestra la jurisprudencia de los tribunales. Pero aun cuando no pudiere demostrarse culpa atribuible directamente al órgano en el funcionamiento público y, sobre la base de la responsabilidad por el hecho de los dependientes de los arts. 2320 y 2322 del Código Civil, atribuir la obligación de reparar al Estado. En tal caso, para que éste pueda exonerarse deberá probar que el funcionario culpable ejerció sus funciones de un modo impropio que el Estado no tenía medio de prevenir o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente (art. 2322 inc. 2°). Un caso especialísimo es el referido al daño provocado por un sometimiento a proceso o condena penal, en el que la misma Constitución establece una exigencia de antijudicialidad y culpa calificadas: la indemnización procede una vez que la Corte Suprema haya calificado la resolución como "*injustificada, errónea o arbitraria*". En este caso, la responsabilidad se atribuye directamente al Estado por imperativo constitucional (art. 19 N° 7, letra i).

⁵ Se ha dicho que es diversa la falta de servicio de la responsabilidad municipal de la del Estado, por lo que no puede imputarse al Estado la comisión en el pago de obligaciones que afectan a la Municipalidad aunque el incumplimiento se atribuya a la falta del Fisco en proveer de recursos a los municipios para pagar dichas deudas (C. Supo. 23 de julio de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 265, p. 78).

Los litigantes deben poner atención sobre en qué régimen jurídico están fundando sus acciones y defensas. De lo contrario se corre el riesgo de que un cambio de ellas posteriores a la traba de la *litis* (contestación de la demanda) sea considerado extemporáneo⁶.

4. CULPA Y FALTA DE SERVICIO

De acuerdo a las nuevas construcciones de la culpa en el Derecho civil moderno, no parece que haya muchas diferencias entre lo que se postula como "falta de servicio" y la llamada culpa en la organización. En efecto, se sostiene que la falta de servicio es equivalente a un funcionamiento defectuoso: "dice relación con el hecho de que un determinado servicio ha actuado mal o deficientemente, no ha obrado cuando su normativa le imponía el deber de hacerlo o, en fin, ha actuado tardíamente, y a consecuencias de ello la víctima ha resultado lesionada en sus derechos. Se trata aquí de que la organización misma ha fallado en el cumplimiento de su función en el servicio público" (C. Concepción, 10 de agosto de 2000, *Gaceta Jurídica*, N° 259, p. 387).

Aunque retóricamente algunos fallos suelen distinguir la falta de servicio de la responsabilidad de Derecho público del dolo o culpa de la responsabilidad civil, lo cierto es que terminan afirmando el deber de reparar porque se han transgredido ciertos deberes de cuidado que se estiman exigibles en un juicio objetivo de hombre medio. No es casual que la Corte Suprema, conociendo de la casación en el fondo interpus-

⁶ C. Supo. 10 de agosto de 2000, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 97, sec. 5°, p. 132. El caso es el de una señora que cae en un hoyo de la acera por falta de señalización y se demanda a la Municipalidad. En primera instancia la demandada alega imprudencia de la víctima. En la apelación cambia la argumentación y sostiene que el régimen de responsabilidad de las municipalidades es propio y que no hubo falta de servicio. La Corte de Apelaciones desecha la demanda por estimar que es una excepción perentoria que debió interponerse en la contestación (C. Concepción 15 de septiembre de 1999). Se deduce casación en el fondo, y la Corte Suprema la desecha por estimar que las alegaciones de segunda instancia resultaban extemporáneas por no haberse opuesto en la contestación de la demanda.

En el caso resuelto por la C. Suprema con fecha 9 de septiembre de 2002 (rol N° 4346-2000), se cuestionaba que el demandante hubiera lucrado en la demanda la responsabilidad extracontractual conforme al Código Civil y sólo en la réplica alegaba la responsabilidad por falta de servicio. El tribunal de primera instancia estimó que el cambio de fundamento importaba una alteración de la acción principal del pleito y por tanto debía ser rechazada. Los fallos de alzada y de casación coincidieron en la improcedencia de la responsabilidad del Fisco, pero la fundaron en una causal legal especial de conextación de responsabilidad.

⁷ La Corte Suprema ha dicho en el mismo sentido que la falta de servicio se produce cuando los órganos o agentes estatales no actúan debidamente haciendo, o cuando su actuar es tardío o defectuoso (C. Supo. 30 de abril de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 274, p. 59).

ta en contra del fallo de la Corte de Concepción recién citado, estime que, incluso con prescindencia de las normas de Derecho público invocadas, el fallo habría llegado a la misma conclusión si hubiere aplicado las normas civiles ya que afirma la negligencia del servicio de salud demandado (sentencia de 24 de enero de 2002, cons. 10^o, *Gaceta Jurídica* N° 270, pp. 50-51; se cuida de advertir la Corte que las consideraciones del fallo de alzada sobre la responsabilidad de Derecho público no son necesariamente comparadas por el tribunal de casación). Un poco después, en sentencia de 8 de mayo de 2002 (rol N° 3427-2001), la misma Corte Suprema resuelve que el fallo que exculpa al Fisco por no haberse probado que el jefe superior haya dado orden a un chofer para que procediera a cambiar la rueda de un camión, proceso en el que se produjo el accidente, no es susceptible de casación, ni por las normas de los arts. 2314 y 2329 del Código Civil (ya que la falta de la orden revela que no hubo negligencia) ni por los arts. 4 y 42 de la ley N° 18.575 (ya que no se probó la falta de servicio ante la ausencia de acreditación de la orden del jefe del perjudicado)⁹.

V. APLICACIÓN SUBSIDIARIA DEL DERECHO PRIVADO COMÚN A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

De todo lo anterior, podemos concluir que no hay impedimento constitucional alguno para que puedan aplicarse supletoriamente las

⁹ Otro caso: se trata de una señora que cae en un hoyo de la acera por falta de señalización, se condena a la Municipalidad por culpa en aplicación del Código Civil. En la apelación la Municipalidad alega que debió aplicarse la normativa de Derecho público y que no hubo falta de servicio. La Corte de Apelaciones de Concepción señala que se trata de una excepción perentoria que debió haberse interpuesto en la contestación de la demanda, pero agrega que, aun aplicando la normativa especial, la Municipalidad sería responsable por falta de servicio, siendo esta "todo mal funcionamiento del servicio. Si el Estado presta un servicio público, tiene la obligación de prestarlo bien; en caso, contrario, deberá responder de los daños que ese mal funcionamiento ocasiona a los particulares". En este caso, cualquiera sea el ámbito de responsabilidad que se examine, la municipalidad es responsable toda vez que faltó al deber de inspeccionar el paseo peatonal (C. Concepción 15 de septiembre de 1999, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 97, sec. 5^a, p. 132). La Corte de Apelaciones de Santiago igualmente adhiere de manera formal a la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado en un fallo del 2002, pero se trata de la acción de un carabinero que fue condenado penalmente por la Justicia Militar (C. Sigo, 16 de diciembre de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 270, p. 96, con prevención del abogado integrante Domingo Herránz, quien estimó que no hay responsabilidad objetiva del Estado). Algo similar en el caso fallado por C. Sup. 4 de junio de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 272, p. 117, que justo innecesario cesar la sentencia de grado por no haber aplicado el art. 2329 del Código Civil y exonerado por falta de culpa a la municipalidad, por cuanto además de la falta de servicio hubo negligencia por parte de ésta.

reglas del Código Civil al régimen de responsabilidad del Estado por falta de servicio previsto, ya sea en la LBGAE o en la LOCM. Así lo ha establecido recientemente la Corte Suprema al señalar que la especialidad de las normas sobre responsabilidad de Derecho público no impide que ciertos aspectos de esta responsabilidad queden sometidos a las disposiciones del Derecho común (C. Sup. 15 de abril de 2003, rol N° 1.234-02)¹⁰.

1. LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO

Una primera es el principio de reparación integral del daño. Es decir, de que debe repararse todo daño como expresa el art. 2329 del Código Civil. Se contemplan por tanto perjuicios patrimoniales y morales, incluyendo en estos últimos los relativos al daño a la salud o lesiones corporales. Los perjuicios patrimoniales incluyen, de acuerdo con el art. 1556 del Código Civil, el daño emergente y el lucro cesante. La Corte Suprema ha señalado recientemente que si se niega la indemnización del lucro cesante y del daño moral una vez establecida la responsabilidad del Fisco, se produce una infracción de ley que debe ser enmendada por la casación. El fallo sostiene que la norma infringida es el art. 1556 respecto de la omisión del lucro cesante y del daño moral (C. Sup. 26 de junio de 2000, rol N° 3.010-99)¹⁰. En otro caso similar, se confirma la procedencia de la indemnizabilidad del daño moral y se casa la sentencia que no lo reconocía por haber esta transgredido los arts. 2314 y siguientes y 2329 del Código Civil (C. Sup. 3 de mayo de 2001, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 98, sec. 5^a, p. 87).

2. EL NEXO DE CAUSALIDAD

Es necesario probar que entre la conducta que se califica como falta de servicio y el daño producido haya una relación de causa a efecto. Es decir, como señala el art. 2314, es necesario que el daño

¹⁰ En otro caso, esta vez del año 2001, se recurrió de casación en el fondo en contra de un fallo que afirmaba la responsabilidad de la Municipalidad por la anegación sufrida por una vivienda debido a una deficiente pavimentación de la calle, por invocar simultáneamente disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y del Código Civil, siendo inconciliables entre sí. La Corte Suprema desecha el recurso y estima que la Municipalidad incurrió en falta de servicio porque del proceso se infiere que la Municipalidad "no cuidó que en esas obras se observaran los estándares mínimos requeridos para prevenir el daño provocado" (C. Sup. 3 de mayo de 2001, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 98, sec. 5^a, p. 87).

¹¹ En realidad el art. 1556 no habla de daño moral, y por el contrario ha sido el principal argumento de tanto de quienes abogan por la no indemnizabilidad del daño moral en sede contractual.

haya sido "inferido" por dicha falta o, en términos del art. 2329, que "pueda imputarse" a ella. Pero no se trata de un vínculo de causalidad meramente empírico o material, sino que es necesario acreditar una causalidad normativa: es decir, que, atendido el curso causal de los hechos, es razonable y justo imponer sus consecuencias al Estado que no prestó sus servicios en la forma adecuada.

Por consecuencia, si existe fuerza mayor o caso fortuito o hecho de un tercero que interrumpe el nexo causal, no podrá verificarse la responsabilidad aunque se haya acreditado la falta de servicio¹¹.

3. LA REDUCCIÓN DE LOS DAÑOS POR IMPRUDENCIA DE LA VÍCTIMA

No vemos tampoco inconveniente en que se aplique a este régimen de responsabilidad, a falta de norma en contrario, la disposición del art. 2330 del Código Civil que ordena al juez reducir el monto de la indemnización, si quien lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

Parece lógico y razonable que quien con su negligencia ha cooperado también en la causación del daño, contribuya a soportarlo siquiera parcialmente.

4. LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

En nuestra opinión, la responsabilidad por el hecho del dependiente puede ser aplicada al régimen de la responsabilidad de los órganos del Estado respecto de los cuales no puede aplicarse la previsión del art. 38 inc. 2º de la Constitución ni la del art. 4 de la LOCEBAE en el sentido de que los daños provocados por los órganos son directamente imputables al Estado. Si no se logra probar culpa institucional, aun en el sentido normativo que hemos propiciado, pero sí es posible

acreditar la culpa personal del funcionario, no habrá problemas en que se aplique el art. 2320 del Código Civil y el Estado responderá como institución de la cual depende por un vínculo de subordinación el hecho directo del ilícito¹².

5. LA PRESCRIPCIÓN

Se ha sostenido insistentemente que la responsabilidad del Estado es imprescriptible. Pero el argumento central en que se apoya esta afirmación es frívolo: la Constitución no ha establecido ningún plazo de prescripción. ¿Pero cómo podría haberlo hecho si el constituyente con toda razón jamás pensó en regular un régimen de responsabilidad? La falta de previsión expresa indica justamente todo lo contrario, a saber, que sobre la materia debe aplicarse el principio general de la prescribibilidad de las acciones, y en especial el plazo de prescripción del art. 2332 del Código Civil.

Otra cosa muy diversa es la intención de hacer justicia respecto de quienes podrían haber estado impedidos de ejercer la acción, pero esos casos bien pueden ser resueltos ya sea por una legislación especial o bien por una interpretación más abierta de la interrupción de la prescripción¹³, y no por el expediente tan desproporcionado de declarar imprescriptibles acciones de contenido netamente patrimonial, generando una desigualdad irritante entre perjudicados por acciones particulares y perjudicados por acción estatal.

A pesar de algunos titubeos iniciales, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha concluido que tratándose de una acción patrimonial debe admitirse la prescripción y, a falta de norma especial y por imperativo del art. 2497 del Código Civil, el plazo es el de cuatro años fijado por el art. 2332 del Código Civil¹⁴.

¹¹ La Corte Suprema, en un caso en que se demandaba a una Municipalidad que había encargado la construcción de un muro de contención a una empresa contratista, firmó en la que falló un obrero de la empresa por derrumbe de la obra, sostuvo que no era posible acceder a la pretensión, entre otras razones, por falta de un nexo causal (sentencia 17 de abril de 2002, rol N° 4.878-2000). En la sentencia del juez del Primer Juzgado Civil de Temuco, confirmada por la Corte de Apelaciones respectiva, de 6 de junio de 2001, rol 1688-01, se excusó de responsabilidad al Fisco por los daños ocasionados a un recluso por un incendio ocurrido en el penal y ocasionado por una protesta de los internos, ya que "no se logró acreditar que fuera la acción u omisión de los agentes de la Administración, en el caso específico, de los gendarmes de turno en el Centro Penitenciario de Temuco realizada en el ejercicio de sus funciones, la causante de las graves lesiones sufridas por el actor..." (com. 13º).

¹² La doctrina de Alessandrini de que el art. 2320 supone un vínculo de Derecho privado debe considerarse superada por la evolución de la concepción del servicio público. Además es contraria al texto de la norma que no distingue.

¹³ Cf. por ejemplo el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que establece que la prescripción comienza a contarse desde que la parte perjudicada tuvo certeza jurídica acerca de la responsabilidad criminal del agente policial que le infligió el daño, es decir, desde que queda ejecutoriada la sentencia penal (C. Sigo, 16 de diciembre de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 270, p. 90). Pero la interpretación flexible de la interrupción de la prescripción o del momento inicial no puede desnaturalizar la institución: por eso se rechaza la pretensión de que la acción para reclamar daños por la detención y desaparición forzada de una persona no prescribe mientras se mantenga la desaparición (C. Sup. 15 de abril de 2003, *Gaceta Jurídica*, N° 274, p. 108).

¹⁴ En un primer momento, la Corte Suprema acogió la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público y, en algunas ocasiones, se sintió forzada a declarar imprescriptible la reparación de los daños causados por el acto declarado nulo.

6. LA CARGA DE LA PRUEBA

No hay dudas de que la carga de la prueba debe continuar rigiéndose, a falta de norma en contrario, por el art. 1698 del Código Civil. Corresponderá al actor probar que se dan los supuestos de su acción, es decir, el daño, la culpa o falta de servicio que lo motivó y la relación causal entre ellos.

Se ha sostenido que la falta de servicio implica una inversión de la carga de la prueba, pensando sobre el órgano público el acreditar su buen funcionamiento. No encontramos asidero alguno en los textos normativos como para mantener tal opinión.

También debe ser acreditado por el demandante el daño, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial.

7. LA RESERVA DEL ART. 173 CPC

El art. 173 CPC permite reservar para la ejecución del fallo la discusión sobre el monto de los perjuicios. Existe una discusión sobre si la norma se aplica sólo a la responsabilidad contractual (opinión tradicional) o también procede en materia extracontractual (opinión que se abre paso en la actualidad). En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado la jurisprudencia afirma la aplicación de esta norma que, por cierto, es propia del régimen procesal común (C. Sup. 28 de julio de 1987, *Fallos del Mes* N° 344, 1987, p. 355, cons. 14; C. Sup. 27 de mayo de 1999, rol 2.282-98).

8. LA ACCIÓN DE REGRESO CONTRA EL FUNCIONARIO CULPABLE

No hay duda que el Estado o las Municipalidades que deben responder ante el particular agraviado pueden repetir en contra del

funcionario que con su culpa personal causó el daño. Nos parece que, en tal caso, será aplicable el art. 2325 del Código Civil que establece las condiciones para que esta acción de regreso proceda: que el que perpetuó el daño hubiere actuado sin órdenes de la persona que fue obligada a responder por ella (en este caso, el Estado) y que sea capaz de delito o cuasidelito.

Esperamos que estas reflexiones puedan servir, a través del diálogo académico, para ir decantando posiciones y perfilando un régimen jurídico de responsabilidad de los entes públicos que, junto con dar cuenta de la especial naturaleza de su estructura y misión, pueda insertarse consistentemente en el conjunto del sistema de responsabilidad civil o reparatoria.

Así, pudo decir que no se aplica el art. 2332 del Código Civil a la demanda de indemnización de perjuicios derivada de la nulidad, ya que "la aplicación de tal norma de prescripción resulta inconsistente con las características que se reconocen a la nulidad de derecho público, de modo que su aplicación conduciría a reconocer la absoluta invalidez de los actos impugnados, pero manteniendo inóculums sus efectos" (C. Sup. 27 de mayo de 1999, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 96, sec. 5°, p. 69, cons. 7°). Pero este criterio cambió respecto de los efectos patrimoniales de la nulidad, para los que se admite la prescripción. En relación con la responsabilidad del Estado, se reconoce la prescribibilidad de la acción y el recurso al art. 2332 del Código Civil: así, C. Sigo. 30 de agosto de 2002, *Gaceta Jurídica*, N° 266, p. 92; C. Sup. 15 de mayo de 2000, *Gaceta Jurídica*, N° 263, p. 29; C. Sigo. 24 de octubre de 2002, *Gaceta Jurídica*, N° 268, p. 111; C. Sup. 1 de julio de 2003, *Gaceta Jurídica*, N° 271, p. 46; C. Sup. 15 de abril de 2003, *Gaceta Jurídica*, N° 274, p. 108; C. Sup. 7 de mayo de 2003, rol N° 25.495).

