

FOTOCOPIAR Y
 ENTREGAR
 PGS. 135-165

DOCTRINA ESTUDIOS NOTAS Y COMENTARIOS

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACON- TRACTUAL DEL ESTADO

GIOVANNI PIERATINNI MIGUELES

Abogado

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil extracontractual del Estado es un asunto que, al contrario de lo que sucede en otras latitudes jurídicas —Francia, Alemania, Italia, Inglaterra, España—, en Chile hasta épocas recientes aún se mantenía en estado de abierta disputa por posiciones técnicas discrepantes en aspectos esenciales, situación que, en todo caso, está en un franco proceso de superación, apareciendo cada vez con mayor nitidez la adopción de una de las tesis como predominante, tanto en el ámbito de la normativa positiva —ya sin duda—, como en el del resolver judicial —con firmeza y uniformidad—.

Se trata de las posturas doctrinarias referidas, una, a la que sostiene la responsabilidad objetiva del Estado en materia de responsabilidad civil extracontractual y, la otra, que postula en ese mismo campo la responsabilidad por falta de servicio, aproximaciones explicativas que son expuestas en sus fundamentos y lineamientos principales, con mención cuando ello es posible a pronunciamientos jurisprudenciales que las plasman, dejándose con claridad expresado que se asume como más adecuado y coherente con la preceptiva constitucional y legal pertinente, lo razonado y propuesto

368/2011

Febrero

en los planteamientos que conducen a la responsabilidad civil extracontractual por falta de servicio del Estado.

La materia controvertida sobre la cual se discute, es abordada teniendo presente al pensar en ella, la especial circunstancia de poseer ésta una dimensión general que va más allá de lo estrictamente administrativo, como quiera que el fluir de las ideas, si se hace más intenso, lleva, aun sin proponérselo, a la estructura profunda del Ordenamiento Jurídico y del Estado, allí donde nos encontramos con sus fundamentos, sus supuestos y los principios que los estructuran y los conforman, dándoles un sentido y orientándolos a un fin. (1)

(1) En palabras del profesor EDUARDO ALDUNATE LIZANA, "Tras las diferentes posiciones que pueden existir en el debate sobre la responsabilidad del Estado, y en particular en la controversia "responsabilidad falta de servicio" versus "responsabilidad objetiva", se encuentra una cuestión que trasciende en mucho al Derecho Administrativo y alcanza a la médula misma de nuestro sistema constitucional. Y con esto no aludo, sino en una mínima medida al texto de nuestra Carta vigente. Mucho más me refiero a los principios subyacentes al orden estatal y constitucional. Cada vez que se toma posición respecto de la extensión de la responsabilidad del Estado se asume un concepto del Estado y su función, de la relación entre autoridad y libertad, y de la articulación entre interés común e intereses particulares". ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "Consecuencias Constitucionales de la Doctrina sobre Responsabilidad Objetiva del Estado", en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 2, diciembre 2000, pp. 63 y 64. En

368/2011

Febrero

I. ASPECTOS GENERALES

Señala el profesor Enrique Barros Bourie, siguiendo a Kelsen, que, "desde un punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona". (2)(3)(4)

A su turno, la responsabilidad civil extracontractual del Estado es aquella que se produce como consecuencia de un hecho

Continuación nota (1)

una perspectiva amplia del problema, comparto la visión profunda y el esquema general que, para su análisis racional y coherente con el ordenamiento jurídico y los principios políticos que lo informan, incluidos por cierto sus aspectos vinculados a la Constitución, propone el profesor ALDUNATE, en su trabajo citado (pp. 61 a 78).

(2) BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 15.

(3) MICHEL PALLETT plantea que, "en positivo, la responsabilidad se traduce en la obligación de reparar pecuniariamente el perjuicio sufrido por la víctima, y ello dentro del marco de lo que se llama por tradición una reparación por equivalente". Agrega luego que, "por la negativa, la responsabilidad administrativa no podría confundirse ni con la responsabilidad penal ni con la responsabilidad disciplinaria ni, en fin, con la responsabilidad política". PALLETT, Michel, *La Responsabilidad Administrativa*, Editorial Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 52 y 53.

(4) CORRAL TALCIANI, por su parte, expresa que, "en una primera aproximación, puede definirse la responsabilidad como la necesidad efectiva, o eventual, en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio. La necesidad puede ser efectiva, si la responsabilidad ya ha surgido por la realización del hecho, o eventual si el acto no se ha realizado aún, pero de realizarse el sujeto debería responder". CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 13.

Febrero

u omisión del Estado o sus órganos que transgrede el deber genérico de no dañar a otro, y que genera la obligación de resarcir el daño ocasionado, al margen de un acuerdo o relación jurídica previa. Su fundamento radica en que las secuelas negativas de las actuaciones públicas no deben gravitar sobre el patrimonio o intereses privados afectados, sino que sobre la comunidad a que el Estado sirve. Sus funciones son, en lo esencial la reparatoria o compensatoria, en el sentido de restituir a la persona al estado anterior en que se encontraba al sufrir el daño; pero además cumple una función preventiva o disuasiva, cual es la de evitar nuevos hechos dañosos; una función de control social del buen funcionamiento de la Administración; una función demarcatoria, en cuanto a cuáles conductas son dañosas y generan responsabilidad.

Pero no siempre ha sido así. Hasta no ha mucho, el Estado era irresponsable, no respondía por las consecuencias de sus actos. La situación evolucionó (5) hasta

(5) "La transición hacia un régimen de responsabilidad de la Administración del Estado es relativamente reciente. En algunos lugares es obra de los tribunales, en una sede jurisdiccional especializada (Francia); en otros, por expansión de la responsabilidad civil del funcionario hacia la administración concebida como persona jurídica (Alemania y en la temprana jurisprudencia chilena); en otros, leyes especiales declararon aplicable el estatuto general de la responsabilidad civil, alterando la regla tradicional de que los hechos de la autoridad pública no daban lugar a responsabilidad (Inglaterra, Estados Unidos). En algunos sistemas jurídicos, finalmente, se ha creado un estatuto legal especial de responsabilidad de las administraciones públicas (España). En cada caso, la manera como se produjo el paso desde la inmunidad hacia la responsabilidad determinó que ésta fuera construida como un ordenamiento independiente del derecho civil, aunque con diferentes grados de vinculación (Francia, España), o que fuera concebida como una modalidad de la responsabilidad civil (Alemania, Italia, Países Bajos, Inglaterra, Estados Unidos). A eso se agrega que, con independencia de la forma que adopte en concreto, la idea de que el Estado es responsable suele estar reconocida expresamente en

368/2011

llegar a establecerse la responsabilidad estatal. (6)

Ante este estado de cosas es que surgieron, entre otras, las teorías de la responsabilidad civil extracontractual objetiva del Estado y la de la responsabilidad civil extracontractual por falta de servicio, que intentan explicarlo jurídicamente.

En Chile, el reconocimiento jurídico de la responsabilidad estatal ha sido "azaroso", (7) siendo dable distinguir en esa evolución una primera etapa en que, no obstante las inmunidades que amparaban al Estado que lo hacían en general irresponsable, "la jurisprudencia chilena no veía inconvenientes para hacer valer su responsabilidad civil, ya sea fundándose en las reglas generales del Código Civil, ya en el principio de igualdad en la repartición de cargas públicas" (8). Una segunda, en que se dio una aplicación tardía al distinguir del derecho francés entre actos de autoridad y actos de gestión, generando "un amplio ámbito de irresponsabilidad del Estado en todo lo que supusiera su actuación

como poder público" (9). Finalmente, una tercera etapa en que "se declara el Estado responsable, sin distinciones, por la actuación de sus funcionarios, pero también de sus órganos, a condición de que éstos hayan actuado en infracción a un deber general de cuidado (culpa civil) o, conforme a las reglas del derecho público, hayan incurrido en una falta de servicio". (10)

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA DEL ESTADO

La responsabilidad civil extracontractual objetiva, o sin culpa, o estricta, o por resultado o de derecho público—sostenida en Chile principalmente por los profesores Eduardo Soto Kloss, Hugo Caldera Delgado, Gustavo Fiamma Olivares, Osvaldo Oelckers Camus, José Martínez Estay, Andrés Vásquez Rogat y Fabián Huepe Artigas—, fundamenta la obligación del Estado de indemnizar al particular dañado, en la mera relación causal entre el perjuicio y el hecho que lo ocasiona, prescindiendo de elementos subjetivos de atribución de responsabilidad, quedando la víctima liberada de la obligación de probar la culpa del causante del daño o ilicitud de la actuación, privilegiando de esta manera más a la necesidad de mirar a la víctima del perjuicio y el daño que necesita ser indemnizado. (11)(12)

(9) *Ibidem*.

(10) *Ibidem*, p. 489.

(11) Ilustra sobre las características de esta postura HERNÁN CORRAL TALCIANI, informando que "la responsabilidad de derecho público es la posición que ha sido desde largo tiempo defendida por Eduardo Soto Kloss, quien estima que sobre la base de los preceptos constitucionales de los artículos 6º y 7º, 19 Nº 20, 38 y 40 Nº 8 puede construirse un régimen de responsabilidad del Estado que impone a éste el deber de reparar todo daño que se haya producido por sus órganos,

368/2011

Febrero

El fundamento jurídico de la responsabilidad objetiva en los eventos en que la víctima soporta un sacrificio derivado de un acto legítimo y regular, pero cuyo daño debe soportar en aras del interés general, se encontraría en la ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, cumpliendo la indemnización el rol de restablecer esa igualdad anormalmente quebrantada.

Puede advertirse que al atender sólo al hecho dañoso padecido por el ciudadano

Continuación nota (11)

y que pueda ser calificado de antijurídico, por no encontrarse la víctima "en la obligación jurídica de soportarlo, desde que no ha sido puesto a su cargo por el derecho, porque significa una igualdad que se rompe, un equilibrio que se perturba, un desajuste en el orden existente, que es necesario restablecer, equilibrar, ajustar a fin de que se haga justicia...". Sus partidarios suelen denominar esta forma de responsabilidad autónoma que pretenden construir como "responsabilidad de derecho público", por oposición a la de derecho privado, que sería regida por las leyes civiles". "Según esta concepción, la responsabilidad de derecho público tendría las siguientes características: es un régimen de responsabilidad constitucional y no civil; es responsabilidad de una persona jurídica y no natural; es responsabilidad objetiva; es una responsabilidad directa y no por el hecho ajeno; regida por el derecho público e integral, en cuanto debe repararse todo el daño producido injustamente a la víctima. No hay completa claridad sobre si se mantiene la exigencia de que el actuar de la Administración sea antijurídico o contrario a derecho. Pareciera ser que para estos autores la exigencia de antijuridicidad no es relevante en esta materia, ya que bastaría comprobar que se trata de una lesión que el particular afectado no debe soportar en virtud de la garantía de igual distribución de las cargas públicas consagrada por la Constitución". "Según alguna opinión más extrema, este sistema común de responsabilidad pública del Estado tendría además algunos regímenes específicos como el relativo al error judicial (art. 19, Nº 7, letra j) Const.) y el de la acción de responsabilidad del art. 38, inc. 2º Const., de tal manera que la responsabilidad por falta de servicio consagrada a nivel legal (leyes Nº 18.575, art. 42 y Nº 18.695, art. 141) vulneraría la Constitución

Febrero

lesionado, los sistemas de responsabilidad objetiva del Estado establecidos por la vía legislativa o jurisprudencial en el Derecho comparado, siempre exigen cumplir ciertos requisitos estrictos para que no constituyan una atribución de responsabilidad discrecional, con la salvedad hecha del caso del Derecho español, delimitándose con rigurosidad los casos en que ella procede.

Por ende, siempre es posible encontrar, primero, la existencia de un vínculo o relación de causalidad entre el actuar estatal que ocasiona el daño y el daño producido; luego, la existencia de una razón que opera como justificante de que el Estado, al causar el daño deba soportarlo, aunque no haya obrado con culpa; y, por último, un juicio de conveniencia social de su establecimiento en una determinada materia o sector de actividades, porque el modelo de la culpa en esas situaciones ha demostrado ser inadecuado o ineficiente. Asimismo, al tratarse de situa-

Continuación notas (11)(12)

al restringir un sistema constitucional. [Fiamma]. En este mismo sentido, se estima que si una ley, diversa del Código Civil, establece un régimen especial de responsabilidad, dicha normativa no puede aplicarse al Estado, el que responde por el régimen constitucional de manera objetiva". CORRAL TALCIANI, Hernán, op. cit. pp. 304 y 305.

(12) En el derecho francés, la jurisprudencia ha aceptado la responsabilidad objetiva en ciertas situaciones, en las cuales el criterio único de responsabilidad por falta de servicio ha sido considerado insuficiente, tratándose de casos en que la situación de la víctima es muy desventajosa frente al Estado, de actividad estatal riesgosa, y cuando es necesario evitar juicios de valor frente a actos reputados legítimos. Siempre se está en presencia de perjuicios anormales, en que se ha considerado que es más conveniente indemnizar, y que requiere la concurrencia de ciertos requisitos copulativos, como son la gravedad del daño ocasionado, la especialidad del daño—que afecte individualizadamente a una persona o grupo reducido de personas—, y que el daño exceda los riesgos normales que la víctima deba soportar en la vida en sociedad.

368/2011

ciones excepcionales, la responsabilidad objetiva es aplicada de manera restrictiva por los tribunales, correspondiendo, por ende, en los casos dudosos aplicar el criterio general de la responsabilidad por culpa o subjetiva.

Los alcances que un sector de la doctrina y jurisprudencia nacional ha dado a la idea de responsabilidad objetiva del Estado, los fundamentan en los incisos finales de los artículos 6º y 7º de la Constitución Política, que consagran el principio general de responsabilidad del Estado, en concordancia con las disposiciones que instituyen que Chile es una república, que aseguran la igualdad ante la ley, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que el Estado está al servicio de la persona y su finalidad es promover el bien común, principio general que es concretado en el artículo 19 Nºs. 24 y 20 sobre derecho a la propiedad e igualdad ante las cargas públicas. De aquí se desprenderían los alcances de la responsabilidad objetiva del Estado. (13)(14)

A estos preceptos debe sumarse el artículo 38, inciso 2º, de la Constitución, puesto que al aludir éste a "cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado", cabe entender por lesión el "daño" ocasionado, lo que genera el derecho a pedir su reparación, bastando por ende la mera relación de causalidad entre la actividad y el daño, consagrándose de este modo,

(13) Una exposición completa y detallada de esta posición se contiene en HUEPE ARTIGAS, Fabián, *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2008, (3ª edición), pp. 203 y siguientes.

(14) Véase también, aunque sin la claridad y propiedad del lenguaje del anterior, SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales, Tomo II, El principio de juridicidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 280 y siguientes.

368/2011

según se estima por el sector de la doctrina aludido al inicio, un régimen de responsabilidad objetiva del Estado. (15)

Esta responsabilidad sería constitucional, (16) directa (17), e imprescriptible (18). Probada la relación de causalidad material,

(15) Esencial resulta traer a capítulo la precisión irrefutable y decisiva que respecto del sentido del citado artículo 38 efectúa BARROS BOURIE, dado su carácter testimonial, cuando relata: "Al respecto conviene precisar que el artículo 38 II de la Constitución fue modificado en el año 1989, según una proposición formulada por la Comisión Técnica de Reformas a la Constitución; *la reforma, a su vez, fue propuesta por el autor de este libro—o sea por el propio profesor Barros Bourie—, en el seno de esa comisión técnica*, que discutió aspectos esenciales de esa reforma, y fue apoyada por la unanimidad de sus miembros. *El fundamento que se tuvo presente por los comisionados fue evitar que la antigua redacción de la norma de la Constitución de 1980 generara los problemas de competencia de la judicatura ordinaria para conocer de acciones en contra de la Administración del Estado, que ya se habían suscitado bajo la Constitución de 1925; en ningún caso se pretendió establecer un sistema específico de responsabilidad patrimonial, que se sustentara sólo en esa norma constitucional*". Op. cit. p. 492 (Nota 31).

(16) SOTO KLOSS, op. cit. p. 308.

(17) *Ibidem*, p. 310.

(18) HUEPE ARTIGAS, op. cit. pp. 337, 338.

A este respecto CORRAL TALCIANI observa que, "no puede aceptarse que el silencio constitucional sobre una prescripción de la acción sea indicativo de una imprescriptibilidad del derecho a demandar perjuicios del Estado. Nuevamente hay que insistir en que la Constitución no puede haber querido regular completamente un tema tan complejo excluyendo al legislador. En lo no previsto, debe aplicarse el derecho común. Por ello, la acción es prescriptible del modo que contempla el art. 2332 del Código Civil". Op. cit. p. 307.

Febrero

el daño debe ser indemnizado de manera total e integral. (19)

Se sostiene que la tesis planteada solucionaría el problema que significa la aplicación de la ley civil, la que sólo estaría para regular relaciones entre particulares y que como tal se estructura sobre fundamentos básicamente subjetivos y del hecho propio y ajeno, que no se avienen con la relación jurídica pública que produzca un daño indemnizable. (20)

Por último, bien merece destacarse el giro que, en mi opinión, han venido dando quienes sostienen la doctrina de la responsabilidad objetiva del Estado, por cuanto, lo que en tal aspecto se constata, es una actitud de moderación y, al parecer, de búsqueda conciliatoria con la tesis de la falta de servicio.

En efecto, "cuando hablamos de responsabilidad objetiva en Derecho Público, nos referimos a la responsabilidad objetiva en su sentido restringido, es decir, aquella que atiende a la mera causalidad material entre el acto, hecho u omisión de la Administración y el perjuicio causado, sin tomar en consideración los elementos subjetivos de culpa o dolo. En todo caso, cuando hablamos de la responsabilidad objetiva en sentido restringido, *no estamos diciendo que basta la mera causalidad material, por cuanto para que ella se presente, deben cumplirse, además, ciertos supuestos que veremos con detenimiento en el Capítulo IV de esta obra*". (21), afirmación que finaliza con una nota al pie de página, a título de pilar sustentatorio, en la cual se cita una frase que Soto Kloss desliza al pasar, en su comentario a la sentencia del caso Tirado con Municipalidad de La Reina, en orden a que la "llamada responsabilidad objetiva adquiere una tonalidad propia no

enteramente idéntica a la mera causalidad material". (22)

Los anunciados supuestos se consignan señalando que, "el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado consagra un régimen de responsabilidad objetiva. Sin embargo, para hacer efectiva dicha responsabilidad se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos o elementos: 1) *una actividad o inactividad imputable a la Administración*; 2) un daño o lesión, y 3) un nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo". (23) Y, a continuación, menciona como *acciones imputables a la Administración*, accidentes ocasionados por vehículos fiscales, responsabilidad médica por daños ocasionados por funcionarios públicos, entre otros.

Soto Kloss, por su parte—además de la llamativa afirmación suya citada por Huepe Artigas—, en el prólogo (24) que escribiera para el trabajo de Andrés Vásquez Rogat, "Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud", no tuvo reparo alguno al expresar que "los requisitos que han de concurrir para responsabilizar a los Servicios de Salud—*que son los generales, aplicables a todo órgano del Estado, cualquiera que sea la función que ejerza*—, a saber: *daño/lesión en el ser o tener de una persona/víctima no obligada jurídicamente a soportarlo, relación causal entre daño y actividad o inactividad del órgano público (SS), y que haya sido producido tal daño por el ejercicio o inejercicio de sus funciones*".

Pero, más sorprendente tal vez sea lo que manifiesta a propósito de "Aillapán Sepúlveda", donde afirma que,—"adelantando

(22) *Ibidem*.

(23) Op. cit. pp. 227, 228.

(24) VÁSQUEZ ROGAT, Andrés, *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, Editorial LexisNexis, Santiago, 1999, p. VII.

Febrero

368/2011

conclusiones— no se ve como antinómica la idea de "falta de servicio", entendida correctamente como "omisión", "inactividad", "ausencia de actuación", con el carácter objetivo de esta responsabilidad, objetividad que emana de la propia naturaleza de los órganos de la Administración del Estado, en este caso, sus Servicios de Salud, los cuales son personas jurídicas estatales y, por tanto, carentes de subjetividad y, en consecuencia, no posibles de imputarles ni dolo ni culpa, o sea, culpabilidad, ni "falta"/"culpa" del servicio, responsabilidad que gira sobre la base de la "causalidad material". (25)

Acorde con ello, concluye luego que, "contrariamente a lo que pueden afirmar algunos sin el debido conocimiento de la jurisprudencia en esta materia de la responsabilidad de los Servicios de Salud (casos que han aumentado notoriamente, dados los problemas que afectan a estos organismos estatales desde ya más de 17 años por su deficiente gestión, por desgracia, bastante politizada (sic), *hay una cierta homogeneidad en reconocer*: 1) que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo; 2) que gira sobre la base de la causalidad material; 3) que la misma lesión producida en la víctima (daño producido por la actuación u omisión de la actitud debida) hacer surgir esta responsabilidad del ente estatal y, en consecuencia, la obligación de indemnizarla; 4) *que no habría inconveniente en estimar que ese daño/lesión sufrido por la víctima configura una "falta de servicio", entendida como "omisión" del actuar debido (mala praxis, infracción a las leyes del arte médico, trasgresión a las normas que regulan determinados procedimientos administrativos hospitalarios)*, 5) lo que no altera el carácter

objetivo de esta responsabilidad estatal (¿?), la cual incluye tanto que la lesión/daño se haya producido por un hecho o por una omisión (hecho: art. 4º; omisión: art. 44/42, de la ley Nº 18.575)". (26)

Aedo Barrera, en defensa de los planteamientos de Soto, y desde la nueva perspectiva en comentario, manifiesta que "las críticas del profesor Pierry a la postura del profesor Soto Kloss y a todos los que sostienen la responsabilidad objetiva, parten del supuesto que el sistema objetivo supone hecho, relación causal y daño y que en la falta de servicio ello no ocurre así. Sin embargo, esta forma de entender la responsabilidad objetiva, hace bastante tiempo ha sido abandonada, tanto por la doctrina como por las legislaciones en el derecho comparado y en Chile. En general, como hemos advertido en su momento, *la responsabilidad objetiva sólo significa que el factor de imputación culpabilidad ha sido sustituido por otro*". (27)

Finalmente, Vásquez Rogat, en su trabajo prologado por el profesor Soto, reitera esta tendencia conciliatoria al señalar, como uno de los tres requisitos para que concorra la responsabilidad objetiva de los Servicios de Salud, "c) Que los funcionarios causantes del daño hayan estado en el ejercicio de sus funciones, requisito exigible sólo a ciertos casos, pues existen innumerables situaciones en donde los daños son consecuencia del mal funcionamiento del Servicio de Salud, es decir, es imposible atribuirle los perjuicios causados a un comportamiento funcional, ya que éstos obedecen sólo a una deficiencia en la organización interna del Servicio de Salud, por ejemplo, si los equipos e instrumentos con que cuenta el Servicio poseen fallas o defectos de fabricación, o si un Servicio habilitado para efectuar

(26) Op. cit. p. 414.

(27) AEDO BARRERA, Cristián, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, p. 147.

368/2011

Febrero

(19) SOTO KLOSS, op. cit. p. 310.

(20) *Ibidem*, pp. 275 y siguientes.

(21) HUEPE ARTIGAS, op. cit. p. 50.

operaciones de cirugía mayor no dispone de los elementos necesarios para llevar a cabo un proceso anestésico, o bien, si fallan las máquinas o equipos para enfrentar una emergencia totalmente previsible en un hospital de alta jerarquía (un corte de luz) etc. En estos casos, el daño es impersonal, ya que no obedeció a una conducta de un funcionario determinado, de modo que es imposible exigir la concurrencia de este requisito (?), bastando los dos anteriores para poder invocar la responsabilidad de los Servicios de Salud". (28)

El comentado viraje morigerador en dirección a intentar un consenso doctrinario, bien puede tener su origen, primero, en la constatación de que la jurisprudencia presentada como acogiendo la tesis de la responsabilidad objetiva, en definitiva, siempre o por lo general, menciona como fundamento una situación de hecho constitutiva de una clara falta de servicio—negligencias médicas, omisión de medidas preventivas, etc.— (29). Segundo, la jurisprudencia reciente, ya de manera uniforme opta por la aplicación preferente de la falta de servicio por sobre la responsabilidad objetiva. (30) Y, tercero, esta última postura se toma cada vez más difícil de sostener, por cuanto, además de las circunstancias anteriores, su validez

(28) VÁSQUEZ ROGAT, Op. cit. p. 109. Debe dejarse constancia, en todo caso, que a la época de publicación del trabajo de Vásquez—año 1999— no se había publicado la ley N° 19.966—año 2004—, que establece un régimen de garantías en salud, y que en su Título III, artículos 38 y siguientes, regula de manera expresa el régimen de responsabilidad civil en materia sanitaria, disponiendo taxativamente que los órganos de la Administración del Estado "serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio". Sería interesante conocer la opinión actual de Vásquez sobre esta materia, a la luz del texto legal citado.

(29) BARROS BOURLE, op. cit. p. 494.

(30) *Ibidem*, p. 496.

Febrero

teórica se ve afectada gravemente, por una parte, por su abierta contradicción con el concepto general de responsabilidad civil, en cuanto éste supone necesariamente la efectiva existencia de un hecho o situación, que haga racional y jurídicamente imputable la lesión producida al sujeto al que se exige la reparación, en suma, de un título de imputación del daño ocasionado, condición que la responsabilidad objetiva omite de suyo. (31) Y, por otro lado, este tipo de responsabilidad desde la óptica de la teoría pura de Kelsen, es propia del derecho primitivo y no de un sistema jurídico moderno, más desarrollado, puesto que en aquél, de manera análoga a la responsabilidad objetiva, no interesa la existencia de un vínculo que permita imputar a un sujeto determinado la responsabilidad de un hecho dañoso, sino que se trata de hacer efectiva una responsabilidad colectiva y de acuerdo al resultado gravoso producido que ha originado aquella. (32)

En concordancia con lo antes expuesto, es posible colegir que, independientemente de los regímenes de responsabilidad civil extracontractual que para el Estado contemple el Derecho comparado legislado o jurisprudencial, el establecimiento de una responsabilidad objetiva siempre ha sido

(31) Desde otra perspectiva, cabe precisar que "Una de las preguntas críticas que debe responder la doctrina jurídica sobre la responsabilidad de la Administración se refiere a si hay alguna razón que justifique que hechos análogos sean calificados de manera diferente por la sola circunstancia de ser el demandado una persona jurídica de derecho público". *Ibidem*, p. 512.

(32) KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires EUDEBA, Buenos Aires, 1991 (28ª edición), pp. 91 a 93, 201 y 202.

Debe anotarse, en todo caso, que hay quienes sostienen que la responsabilidad por falta es retroceder a estadios primitivos en la evolución jurídica impropios del "mundo moderno", lo que en nuestra opinión no es más que una muestra del "eterno

368/2011

concebido como de carácter excepcional, salvo en el caso del derecho español. (33)

Continuación nota (32)

retorno", puesto que tal afirmación sólo puede sustentarse en la ignorancia y desconocimiento absoluto de la evolución no sólo de la responsabilidad jurídica, sino del Derecho en general.

(33) En la academia administrativa chilena deja suficientemente asentada esta conclusión RICARDO SANHUEZA ACOSTA, al expresar que, "La doctrina nacional, de manera unánime, reconoce que la responsabilidad de carácter objetiva o sin culpa es un régimen excepcional y como tal de derecho estricto; en consecuencia debe ser expresamente establecida por el legislador en supuestos específicos, debidamente justificados por razones de justicia y equidad. No cabe aquí la aplicación analógica; si no existe un factor objetivo expresamente admitido por ley, la responsabilidad es subjetiva. Por esta razón se dice que su fuente es la ley"; *predicamento por lo demás, conforme al cual ha resuelto la Corte Suprema en sentencia de casación de 2002, causa "Domic y otros con Fisco"* (Revista Gaceta Jurídica N° 263, 2002, p. 52). SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrativo Chileno, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005, p. 18. También pp. 123, 138.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, señalo a continuación casos expresos de responsabilidad objetiva que se contemplarían por nuestro ordenamiento jurídico:

- 1.- Código Civil, artículo 2327: daños causados por animales fieros.
- 2.- Ley N° 18.290, artículo 174: daños causados por vehículos motorizados, y daños por accidentes causados por mal estado de las vías públicas o de su señalización.
- 3.- Código Aeronáutico, artículos 141 y ss., y 155 y ss.: daños que sufran pasajeros, terceros o carga, con límite de indemnización.
- 4.- Ley N° 18.302, artículos 49 y ss., para explotador de instalación nuclear.
- 5.- Ley General de Urbanismo y Construcciones, D.F.L. N° 458, de 1975, modificado por la

368/2011

III. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA-CONTRACTUAL POR FALTA DE SERVICIO DEL ESTADO

En Chile se incorpora el sistema de responsabilidad por falta de servicio del Estado,

Continuación nota (33)

ley N° 19.472, artículo 18: responsabilidad pro-pietario primer vendedor por daños provenientes de fallas o defectos de construcción.

6.- Ley de Navegación, decreto ley N° 2.222, de 1978, artículo 144: daños por derrame de hidrocarburos.

7.- Ley N° 19.300, artículo 52: daños causados al medio ambiente.

8.- Ley N° 19.496, artículo 47: daños causados por productos oficialmente declarados peligrosos.

9.- Ley General de Servicios Eléctricos, D.F.L. N° 4, de 1959, ley N° 18.091 y D.F.L. N° 1, de 1982, artículo 68: indemnización al dueño de predio afectado por servidumbre.

10.- Código de Minería, artículos 14, 16, 18, 113 y 116: facultad de catar y cavar y concesiones de exploración; y artículos 19, 122 y 123: servidumbres por explotación; en relación con Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, artículo 14; y artículo 21: daños causados por SERNAGEOMIN.

11.- Decreto ley N° 3.557, de 1981, artículos 8°, 11, 12, 36 y 45: daños por protección agrícola, prevención y tratamiento de plagas.

12.- Ley N° 18.755: sacrificio de animales por fiebre aftosa.

13.- Ordenanza General de Aduanas, D.F.L. N° 30, de 2004 (D.F.L. N° 213/53), artículos 8°, 17 y 58: responsabilidad por informes erróneos o falsos; de Aduanas por bienes o mercancías a su custodia, una vez revisados y recibidos; de concesionarios o almacenistas, ante el Fisco, por gravámenes de mercancías perdidas o dañadas en sus recintos.

Febrero

elaborado por el derecho francés, (34)(35) tesis sostenida entre otros, por los profesores Luis Cordero Vega, Eduardo Aldunate Lizana, Pedro Pierry Arrau, Enrique Barros Bourie, Hernán Corral Talciani, Ricardo Sanhueza Acosta, Carlos Carmona Santander y Raúl Letelier Wartenberg, incorporación que se materializa en el artículo 42 (36) de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, (37) en relación con el principio general del artículo 4° (38) de este mismo

(34) "En Chile, la adopción del criterio específico de la *falta de servicio* ha sido obra del legislador, que tomó el concepto del derecho francés". BARRROS BOURIE, op. cit. p. 489. También p. 506.

(35) "La constante referencia al derecho francés por parte de los autores es perfectamente comprensible, ya que es en ese país donde la disciplina ha alcanzado su más alto grado de desarrollo. ... No es aventurado afirmar que el desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Francia se debe exclusivamente a la existencia del Consejo de Estado, alto tribunal administrativo separado completamente del Poder Judicial, como órgano de control jurisdiccional de la Administración". PIERRY ARRAU, Pedro, "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 1, julio 2000, p. 12.

(36) Dispone el art. 42: (I) "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. (II) No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

(37) Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por D.F.L. N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

(38) Dispone el art. 4°: "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado".

Febrero

cuero legal, normativa que por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico hace mención expresa de los conceptos de "falta de servicio" y "falta personal", aun cuando ya habían sido comprendidos en los artículos 61 y 62 del Decreto Ley N° 1.289, de 1975, antigua Ley Orgánica de Municipalidades, reemplazada por la ley N° 18.695 (39), que en su artículo 142 (40) consagra un precepto similar al citado de la ley N° 18.575. (41)(42)

(39) Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por D.F.L. N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior.

(40) Dispone el art. 142: (I) "Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. (II) No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

(41) CORRAL TALCIANI, op. cit. pp. 301, 302 y 303.

(42) Nuestra legislación vigente establece como regla de responsabilidad la falta de servicio según la opción legislativa expresa por ese estándar técnico para la responsabilidad del Estado contenida en el artículo 42 de la ley N° 18.575. Dicho estándar de la falta de servicio permite la formulación de una regla de deber de actuación en concreto, tomando en consideración las particularidades de cada orden administrativo, para luego contrastarla con la actuación u omisión específica de la Administración que se sitúa como causa basal o al menos concausal en la producción de un daño, siendo importante destacar que este deber de actuación en concreto sólo puede estructurarse a partir de datos que, en gran parte, escapan a la propia Administración, como lo son la asignación y disponibilidad de recursos, asignación de tareas y eventualmente prioridades, cuestiones éstas que corresponden a las decisiones políticas. No es el mismo deber de actuar el que se puede exigir a un servicio público bien dotado en personal y recursos, que aquel que se puede demandar de uno que funciona en precarias condiciones. Y la diferencia entre uno y otro, en nuestro sistema, no es sólo una decisión política, sino además, es una decisión política que concierne también al

368/2011

Se entiende por falta de servicio una organización deficiente, la ausencia o un tardío o mal funcionamiento de la Administración, considerando lo que razonablemente cabe exigir a un moderno servicio público y lo que corresponde sea su actuar con normalidad, debiendo el Estado indemnizar si tal falta de servicio ha dañado a un ciudadano, sin que tenga relevancia el funcionario que actuó en concreto, incidiendo en dicha noción las características del ente público y la gravedad de la falta. (43) No es una responsabilidad objetiva, (44) es decir, no basta sólo la relación de causalidad entre el acto y el daño, siendo esa relación la que genera la objetivización y no la ausencia de culpa o dolo. (45)

El otro concepto que va íntimamente unido al de falta de servicio es el de falta personal, que es aquella separable del ejercicio de la función, pudiendo ser, material si se trata de conductas ejecutadas por el agente público aparte del desempeño de

Continuación nota (42)

órgano representativo. ALDUNATE LIZANA, op. cit. pp. 70 y 76.

(43) PIERRY ARRAU, op. cit. pp. 13 y 14.

(44) CORDERO VEGA, Luis, *La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una sistematización*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 34, 35 y 36.

También SANHUEZA ACOSTA, op. cit. pp. 166 y siguientes.

Igualmente LETELLER WARTENBERG, Raúl, *La Fuerza Mayor en la Responsabilidad Extracontractual de la Administración del Estado*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2001, pp. 8, 25 y 26.

(45) Bien merece ser citada in extenso por su precisión, amplitud y apoyo jurisprudencial, la exposición sobre este punto de BARRROS BOURIE, quien señala: "La responsabilidad por falta de servicio cumple, en el ámbito de actividad propia

368/2011

toda función, por ejemplo en su vida privada; o psicológica, cuando el comportamiento obedece a motivaciones de índole personal o con el fin de agravar, los que evidentemente son ajenos del todo a su función, o

Continuación nota (45)

de la administración, una función análoga a la responsabilidad por culpa en el derecho privado. Como en el caso de la culpa civil, no exige un juicio de reproche personal respecto del agente del daño, sino supone una valoración objetiva de la conducta de la Administración.

La responsabilidad por falta de servicio exige calificar de **defectuoso** el funcionamiento del servicio público. Y esa calificación supone comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar por el municipio u otro órgano de la Administración del Estado. En consecuencia, la responsabilidad por falta de servicio **no es estricta u objetiva** en un sentido propio, porque no basta acreditar que el daño fue causado por la acción u omisión del demandado (en este caso de la Administración), sino supone un **juicio de valor** acerca del nivel y calidad de servicio que era exigible del municipio o del órgano de administración. Una de las mayores fuentes de confusión en el derecho chileno radica en no haber tenido presente la distinción entre estos dos tipos de estatutos.

Por otro lado, la **responsabilidad por falta de servicio no es subjetiva**, como tampoco lo es el juicio civil de culpa o negligencia. Ante todo, porque para acreditarla no es necesario que el juez formule un juicio de reproche a la persona o al órgano de la Administración que realizó la acción u omisión, sino que le basta comparar el servicio que se debió prestar con el efectivamente ejecutado. En un segundo sentido, aun más fuerte, la falta de servicio tampoco es subjetiva, porque se muestra en los hechos que condujeron al daño, y ni siquiera es necesario individualizar al agente público preciso a quien resulta imputable el hecho. En otras palabras, en la responsabilidad por falta de servicio es por completo indiferente saber quién incurrió en el hecho que da lugar a la responsabilidad; con mayor razón, es también indiferente la justificación que el agente de la Administración pueda tener para su comportamiento objetivamente impropio.

Febrero

cuando obra con negligencia o imprudencia grave en el desarrollo de las funciones que le competen. (46)

La verificación de una falta de servicio siempre supone la actuación de alguien de

Continuación nota (45)

Atendida esa calificación, no existe una diferencia cualitativa entre la falta de servicio y la manera en que se construye la culpa de cualquier empresa u organización. Por lo mismo, el concepto más feliz parece ser el que ha dado la jurisprudencia: la falta de servicio no es otra cosa que una culpa en el servicio (es sintomático que el concepto de 'falta de servicio' provenga del derecho francés, donde falta y culpa se expresan con la misma palabra (faute)).

La diferencia esencial entre la falta de servicio y la culpa radica en la naturaleza de la función que genera los deberes de cuidado. En ambos casos se requiere comparar la conducta real con la debida. Pero, mientras el derecho privado es el orden basado en la igualdad jurídica de las partes, la función pública supone el deber de servir, así como la potestad de afectar intereses de los administrados. De ello se siguen las diferencias correlativas entre la construcción de la culpa y de la falta de servicio como condiciones de la responsabilidad extrcontractual. BARROS BOURLE, op. cit. pp. 485, 486 y 487. También pp. 506, 507 y 508, en que señala: El estatuto de responsabilidad de la Administración vigente en Chile se ha construido sobre la base del modelo francés de responsabilidad del Estado, donde la jurisprudencia ha concebido la falta de servicio como la infracción a un deber objetivo de conducta que es análogo al concepto civil de culpa. Como se ha visto, ambas nociones suponen un juicio objetivo de reproche sobre la base de un patrón de conducta: mientras en la culpa civil se compara la conducta efectiva del agente con el estándar abstracto de conducta debida en nuestras relaciones recíprocas, en la falta de servicio tal comparación se efectúa entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública. En la práctica, existe una gran proximidad entre estos enfoques, pues ambos atienden al comportamiento que la víctima tiene legítimamente derecho a esperar, aunque en un caso se tenga en consideración el hecho negligente de un agente privado (culpa civil) y, en el otro, el funcionamiento impropio

Febrero

"carne y hueso" que incumplió de alguna forma sus deberes funcionarios, al nivel jerárquico que sea. Es esta circunstancia la que puede irrogar responsabilidad para el Estado, puesto que de no suceder así, no es posible imputar una falta de servicio.

Cuando ello acontece, la conducta no se imputa a la persona del funcionario, sino a la función pública que ejecuta. Sin perjuicio de que esa responsabilidad pueda hacerse valer por la víctima o la Administración, ese hecho también puede originar responsabilidad para el Estado "en la medida que el acto del funcionario sea objetivamente atribuible a la función administrativa...; tiene que haber alguna relación significativa, que la ley no define—por lo que corresponde a la jurisprudencia hacerlo—, entre el hecho del funcionario y las funciones que desempeña. Por el contrario, el Estado no responde si el funcionario ha actuado desli-

Continuación nota (45) (46)

de un órgano de la Administración Pública (falta de servicio). Así se explica que muchos sistemas jurídicos hayan podido construir una doctrina de la responsabilidad del Estado sobre la base del concepto civil de culpa; y que la jurisprudencia chilena haya aceptado la invocación por el demandante de normas de derecho privado como fundamento de la acción indemnizatoria por actuaciones de las administraciones públicas. En definitiva, la particularidad del concepto de falta de servicio es que pone al juez en la necesidad de precisar la conducta que debe observar la administración a efectos de prevenir accidentes. La falta de servicio denota el incumplimiento de un deber de servicio. Ese incumplimiento puede consistir en que no se preste un servicio que la Administración tenía el deber de prestar, sea prestado tardíamente o sea prestado en una forma defectuosa de conformidad con el estándar de servicio que el público tiene derecho a esperar.

(46) PIERRY ARRAU, op. cit. pp. 14 y 15. También SANHUEZA ACOSTA, op. cit. pp. 165, 175 y siguientes. CORDERO VEGA, op. cit. pp. 80, 81 y 82.

368/2011

gado de su función de servicio", (47) como aconteció en el caso de dos integrantes de Carabineros de Chile condenados por homicidios, conocido como "Sicópatas de Viña del Mar". (48)

En cuanto a aquellas actuaciones del funcionario desligadas de su función pública, que son "actos puramente personales" (49), y que, por ende, no pueden servir de fundamento para perseguir la responsabilidad del Estado, constituyen lo que la doctrina ha denominado *faltas personalísimas*.

La jurisprudencia a su turno, por mucho tiempo fue unánime en concluir que la responsabilidad era objetiva, estimando que el artículo 38 inciso 2º de la Constitución establecía ese sistema de responsabilidad, al considerar que lesión—término utilizado por ese precepto—era sinónimo de daño; y, que la falta de servicio del artículo 42 de la ley N° 18.575—si es que dicha norma era considerada—, equivalía al daño, cuya antijuridicidad se fundamentaba en que el particular no tenía obligación de soportarlo.

Sin embargo, es posible verificar un cambio o evolución jurisprudencial que autoriza sostener que actualmente la responsabilidad del Estado, como regla general, se funda en la falta de servicio y, por ende no se contempla en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad objetiva del Estado como norma general, sino sólo en

(47) BARROS BOURLE, op. cit. pp. 498, 499 y 500.

(48) Existiendo esta relación significativa entre la comisión del hecho que genera la responsabilidad y las funciones que desempeña el funcionario, el Estado responderá personalmente por los daños que resulten, y sólo poseerá una acción de repetición en contra del funcionario si éste cometió un acto que pueda ser calificado en sí mismo como ilícito, esto es, sea susceptible de calificarse como *falta personal*. op. cit. p. 500.

(49) *Ibidem*.

368/2011

aquellos casos expresamente establecidos por el legislador. (50)

Así, hay sentencias que concluyen que la responsabilidad es objetiva, sin consignarlo expresamente, obviando una conceptualización de la falta de servicio y la aplicación de la ley N° 18.575, al fundarse sólo en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución, y concluir que la responsabilidad extrcontractual del Estado es constitucional y orgánica, deriva de su misión de logro del interés general, y en virtud de ese precepto debe indemnizarse todo daño causado por un ente público, bastando sólo constatar la relación directa de causalidad entre el daño y la actividad estatal, sea el daño producto de una actuación u omisión irregular, es decir, una falta de servicio o, por una actuación ilícita, siendo indiferente la culpa o el dolo de los funcionarios. Causa contra el SAG Corte de Apelaciones de Santiago, 10/12/93, Rol N° 1.925-92.

Se ha fallado también, luego de concluir que el derecho a la salud de la actora fue conculcado en razón de "falta de servicio" en que incurrió el Hospital al no efectuar ciertos exámenes, que no obstante la negligencia o culpa no es elemento de la falta de servicio, ya que el artículo 4º de la ley N° 18.575 no consigna tal requisito dentro de su responsabilidad administrativa, por ser ésta de carácter objetivo. Vale decir, declara la naturaleza objetiva de la responsabilidad pública, pero evalúa subjetivamente la conducta del ente estatal, y configura así la responsabilidad por falta de servicio. Causa Pastén Miranda c/ Servicio de Salud de Valparaíso-San Antonio,

(50) La revisión de la jurisprudencia sobre falta de servicio muestra que los jueces tienden a tener presente esta importante calificación, que hace diferente el estatuto legal vigente de responsabilidad por falta de servicio y un estatuto general de responsabilidad estricta u objetiva del Estado, que carece de sustento normativo en el derecho vigente, y es ampliamente desechado en el derecho comparado. *Ibidem*, p. 511.

Febrero

3º Juzgado Civil de Valparaíso Rol Nº 2.641-96, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 25/05/2000, Rol Nº 649-98, y Corte Suprema, 20/03/01, Rol Nº 2.127-00.

En el caso de una persona fallecida por infección intrahospitalaria, se concluye que hubo falta estructural del servicio, se desatrolla adecuadamente el concepto de falta de servicio del artículo 42 de la ley Nº 18.575 –cuando la organización misma ha fallado en el cumplimiento de su función de servicio público, la falta de servicio es un resultado, es ineficacia o ineficiencia–, para luego concluir que la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva en virtud del artículo 38 inciso 2º de la Constitución, en que basta la causalidad material como factor de atribución de responsabilidad, argumentándose que el afectado no tiene porqué soportar el perjuicio, cualquiera sea el comportamiento del servidor, culpable, doloso, ilícito o ilícito, intentando así estructurar la responsabilidad pública sobre la base de la teoría del órgano, no siendo relevante el comportamiento de sus funcionarios, porque el Estado siempre debe responder por los perjuicios que ocasione con su actividad. Esto es, opone la objetividad de la responsabilidad a la prescindencia de la subjetividad del funcionario, no obstante exigir falta de servicio y equipararla a responsabilidad objetiva. Causa Oviedo Pérez c/Servicio de Salud Talcahuano, Corte de Apelaciones de Concepción, 10/08/2000, Rol Nº 1.977-98.

Posteriormente, la jurisprudencia reconoce que los artículos 6º y 7º de la Constitución imponen el deber de observancia del principio de legalidad a los órganos del Estado, cuya contravención generará las responsabilidades que "determine la ley", esto es, un principio general de responsabilidad del Estado por acto ilícito o ilegal, entregando al legislador la determinación del sistema de responsabilidad; que el artículo 38 de la Constitución concede el derecho a accionar a la persona lesionada por la actividad del Estado, lo que permite a la Justicia Ordinaria conocer de acciones indemnizatorias por

Febrero

actos irregulares de la Administración; que la atribución al legislador de esas normas constitucionales acerca de la naturaleza de aquella, lo concretan los artículos 4º y 42 de la ley Nº 18.575, al disponer el primero, en general, que, "el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado", y en especial respecto de las entidades regidas por el Título II de ese cuerpo legal, que "los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio" y, que, "no obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal". Causa Figueroa Gallardo y otra c/Fisco, Corte Suprema, 8/05/02, Rol Nº 3.427-01.

La falta de servicio que irroga directamente responsabilidad al Estado al tenor del artículo 42, se produce si sus órganos administrativos no actúan debiendo hacerlo, o su actuación es tardía o defectuosa, causando daño a los usuarios o destinatarios del servicio público y que si bien estos últimos no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio, sí deben invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado por el patrimonio de la víctima. Por ende, los demandantes deben lograr probar el hecho causante de la falta de servicio invocada para perseguir la responsabilidad del Fisco, sobre la base de esas disposiciones. En la misma causa Figueroa Gallardo y otra c/Fisco, ya citada.

En el mismo sentido, luego que sentencias de 1ª y 2ª instancia concluyeran que la responsabilidad del Estado por falta de servicio es una responsabilidad objetiva, en la que no tiene cabida el dolo y la culpa porque no lo exige el artículo 4º de la ley Nº 18.575, naturaleza que sería reiterada en los artículos 38 inciso 2º de la Constitución y 42 de la ley Nº 18.575, no obstante verse obligadas

368/2011

a reconocer la falta de servicio en que se incurrió en razón de este último precepto; la Corte Suprema puntualiza nuevamente en el mismo sentido los alcances de la normativa constitucional y legal comentada en el aludido anterior fallo, el correcto sentido de la falta de servicio, la prueba de su existencia por el actor y que ella es causa del daño, que la Constitución sólo consagra el principio de la responsabilidad del Estado y su naturaleza ha sido remitida a la ley para su determinación, la que ha sido instituida por falta de servicio y, por ende, no es una responsabilidad objetiva. Causa Hernández Espinoza c/ Servicio de Salud Concepción, Corte Suprema, 30/04/03, Rol Nº 1.290-02.

Lo anterior se ha visto confirmado en otros fallos de la Corte Suprema: Santibáñez Viani c/Fisco, 16/08/04; Rebolledo Rojas c/Fisco, 29/09/04, y Agrícola Lolco c/Fisco, 30/12/04.

Corresponde también aludir a la situación de las entidades mencionadas por el artículo 21 inciso 2º de la ley Nº 18.575, esto es, la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, el Consejo Nacional de Televisión y las empresas públicas creadas por ley, a las cuales no alcanza la aplicación del artículo 42 de dicha ley, quedando sólo incluidas en el precepto del artículo 4º de este último cuerpo legal.

Está claro que las Municipalidades se rigen por la norma expresa del artículo 142 su Ley Orgánica Constitucional Nº 18.695, similar al artículo 42 de la ley Nº 18.575, y las empresas estatales se regulan por el Código Civil. En cuanto a las otras entidades –Contraloría General, Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad y Consejo Nacional de Televisión–, se les puede hacer extensiva la falta de servicio a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 4º y 38 de la ley Nº 18.575, lográndose con ello uniformar el

368/2011

sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado. (51)(52)(53)

Respecto al personal de estas entidades, la jurisprudencia ha establecido que sólo les es aplicable el principio general del artículo 4º citado y su responsabilidad queda regida por el artículo 2320 del Código Civil sobre el hecho ajeno. En el caso de un policía uniformado condenado por cuasidelito de homicidio, se resuelve que el citado artículo 2320 contiene la regla general de que toda persona es responsable de los hechos cometidos por quienes están bajo su dependencia o cuidado, como son los vínculos laborales, genera responsabilidad directa y exclusiva por daños causados por aquéllos al no haber empleado debida diligencia, cuidado o autaridad para impedir el hecho, presumiendo la culpa y haciéndolo responsable del total de la indemnización del daño causado. No obstante, subsiste la responsabilidad personal del autor directo del daño, quien responde según el artículo 2314 del Código Civil, aplicando así al vínculo de Derecho Público existente entre el Estado y su dependiente, acorde los artículos 38 de la Constitución y 4º de la ley Nº 18.575, una teoría similar a la falta de servicio y falta personal del artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración. Corte Suprema, 27/04/1999, causa Gómez Segovia y Lillo Pirilla c/Fisca Bustamante y Fisco, Rol Nº 2.600-98.

En cuanto a los límites de la falta de servicio en las actividades del servidor público, tratándose de casos de personal de las Fuerzas Armadas condenados como autores de delito y cuasidelito en el ejercicio de sus labores funcionarias, en virtud del artículo

(51) PIERRY ARRAU, op. cit. pp. 30 a 34

(52) También, en el mismo sentido, SANHUEZA ACOSTA, op. cit. pp. 157 a 161.

(53) Igualmente CORRAL TALCIANI, op. cit. p. 307

Febrero

2314 del Código Civil, en relación con el artículo 38 de la Constitución y artículo 4º de la ley Nº 18.575, se ha resuelto la existencia de responsabilidad objetiva por daños causados por el agente, reconociendo así falta de servicio por exceso en las funciones, por dolo o negligencia del funcionario, siendo lo primero discutible. Fuentes Almonacid c/Fisco Corte Suprema, 10/09/96; Garrido Acuña c/Fisco, Corte Suprema. 24/11/03, Rol Nº 4.260-03, respectivamente.

Por el contrario, los daños causados por agentes del Estado de órganos excluidos del Título II ley Nº 18.575, fuera del ejercicio de sus funciones ni con ocasión de éstas, si bien se reconoce igualmente la aplicación de normas del Código Civil, los daños escapan del ámbito de la responsabilidad estatal, pues se trata de una responsabilidad personal y ajena al servicio público. Beltrán C/Fisco, Corte de Apelaciones de Santiago, 13/01/97.

El concepto de falta de servicio ha sido interpretado por nuestros Tribunales como elemento determinante de la responsabilidad del Estado, pero considerándolo dentro de la responsabilidad objetiva como un elemento más de ésta, como se califica en una primera etapa la responsabilidad de la Administración, para luego evolucionar a la etapa actual en que ya no se vincula la falta de servicio a la responsabilidad objetiva. (54)

Aparece procedente agregar también, en cuanto a los alcances de estos conceptos de falta de servicio y falta personal, que después de la dictación de la Ley AUGE, Nº 19.966, en especial su Título III, artículos 38 a 55, es evidente e irrefutable que ellos han sido

(54) La Corte Suprema, en jurisprudencia que puede ser entendida como importante definición conceptual en la materia, finalmente ha rechazado categóricamente que la responsabilidad del Estado sea una responsabilidad objetiva o estricta, sosteniendo que debe probarse en el proceso la falta de servicio. BARROS BOURIE, op. cit. p. 496.

Febrero

determinados por el legislador, recogiendo lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia más reciente, que en definitiva sigue la falta de servicio y desestima la responsabilidad objetiva del Estado. Dicha preceptiva normativa de responsabilidad en materia sanitaria, mencionando expresamente la falta de servicio y la falta personal, regulando de manera pormenorizada tales institutos al precisar en detalle sus caracteres y alcances, los requisitos de su procedencia, los procedimientos para hacerlos efectivos, la forma de fijar la indemnización, los plazos de prescripción, etc.

En tales condiciones, el sistema de la Ley AUGE representa una aplicación y ratificación de esa preceptiva general—artículos 4º y 42 de la ley Nº 18.575—, en un ámbito público especial, como lo es el referido al campo sanitario; vale decir, una determinación específica ya no de carácter amplio de la falta de servicio y de la falta personal, regulándose ahora de manera más restrictiva tales elementos, endosando expresamente al afectado por ejemplo, el peso de la prueba de la producción del daño por acción u omisión del órgano público mediando falta de servicio; exigiendo al afectado intentar una mediación previa antes de recurrir a tribunales. Se distingue respecto del fundamento de la responsabilidad de entes públicos del que corresponde a entidades privadas, indicándose que en el primer caso se trata de falta de servicio y, en el segundo, de incumplimiento negligente; se establecen de modo taxativo los plazos de prescripción aplicables; se entrega al juez la facultad de determinar la indemnización por daño moral, fijándosele expresamente los criterios que debe considerar para tal efecto; estableciéndose también la circunstancia excepcional para la Administración relativa a los riesgos del desarrollo, en los cuales debería entenderse incluida la *lex artis*.

En cuanto a la falta personal, junto con señalarse que la Administración podrá repetir en contra del servidor infractor, se estatuye taxativamente que deberá tratarse de con-

368/2011

ductas en que éste actuó con imprudencia temeraria o dolo, acotando considerablemente así la presencia de tal elemento en relación al régimen general; agregando además los requisitos de que ello debe acreditarse en el juicio de repetición seguido al funcionario mediante la incoación de un proceso administrativo disciplinario, que debe ordenarse en un breve plazo de ejecutoriada la sentencia, y siempre que haya fracasado la mediación que previamente debe intentarse por la persona afectada, lo que además del peso de la prueba representa una nueva carga para el afectado.

De todas las consideraciones comentadas se desprende inequívocamente la conclusión en orden a que ya no pueden caber dudas acerca del sistema de responsabilidad civil extracontractual de la Administración vigente, en general, en nuestra ordenamiento jurídico y, en especial, en materia sanitaria y municipal, que no es otro que el fundado en la falta de servicio, debiendo desestimarse de manera definitiva el de responsabilidad objetiva.

Ello, por cuanto la objetividad de la responsabilidad está dada en esta posición, por reducir ésta a la prescindencia de la subjetividad del sujeto causante del daño, pero no supone una supresión de la falta de servicio como elemento determinante de imputabilidad de responsabilidad al Estado, además de la relación de causalidad entre la acción u omisión estatal y el daño ocasionado. Vale decir, se establece que la responsabilidad objetiva se configura por la falta de servicio, la que es necesaria para ordenar responder al Estado.

Al intentar una explicación del fenómeno descrito, la respuesta puede encontrarse primero en la circunstancia de que a la época de publicación de los textos legales que establecieron la responsabilidad por falta de servicio, primero restringido al ámbito municipal por el D.L. Nº 1289/75 y luego al resto de la Administración por el artículo 42 de la ley Nº 18.575 con exclusión de las en-

368/2011

tidades del artículo 21 inciso 2º de esa ley, la doctrina predominante era la que postulaba la tesis de la responsabilidad constitucional y objetiva, fundamentada en la mera relación causal entre la actividad estatal y el daño causado, la que la jurisprudencia intentó hacer compatible con el nuevo concepto de "falta de servicio" utilizada por el legislador. Ello dio origen a que reiteradamente los Tribunales fallaran resolviendo sobre la base de la existencia de responsabilidad objetiva del Estado, sin base normativa expresa, incluyendo no obstante en la misma la falta de servicio, desnaturalizando esta última en su aplicación. (55)(56)

Además contribuyó a la confusión, la circunstancia que otro sector de la doctrina aludiera a la "culpa objetivada", (57)(58) en cuanto a que, considerando que la falta de servicio era un estándar exigible, correspondía objetivamente analizar el acto respectivo en relación a ese estándar para los fines de determinar la existencia de falta de servicio, lo que sólo tiene el propósito de relevar al actor de la obligación de probar la culpa o dolo del funcionario público, es decir, basta acreditar la falta de servicio y no la culpa personal. Así, la jurisprudencia entendió la falta de servicio como un dato objetivo carente de subjetividad, que lo que se excluía era culpa, entonces de este modo se trataba de una culpa objetiva, considerando la perspectiva civilista que opone la responsabilidad subjetiva a la objetiva.

Por último, cabe considerar los cambios políticos y sociales en nuestro país, toda vez que la vigencia de un sistema de responsabilidad objetiva general estatal en nuestro

(55) SANHUEZA ACOSTA, op. cit. p. 155.

(56) CORDERO VEGA, op. cit. pp. 40, 41 y 42.

(57) SANHUEZA ACOSTA, op. cit. p. 133

(58) CORDERO VEGA, op. cit. pp. 39 y 40.

Febrero

orden jurídico, más que a criterios estrictamente jurídicos, claramente obedece a una interpretación sesgada por ciertas concepciones políticas, en miras al proteccionismo económico de los particulares y a un reparo del sujeto Estado. Asimismo es posible mencionar la ampliación y complejidad de la actividad estatal en actividades de riesgo, el desarrollo científico y tecnológico acontecido, como factores que incidieron en la doctrina y su consecuente efecto en la jurisprudencia; como también la incorporación de nuevos ministros a la Corte Suprema que aportaron sus concepciones jurídicas en materia de responsabilidad estatal, que han quedado plasmadas en fallos recientes. (59)(60)

(59) "La evolución doctrinaria en pro de la regla de responsabilidad objetiva del Estado, y su recepción jurisprudencial, se entienden al verificar que la tendencia a expandir la responsabilidad del Estado en todo ámbito, y en particular del Estado Administrador, obedece a una moda. El mundo del derecho, como todo ámbito de la cultura, está expuesto a modas o, para hacerlo menos trivial, a tendencias. La tendencia en alza, tras el término de la Segunda Guerra Mundial, a nivel de derecho comparado—y debidamente abonada desde el campo del Derecho Internacional—, es el proteccionismo". ALDUNATE LIZANA, op. cit. p. 77.

(60) Aclarando en seguida que llama "aquí proteccionismo a un fenómeno consistente en dos elementos. Por una parte, un énfasis en el desarrollo de la protección de los derechos de las personas en todos los ámbitos—justiciabilidad, extensión de la protección, categorías protegidas, etc.—. Por otro lado, una pérdida o abandono de rigor en el pensamiento jurídico, y de ciertos principios básicos que enmarcan esos derechos en un adecuado equilibrio con la autoridad. Mientras que el primer elemento en sí es loable, el olvido del segundo (esto es, el olvido que la adecuada protección de los derechos depende precisamente de una autoridad bien articulada capaz de configurar un orden legítimo de garantías y cargas, de protección individual e interés común) lleva a acuar sobre la base de un espejismo. El bien aparece representado como la mayor protección posible, no importando lo que cueste. Tras ese espejismo se ubica la realidad, el costo: una realidad que ve

Febrero

En suma, en mi opinión, la regla general de responsabilidad civil extrcontractual del Estado es por falta de servicio, contemplada en el artículo 42 de la ley N° 18.575, comoquiera que los artículos 6° y 7° de la Constitución Política sólo establecen un principio general de responsabilidad, principio reiterado en el artículo 4° de la ley N° 18.575, sistema ratificado expresamente por las leyes números 18.695, respecto de las municipalidades, y 19.966 referida a materias sanitarias; y considerando, además, que a la regla del artículo 38 inciso 2° de la Carta Fundamental, sólo cabe asignarle un carácter procesal y competencial, como lo demuestra palmariamente la irrefutable historia del establecimiento de dicho precepto que arriba se expusiera, según el testimonio del propio autor del precepto. (61)

IV. LA OBSTINACIÓN POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA DEL ESTADO

Se ha insistido en época cercana en la plena vigencia y aplicación de la responsabilidad objetiva—pertinacia que se ha adornado con algunas descalificaciones y expresiones peyorativas dedicadas a quienes no comparten tal teoría—, como acontece en el trabajo publicado en el otoño del año 2008 por el profesor Soto Kloss, relativo a la sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso "Aillapán Sepúlveda", titulado de forma muy decidoramente como "La Responsabilidad del Estado-Administración es objetiva", lo que ahorra

Continuación nota (60)
reducidas sus posibilidades de acción en vistas al bien común". *Ibidem*, pp. 77 y 78.

(61) Me refiero a la relación del asunto que efectúa BARROS BOURLE y que se consigna en la Nota 15 del presente trabajo.

368/2011

cualquier duda o interrogante acerca de su contenido. (62)

Lo primero que llama la atención en este trabajo es el sesgo anarquista que delatan algunas expresiones de Soto Kloss, cuando señala refiriéndose al Estado de Derecho que, "en este régimen es el Derecho quien rige la comunidad de personas que la integran y no la voluntad despótica del jerarca, cualquiera sea la forma en que haya llegado al poder". (63)

Frente a esta expresión cabe preguntarse ¿con quién está aquí lidiando Soto Kloss? ¿A quién o a qué va dirigida su invectiva? ¿Por qué ha de tratarse necesariamente de un "jerarca", vocablo sobrecargado de connotaciones negativas, además "despótico", cuyas implicancias morales perniciosas saltan a la vista? Pero lo más llamativo es la precisión en orden a que no le interesa o importa "la forma en que haya llegado al poder". ¿Quiere decir esto que le es indiferente sea que se trate de un "jerarca" presidente de la república elegido democráticamente, primer ministro designado conforme a derecho, o un tirano o general o militar golpista, instalado por la fuerza de las armas después de derrocar a la autoridad política elegida? Si desesitimamos esas alternativas, como sería lo más lógico, al parecer a lo que está apuntando Soto Kloss es a la idea de poder político, de autoridad investida de potestades, eso es lo que en definitiva no acepta, es con esa idea general que no conculga, y una tal postura de repulsa respecto del poder estatal se conoce como anarquismo.

Un segundo aspecto a destacar lo constituye la forma en que sostiene sus planteamientos el profesor Soto, puesto que primero

descalifica con expresiones impropias de una discusión jurídico-teórica—por folclóricas que parezcan—, las opiniones de sus colegas universitarios las que alcanzan incluso a éstos, y, luego, afirma la responsabilidad objetiva aludiendo a fallos judiciales en que ésta se plasmaría, en circunstancias que ello no es tan así, puesto que en definitiva éstos terminan mencionando hechos constitutivos de falta de servicio.

Así, refiriéndose a la actitud adoptada por los Tribunales en los casos de contencioso indemnizatorio derivados de la Guerra Civil de 1891, "nada despreciable" y "cuyos daños no fueron pocos en los patrimonios privados, ajenos al conflicto", manifiesta por ejemplo que, "la jurisprudencia lo había abordado ya desde mediados de la centuria de modo airoso y con notable anterioridad a la tan "careaada" avanzada jurisprudencia francesa, que algunos todavía creen, bien equivocadamente, que es un modelo en la materia. (64) desconociéndose la riqueza vermacula que presenta nuestro propio régimen y nuestra propia historia". (65)

Al respecto, queda pendiente en todo caso verificar a favor de quienes se adoptaron tan "airosas" y premonitorias soluciones judiciales, porque tratándose de una situación de posguerra civil, surge al menos la necesidad de establecer si ello fue uniforme tanto para victoriosos como para derrotados, lo que también ayudaría a explicar eventualmente la iniciativa y presteza que habrían desplegado los tribunales a efectos de determinar los pagos indemnizatorios respectivos, ante lo cual aparece de un candor insospechado en Soto Kloss sostener que los particulares indemnizados habrían

(62) SOTO KLOSS, "La responsabilidad del Estado-Administración es Objetiva ...", en *Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra ...*, op. cit. pp. 399 a 431.

(63) *Ibidem*, p. 399.

368/2011

(64) Debemos dar por supuesto el hecho que SOTO KLOSS se está refiriendo a lo menos a la falta de servicio.

(65) *Ibidem*, p. 400.

Febrero

permanecido o tomado una actitud "ajena" al conflicto.

Agrega en nota N° 7 de ese mismo párrafo que, "En este desconocimiento de nuestra propia historia y de la propia tradición jurídica (romano/cristiana e hispánico/indiana) radica esa especie de *colonialaje mental* que tan a menudo se produce en algunos que siempre andan (sic) buscando soluciones foráneas a nuestros propios problemas y producen esos "injertos extranjerizantes", tan perversos (sic) como incapaces de resolver las necesidades propias". (66)

En este caso es patente de la sola lectura del párrafo citado la contradicción en que incurre Soto Kloss, puesto que luego de abominar del "colonialaje mental" de esos "algunos que andan buscando soluciones foráneas" que producen los "perversos injertos extranjerizantes", no tiene inconveniente en recurrir e invocar la tradición "romano/cristiana e hispánico/indiana", que, como resulta evidente, no son productos o ideas generados en este territorio, o, en el mejor de los casos, habrían sido en su época "injertos extranjerizantes" que resultaron no ser tan "perversos" y que habrían pasado a formar parte de "nuestra propia historia y de la propia tradición jurídica". La pregunta es obvia ¿por qué no puede ocurrir ello con estos nuevos "injertos" de origen francés, reivindicándose de paso los "algunos" sujetos del "colonialaje mental"?

Una segunda cuestión: ¿quiénes serían esos "algunos", colonizados mentales, a que se alude tan despectivamente? Para llegar a ellos debemos considerar qué actividad es la que les asigna Soto Kloss, pudiendo determinarse a este respecto que les imputa producir los injertos extranjerizantes efectivos, llamados a producir efectos reales en la vida jurídica. Siendo así, sólo puede tratarse

(66) *Ibidem*, p. 401. Debemos suponer de nuevo que está aludiendo a la falta de servicio.

Febrero

de quienes están en condiciones de dar vida legal a tales "injertos", que no son otros que aquellos que crean, hacen o sancionan las leyes, las normas jurídicas. En suma, los legisladores, diputados y senadores de nuestro Congreso Nacional. (67)

En definitiva, no pueden ser, entonces, los teóricos del Derecho, porque ellos hablan luego que la norma jurídica cobra vida, ¿habrá errado Soto Kloss de blanco? Al parecer así sucedió, la falta de servicio y la falta personal, sendos "injertos" denunciados por éste, fueron creados por normas jurídicas expresadas en nuestro ordenamiento, son leyes con sus respectivos números y artículos —ley N° 18.575, artículo 42 en relación con el artículo 4°; ley N° 18.695, artículo 142; ley N° 19.966, artículos 38 y 42—. Por tanto, son datos concretos —"hechos de la causa"—, respecto de cuya existencia jurídica resulta un sinsentido discutir. Están ahí y como tales deben ser analizados por los estudiosos del Derecho, con independencia de si son el producto de "colonizaciones mentales", y, debiendo en todo caso demostrarse y no livianamente sólo afirmarse sin indicar fundamento alguno, su condición de "perversos" y su incapacidad "para resolver las necesidades propias".

A este respecto, no se divisa cómo podría la falta de servicio ser algo "sumamente malo, que causa daño intencional-damente" o "que corrompe las costumbres o el orden y estado habitual de las cosas", definiciones que corresponden al concepto de "perverso". (68) Y, en segundo lugar,

(67) Conclusión ratificada con lo señalado por BARROS BOURIE citado en Nota 37: "En Chile, la adopción del criterio específico de la falta de servicio ha sido obra del legislador, que tomó el concepto del derecho francés". op. cit. p. 506.

(68) *Diccionario esencial de la Lengua Española* de la Real Academia Española, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2006, p. 1137.

368/2011

dicho instituto jurídico si que ha venido a constituir una solución eficiente, adecuada, y plenamente coherente con nuestro ordenamiento jurídico, en especial con el concepto general de responsabilidad, al problema de la recientemente reconocida responsabilidad civil extracontractual del Estado, según lo permiten desprender los razonamientos jurídicos desplegados en el presente escrito.

Representan también un buen ejemplo de la forma de argumentar de Soto Kloss, las consideraciones "críticas" que efectúa acerca de la falta de personal y falta de servicio que contempla el artículo 42 de la ley N° 18.575 y el derecho a repetir que asiste a la Administración, ya que señala: "Falta personal", término que no se define, y que no se encuentra en nuestro Derecho (un típico "injerito extranjerizante" francés), ... resulta difícil en la práctica esta "repetición" si se consideran las bajas remuneraciones de que gozan los funcionarios públicos, salvo las jerarcas, los cuales normalmente siendo de la confianza exclusiva presidencial o del jefe superior del servicio respectivo, a lo sumo se les pedirá la renuncia al cargo, y en ello quedará todo el asunto".

"Esta disposición del art. 44/42 originaría hacia comienzos del segundo milenio (2002), y por la pertinencia de la defensa fiscal, la pretensión de entender la expresión 'falta de servicio' como 'culpa del servicio' (traducción textual del francés, *faute du service*), y con ello exigir, más encima, a la víctima del daño producido por el Estado-Administración la prueba de la 'culpa' del servicio, a fin de poder pedir la correspondiente indemnización, prueba verdaderamente diabólica, dadas sus dificultades prácticas ante el espíritu de cuerpo del servicio implicado. Ello muestra bien a las claras la visión fiscalista, estatista, más propia de un régimen absolutista que no de una república y democrática (art. 4° de la Constitución), la cual gira sobre la primacía de la persona humana (arts. 1° y 5° inc. 2°) y la igualdad de todos ante la ley, incluido

368/2011

el propio Estado y sus organismos (art. 19 N° 2)". (69)

Analizando con el máximo de seriedad las expresiones descritas, cabe puntualizar: 1°) no se contiene ninguna argumentación jurídica razonada, salvo una, que se examina en el número siguiente. Sólo se aducen como motivos para desestimar los conceptos jurídicos de falta personal y falta de servicio, contenidos de modo expreso por el artículo 42 de la ley N° 18.575 —entre otros cuerpitos legales que los consagran—, su carácter de "injertos extranjerizantes", las dificultades remuneratorias de quienes no son "jerarcas" para solventar su pago, el ser propiamente por la "defensa fiscal", el implicar "más encima" que la atribución de la responsabilidad al Estado debe probarse —¿quiere decir esto que el Estado debe siempre pagar directamente, debiendo allanarse a ello sin más trámite la defensa fiscal?—, lo que impone al demandante una actividad "diabólica", y asignando a quienes sostienen esos conceptos, además de una visión "fiscalista" y "estatista", rasgos antirrepúblicos, antidemocráticos, absolutistas e irrespetuosos de la persona humana. Como queda claro, nada que afecte la validez jurídica de la falta de servicio y la falta personal.

2°) La única razón jurídica de peso esgrimida por Soto Kloss es la referida a la transgresión de la igualdad que exige la Constitución, en la que incluye al "propio

(69) SOTO KLOSS, op. cit. pp. 402 y 403 (nota N° 9). Cabe señalar en todo caso, que no se divisa la necesidad del lenguaje empleado por Soto Kloss para rebatir a sus oponentes juristas como él —que raya en la diatriba, como se ha podido constatar hasta aquí—, puesto que ello carece de toda justificación, resta seriedad a sus planteamientos y es tan absurdo como si un investigador, en su discurso científico sobre el cáncer, dada la irritación o indignación o rechazo que le provocan las células cancerígenas, profiriera contra éstas y otros investigadores que se ocupan de ellas, expresiones descalificadoras, rayanas en el impropio.

Febrero

Estado y sus organismos". Pero esta razón tiene precisamente el efecto contrario que éste le atribuye, puesto que, en definitiva, le resta toda validez a la responsabilidad objetiva como sistema general de responsabilidad estatal. Ello, por cuanto existen dos principios generales indiscutidos: a) la responsabilidad requiere, además de la relación causal entre el hecho y su resultado dañoso —elemento objetivo—, de un título jurídico suficiente de imputación que haga atribuible al sujeto ese acto y su resultado, es decir, culpa en su sentido más amplio —elemento subjetivo—; y, b) el principio constitucional de igualdad exige que estas condiciones esenciales de la responsabilidad deban estar presentes respecto de todos los sujetos por igual, incluido "el propio Estado y sus organismos", como dice el propio Soto Kloss.

Ante tales condiciones, es obvio que el Estado y sus organismos no pueden presentar el elemento subjetivo en términos similares a cómo éste se presenta en las personas naturales, ya que fisiológicamente no tienen un cerebro, y por lo tanto, debe establecerse por el Derecho un sistema adecuado a la naturaleza de este especial tipo de personas —personas jurídicas—. No hacerlo implica necesariamente transgredir los principios de responsabilidad y de igualdad. Y es justamente ante este problema, que se postula y plasma normativamente, en época reciente, el concepto de falta de servicio y su complemento la falta personal. Aparece así también con toda nitidez la procedencia de denominar a ésta "culpa del servicio", porque en términos concretos eso es lo que representa.

La responsabilidad objetiva, en cambio, se queda en el camino y no soluciona el problema en armonía y concordancia con el resto del ordenamiento jurídico, ya que rompe los principios de responsabilidad y de igualdad. Simplemente aplica al Estado y sus organismos un solo elemento de la responsabilidad, el objetivo, la relación causal, y deja inaplicado el subjetivo, con lo cual, además de no aplicar en rigor la responsabilidad sino

Febrero

368/2011

otra cosa que no nombra, rompe también el principio de igualdad: los particulares responden civilmente por hecho causal más imputación del hecho, en cambio para que respondan el Estado y sus organismos basta la causalidad.

3º) Los rasgos absolutistas, antidemocráticos y antirrepublicanos asignados por Soto Kloss a quienes no comparten su tesis de la responsabilidad objetiva, es en mi opinión lo más de fondo a considerar de todas sus afirmaciones, por cuanto, "cada vez que se toma posición respecto de la extensión de la responsabilidad del Estado se asume un concepto del Estado y su función, de la relación entre autoridad y libertad, y de la articulación entre interés común e intereses particulares". (70) "Esta postura —la responsabilidad objetiva—, presentada de manera tan atractiva y que cuenta en su beneficio la tremenda ventaja de poder trivializar toda crítica en su contra como una posición estatista y añeja, es, a su vez, sólo comprensible en el arcaísmo de un concepto estatal identificado con intereses del príncipe, o al menos de un ente separado de los ciudadanos y no con los intereses colectivos de definición política democrática a los que aspira el Estado moderno. Esta tesis olvida que las posibilidades de acción de la Administración están dadas por decisiones políticas y éstas, en última instancia, y mientras se crea en el sistema electoral como instrumento de un sistema democrático, son responsabilidad de cada uno de los ciudadanos. Así, la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado lleva en sí un predicado de indemnizar todo daño como máxima garantía, sin reparar en que, más allá de los casos de actuar deficiente de la Administración, el daño es imputable a nuestra propia decisión política sobre los

recursos que ponemos a su disposición y las tareas que le asignamos". (71)

Por ello, y al igual que sucede en el número 2º) precedente, lo expresado por Soto Kloss demuestra exactamente lo contrario, por cuanto su posición implica "una transformación sustancial de la idea de Estado. Hacer al Estado responsable de todo perjuicio que pueda producirse a causa de sus actuaciones u omisiones, sobre una base de responsabilidad objetiva, disuelve la razón de ser del Estado, ya que elimina la posibilidad de articular un interés común que justifique el deber de soportar consecuencias perjudiciales de su actuar como cargas, y reduce al Estado a ser mero intermediario de intereses particulares. Si no existe la posibilidad de imponer cargas, porque los particulares no deben soportar ninguna consecuencia negativa del actuar del Estado y, por lo tanto, todo daño debe ser indemnizado, el Estado se reduce a un redistribuidor autoritativo en una operación que, en esencia, es de carácter transaccional: para toda acción del Estado que perjudique a algunos deberá existir la correspondiente compensación disponible obtenida de otros, incluyendo los mismos afectados. El Estado se transforma así en un mero procesador complejo de medios de pago en relaciones privadas de beneficio y daño".

Así, el esquema de la responsabilidad objetiva podría haber encontrado plena justificación "en un Estado identificado con el dominio patrimonial del príncipe, y en particular en el Estado policíaco de los siglos XVII y XVIII. La acción del Estado aquí puede ser apreciada como la de un tercero, gestionando su propio patrimonio, en vistas a un interés estatal autónomo y, por lo tanto, sería plenamente congruente exigirle compensación por todo tipo de daño causado a

los particulares con ocasión de su actuar. Obviamente, esto no llegó, ni con mucho, a estar en la mente ni práctica del Estado de esos tiempos, donde, a lo más, y como actividad constructora jurisprudencial, se llegó a desarrollar la teoría del Fisco como la de un patrimonio separado del dominio real y que, a diferencia de éste, podía responder por las consecuencias patrimoniales de los actos ilícitos de la autoridad. Pero es esta hipótesis de un patrimonio, interés y actividad separados de la colectividad, la única donde puede tener sentido una regla de responsabilidad objetiva". (73)

A diferencia del Estado aludido, "en el Estado de Derecho Democrático, el primer elemento a considerar es que los recursos estatales se originan primordialmente en el patrimonio de los propios habitantes de la República. En segundo lugar estos recursos son limitados. Y, tercero, su aplicación corresponde a autoridades legitimadas democráticamente que, al menos en términos de la justificación del actuar del Estado, deciden y gestionan un interés común". (74)

En lo que toca a las sentencias que Soto Kloss cita como respaldo de su postura, y tal como lo adelantáramos, en prácticamente todas ellas, además de mencionarse la responsabilidad objetiva, no obstante, se hace alusión a la falta de servicio como fundamento también de la responsabilidad por la cual se condena al Estado.

Así, en Muñoz Espinoza con Servicio de Salud de Magallanes, se expresa: "se invoca la ley N° 18.575 (arts. 4° y 44) y entiende que esa omisión configura una "falta de servicio" (art. 44, cit.: "omisión"); en *Batamonde y otro con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*: "aunque se habla de "falta de servicio", ... independiente todo ello de un

(70) Op. cit. p. 78.

(71) *Ibidem*, p. 75.

368/2011

(73) *Ibidem*, p. 71.(74) *Ibidem*.

Febrero

posible mal funcionamiento de la autoridad pública involucrada". Ante tal dificultad, agrega: "valga recalcar que esa idea de 'falta de servicio' es simplemente omisión de la actuación debida jurídicamente exigida; basta probar, pues, que el Servicio de Salud debía haber actuado, porque así lo exige el ordenamiento jurídico que lo rige. Y que esa omisión (antijurídica) produjo el daño que la víctima ha sufrido". (75); en *Pérez Cabello y otro con Servicio de Salud Metropolitanano Sur*: "(se establece por los jueces del fondo que se ha producido una falta de servicio al no actuar con la adecuada diligencia en su funcionamiento, sin cuidar debidamente, y por tanto, sin impedir, que la paciente hospitalizada, que requería una atención permanente, ingiriera un fármaco que agravó su estado hasta que se produjo su deceso"; consid. 4º del fallo de casación en el fondo)". Luego Soto Kloss muestra su disconformidad con el considerando 5º, imputando a la Corte Suprema un "error ostensible por la confusión en que incurre el fallador", ya que en dicho considerando se señala que la víctima "no persigue la responsabilidad personal del o los funcionarios que hubieran intervenido en el hecho, sino directamente la del Servicio en cuanto órgano, y en este sentido puede decirse que es objetiva porque es anónima, pero no lo es en propiedad, ya que el interesado debe probar la falta de servicio". Agrega Soto Kloss que "incurre dicho consid. 5º en otro ostensible error al decir que el concepto de falta de servicio (art. 42/44 ley Nº 18.575) sería el francés: "acogido en la ley Nº 18.575".

deja claramente establecido (consid. 8º) que la prueba de la 'falta de servicio', como negligencia, torpeza, o actuar descuidado, en el caso en cuestión no corresponde a la demandante, ya que la existencia misma de la 'compresa o cuerpo extraño' en el abdomen de la paciente es suficiente prueba de una negligencia inexcusable, o sea, de una omisión del actuar debido por parte del demandado (*falta/ausencia de servicio*)" (77); en *Torres Trigo y otros con Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*: "todo ello no fue observado en el caso, omisión que permitió la conducta suicida indicada, omisión que para los tribunales (consids. 19 y 20 del fallo de 1ª instancia y consid. 7º del fallo de alzada) constituye "una clara falta de servicio" atribuible al establecimiento referido, conforme al art. 44/42 de la ley Nº 18.575". Advierte aquí Soto Kloss "que para ambos tribunales la idea de 'responsabilidad objetiva' no aparece como antinómica con la de 'falta de servicio', entendida como 'omisión' del actuar debido", lo que de nuevo no parece ayudar a la confirmación de su postura. En *Urta Reyes con Fisco*: "el tribunal de primer grado estima (sin que lo fundamente) que no se trataría de una responsabilidad objetiva porque las actoras (madre y hermana del occiso) deben probar efectivamente 'que se incurrió en una falta de servicio' (consid. 27) ... pero, como en autos se encuentra ampliamente probada (por la testimonial rendida) la omisión en el cumplimiento de las normas sobre vigilancia y cuidado de estos pacientes (el ahorcamiento se produjo con un cordón de una vestimenta que el occiso tenía, que le permitió atarlo a los barrotes de la ventana de la sala de aislamiento), se condena al Fisco por el daño moral producido en las demandantes", fallo que luego es confirmado en la parte condenatoria pero eliminando la mención al artículo 44 de la ley Nº 18.575, por no ser aplicable a las Fuerzas Armadas, según destaca Soto Kloss. Por

En *Pincheira Gómez con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena*: "se

(75) SOTO KLOSS, op. cit. p. 406.

(76) op. cit. p. 407.

Febrero

último, *Guerra Girón y otros*: "(consid. 9º) que los órganos de la Administración del Estado tienen por misión –constitucionalmente y legalmente dispuesta– otorgar el debido servicio a la persona humana y al no haberse producido dicho servicio en cuanto proteger la salud de esa gran cantidad de víctimas ha incurrido en una 'falta de servicio' (omisión), que acarrea su responsabilidad, como lo dispone la Constitución (art. 38, inc. 2º) y la ley Nº 18.575 en su art. 44/42, siendo de interés recalcar –indica Soto Kloss–, que este mismo consid. 9º agrega que de acuerdo con la idea de 'falta de servicio' (art. 44/42 cit.) es suficiente para que nazca la responsabilidad del Estado y la víctima tenga derecho a ser indemnizada, que la conducta del agente público (o su omisión, como en este caso) esté relacionada con el servicio u órgano y que exista un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido, o sea –concluye Soto Kloss de manera inusitada– que esta responsabilidad es objetiva y regida por el derecho público". (78) (sic)!. De nuevo esta sentencia en nada apoya la postura de Soto Kloss, salvo por la conclusión que él mismo desprende. (79)

(78) *Ibidem*, p. 410.

(79) Muy representativa del estilo crítico de SOTO KLOSS resulta también su comentario de la sentencia *Domic Bezic/Fisco –adversa a su tesis de la responsabilidad objetiva–, en el cual señala: "El caso Domic Bezic (2000) marca el lunar o mancha o punto oscuro dentro de la jurisprudencia en la materia, y si bien él recata en una materia ajena a los cuatro sectores ya referidos en que la responsabilidad del Estado se ha desarrollado en el último cuarto de siglo, planteaba que la responsabilidad del Estado carecía de origen constitucional (vid. su consid. 5º) y que el régimen jurídico que la estatula era de creación legal y era el de la falta de servicio. Ley Nº 18.575, régimen general de la materia en Chile. Hemos criticado –creemos que exhaustivamente– tal planteamiento, que no pasa de ser una pura invención del juez supremo en dicha causa, sin ningún asidero jurídico, ni constitucional ni legal". *Ibidem*, pp. 403 y 404.*

368/2011

Entrando ahora al caso "*Ailipán Sepúlveda*", Soto Kloss vuelve a repetir las sentencias que ya había comentado y a cuyas conclusiones acabo de referirme, por lo que no entraré de nuevo en esas argumentaciones, limitándome sólo a los alcances directos que formula al fallo en cuestión. Destaca que "el fallo de alzada, no obstante que se produjo una notoria negligencia médica –como queda comprobado tanto en el sumario administrativo incoado en su oportunidad por el Servicio demandado como en el proceso penal seguido en contra del médico, autor del cuasidelito de lesiones gravísimas–, no hable de "falta de servicio", ni cite el artículo 44/42 de la ley Nº 18.575, siendo que esta norma no está excluida en su aplicación para los Servicios de Salud por su art. 18/21", lo que tendría su explicación estima Soto Kloss en que, "entendiendo los sentenciadores que la responsabilidad del Estado gira sobre la base de la "lesión sufrida por la víctima", o sea, por el "daño" padecido por ella, basta la "causalidad material" para darla por acreditada, como bien lo señala su consid. 15º –en que se cita precisamente al "profesor Eduardo Soto Kloss"– al expresar que No merece duda que la intervención quirúrgica a que fue sometido [...] fue la causa basal y necesaria que causó la infracción y resultado de lesión gravísima y que culminó con la amputación del miembro genital del paciente ya señalado". (80).

A continuación y precaviéndose de que alguien podría dar otra razón del actuar del Tribunal o de su fundamento, Soto Kloss se adelanta y expresa: "Alguno podría decir que esta sentencia suprema, que desecha las causaciones deducidas por el Servicio de Salud demandado, proviene de su sala penal (2ª), ya que se persigue en un proceso penal la responsabilidad del médico, autor del cuasidelito referido, –o sea, debemos entender que la omisión destacada por Soto Kloss se debe a que conoció y resolvió los recursos una sala no especializada en la materia y que

(80) *Ibidem*, p. 411.

Febrero

bien pudo incurrir en un error—pero—salva la situación Soto Kloss—lo cierto es que igual predicamento se observa en distintos fallos emitidos por la sala constitucional (3ª), que es la que conoce normalmente de los asuntos de responsabilidad del Estado por los daños producidos por su Administración". (81)

En realidad Soto Kloss incurre en una confusión: en el título de su trabajo alude expresamente a la sentencia "Alliapán Sepúlveda Corte Suprema^{2ª} Sala, 9.1.2007", luego en el párrafo anteprecedente cita el considerando 15º, pero de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, y finalmente vuelve a la "sentencia suprema" puntualizando que proviene de la 2ª Sala, ya que ello podría explicar para algunos la omisión de la referencia a la falta de servicio que le preocupa.

Como fuere en todo caso, no aparece necesaria la creación de tanta aclaración ajena a la sentencia, que no se acaba de entender, puesto que todo se aclara con una simple lectura del fallo de la Corte Suprema—que se supone es del que siempre se ha estado hablando—, ya que el mismo contiene de manera expresa en su Considerando 16º la explicación buscada por Soto Kloss, puesto que en éste se precisa que "El sentenciador—se refiere a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt—entendió que ese precepto—alude al artículo 4º de la ley 18.575—configura una hipótesis general de responsabilidad objetiva del Estado, para cuya concreción es suficiente que concurran los presupuestos propios de esa especie de responsabilidad, cuales son la existencia de un hecho dañoso, el perjuicio ocasionado y la relación causal entre ellos, elementos que tiene por concurrentes, en el considerando 15º".

"Desborda los límites de competencia de este Tribunal Superior el análisis hermenéutico relativo al alcance de la respon-

(81) *Ibidem*. p. 412.

Febrero

sabilidad objetiva que el veredicto elevado en casación atribuye al artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, en la medida que no se ha representado por el recurrente violación de la norma decisorio—litis del artículo 44—*hoy 42—de esa misma ley, que consagra la falta de servicio como título general de imputabilidad en el ámbito de la responsabilidad del Estado, como por lo demás lo ha venido estableciendo reiterada jurisprudencia reciente.* Si bien el recurso discurre, en otro de sus acáptes, respecto del alcance de este artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 ... no impugna específicamente su falsa aplicación al caso concreto, como debió hacerlo, por tratarse de una norma decisorio litis, por lo cual la equivocada aplicación que efectivamente formuló la sentencia en la ponderación 14ª, respecto de la responsabilidad asignada al Servicio de Salud condenado, en base al artículo 2314 del Código Civil ... no influye de manera determinante en lo dispositivo de lo resuelto, ya que a la misma conclusión condenatoria en lo civil, se ha podido arribar a través de la inclusión del hecho establecido, en la norma del artículo 4º de la ley orgánica constitucional reseñada". (82)

Esta extensa cita del Considerando 16º de la sentencia de la Corte Suprema permite verificar por una parte, que si se mencionan efectivamente la falta de servicio y el artículo 44/42 de la ley N° 18.575, y, por otro lado, que no se emitió pronunciamiento acerca de la responsabilidad objetiva porque el recurrente no representó una trasgresión de la norma decisorio—litis del artículo 44/42 citado, sin perjuicio de lo cual se indicó que esta norma consagra la falta de servicio como título general de imputabilidad tratándose de la responsabilidad del Estado, como por lo demás lo establece una reciente y reiterada jurisprudencia.

(82) *Ibidem*. p. 423.

368/2011

No puede soslayarse en este análisis del comentario de Soto Kloss al fallo "Alliapán Sepúlveda" la afirmación que éste efectúa en orden a "que la responsabilidad de los Servicios de Salud es de carácter objetivo lo confirma también la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 19.966, art. 38, en donde quedó claramente señalado que no se plantea tal responsabilidad sobre la base de la pretendida "falta de servicio" (cuquiera sea su sentido, si la "lesión" en la víctima fue producida por "omisión" del actuar debido, o por "culpa" del servicio), sino sobre la "lesión"/daño producido en la víctima (o sea, conforme al régimen jurídico de la Constitución, art. 38, inc. 2º)". (83)

La afirmación transcrita entre otras cosas provoca perplejidad por lo descaminada de la realidad jurídica que resulta, siendo posible explicarla sólo en la obstinación por mantener a toda costa y a como dé lugar la postura de la responsabilidad objetiva, aun cuando ello signifique ir contra realidades concretas en el ámbito del Derecho. En el presente caso, las normas de la ley N° 19.966 no pueden ser más claras y taxativas para consagrar, como régimen de responsabilidad civil extracontractual de los Servicios de Salud, la falta de servicio, por lo que sólo procede citar textualmente esa preceptiva, sin que quepan otras explicaciones. (84)

(83) *Ibidem*. p. 414 (nota 21).

(84) El artículo 38 dispone en lo pertinente: "Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio".

"El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediante dicha falta de servicio".

A su turno, el artículo 42 en lo atinente previene: "El Fondo Nacional de Salud será responsable por falta de servicio y las Instituciones de Salud Previsional por incumplimiento negligente...."

368/2011

Por último, estimo que bien merecen algunos comentarios finales los "injertos extranjerizantes", expresión que ha devenido casi esencial en el arsenal crítico que Soto Kloss mantiene para descalificar a quienes postulan como instrumento jurídico adecuado para la regulación de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, la falta de servicio.

Se plantea por Soto Kloss un ensayo de teorización o teoría general de los injertos extranjerizantes señalando, luego de exaltar la necesidad de "resituir una visión del Derecho Público que sea propiamente chilena, ... que el Derecho Público es esencialmente el fruto de la realidad de cada país, de sus propias tradiciones, de la evolución de su propia vida social y política y también intelectual y religiosa espiritual. De allí lo fatal que resultan los "injertos extranjerizantes" que, como cuerpos extraños al organismo político social, terminan siempre o siendo rechazados o produciendo perversas consecuencias, siempre en desmedro, por desgracia, de los derechos y libertades de las personas; nuestra historia de este siglo, y no tan lejana, lo avala de manera trágica". (85)

En su comentario a la sentencia del caso "Alliapán Sepúlveda" (86), sólo en cuatro ocasiones menciona los injertos extranjerizantes sin hacer ninguna otra consideración a su respecto. Ello acontece en las páginas 401, nota 7, —en que se limita a reiterar su carácter perverso y su incapacidad para resolver las necesidades propias—; 402, nota 9; 403, nota 9; y, 415.

(85) SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 31 y 32.

(86) Me refiero a su citado trabajo "La Responsabilidad del Estado-Administración es objetiva. (A propósito de "Alliapán Sepúlveda", Corte Suprema^{2ª} Sala, 9.1.2007) en *Derecho Administrativo 120 años de cátedra*, Rolando Pantja Bauzá, Coordinador. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

Febrero

Lo antes señalado acerca de los injertos extranjerizantes sólo constituyen afirmaciones que aluden a lugares comunes enraizados en un nacionalismo tan general y vago que resulta obvio pero ajeno al campo académico y de la investigación científica y de la ciencia jurídica, pues equivale a plantear el absurdo por ejemplo, de que la entomología sólo debiera preocuparse de los insectos chilenos y desestimar todo avance o conocimiento referido a insectos de otros países, tornándose insoluble el problema tratándose de ciencias como las matemáticas o geometría o la física, ¿cómo determinaríamos en esos casos lo propio o nacional? ¿O tal vez no deberíamos ocuparnos de esas áreas del saber por ser sus conocimientos y teorías ajenas a nuestro país?

Además, y esto creo que es todavía más evidente, tales afirmaciones se formulan sin ningún respaldo, puesto que Soto Kloss no aporta ninguna prueba concreta de sus asertos, que demuestren que aquéllos acaban "siempre" en un rechazo u ocasionando "perversas consecuencias", ni menos aclara tampoco quiénes los rechazan ni en qué han consistido esos perversos resultados.

Al mismo tiempo Soto Kloss incurre en un grave error metodológico, que afecta la validez de su postura, puesto que confunde los planos en que efectúa sus postulados y donde se plantea la discusión: el asunto de los injertos de marras constituye un problema jurídico, es en el campo del Derecho donde se han formulado las teorías discrepantes respecto a la responsabilidad civil extracontractual del Estado, abarcando el ámbito del derecho administrativo, del derecho civil, del derecho constitucional y del derecho político, resultando, por ende, improcedentes los reparos que plantea Soto Kloss relativos a que aquéllos constituirían "cuerpos extraños al organismo político social", comoquiera que tal aserto dice relación con otro plano o ámbito del saber, que podrá ser sociológico, político social, o algo afín, pero en ningún caso jurídico.

Queda también suspendida sin mayores precisiones o explicaciones, la afirmación de

Febrero

que tales perversas consecuencias "siempre" van en desmedro "de los derechos y libertades de las personas". ¿Por qué esa limitación? ¿existen datos concretos, estadísticas que así lo avalen?; porque decir que "nuestra historia de este siglo, y no tan lejana, lo avala de manera trágica" no pasa de ser precisamente eso, un decir.

Hay todavía dos preguntas que formular, que también cuestionan de modo esencial lo sostenido por Soto Kloss:

1) ¿Hay algo en nuestro sistema jurídico que no provenga de experiencias o conocimientos extranjeros o que no haya tenido tal origen? Parece difícil encontrar algún instituto o figura que no cumpla esa condición. Basta recordar la procedencia de nuestro Código Civil y la nacionalidad de quien fue obra; lo mismo acontece con nuestro Código Penal, con nuestro esquema constitucional y político, etc. Quizá si una institución jurídica sólo de nuestro ordenamiento jurídico lo presente el control preventivo de legalidad de los actos administrativos que realiza la Contraloría General de la República, denominado "toma de razón". Me parece que no existe en el orbe otro Derecho que lo contemple.

2) Pero, ¿por qué dar por hecho que los "injertos" tienen de suyo una connotación negativa? Si nos atenemos a las acepciones conceptuales del vocablo injerto, constatamos que ninguna de éstas expresa o alude o lleva implícita una tal connotación negativa, puesto que los cuatro significados que se le asignan al concepto en sus definiciones son: "1) parte de una planta con una o más yemas, que, aplicada al patrón, se suelda con él; 2) acción de injertar; 3) planta injertada, y 4) fragmento de tejido vivo que se implanta en una parte del cuerpo para reparar una lesión, o con fines estéticos". (87) A su turno, injertar

(87) *Diccionario esencial de la Lengua Española de la Real Academia Española*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2006, p. 825.

368/2011

es "implantar un injerto". (88) Así las cosas, no se verifica ningún significado susceptible de aplicar con claridad al sentido peyorativo que Soto Kloss quiere asignarle al término "injerto", y, su agregado de "extranjerizante" resulta una redundancia, puesto que ya "injerto" implica la idea de algo externo, que viene de fuera y, en sus acepciones 1) y 4), ni siquiera eso, puesto que en éstas el injerto proviene del mismo elemento en que éste se efectúa.

En tales condiciones, la única acepción que con esfuerzo podría aplicarse analógicamente corresponde a la explícitamente positiva del 3), esto es, de remedio para reparar una lesión, lo que contradice sin duda el efecto buscado por Soto Kloss.

Por tanto, forzoso resulta concluir sobre la impropiedad e incongruencia que, en sí mismo, afecta al concepto de "injertos extranjerizantes", debiendo estimarse que, en definitiva, éste nada significa, o, cuando más, debe asignársele un sentido positivo, diametralmente opuesto al que intenta atribuirle Soto Kloss.

Finalmente, es un deber dejar constancia que el espíritu que anima la controversia académica desplegada en las páginas que conforman este trabajo, en especial respecto a los planteamientos del profesor Eduardo Soto Kloss, es el mismo que trasunta la crítica ponderada y respetuosa que efectúa también el profesor Enrique Barros Bourie a dichas posturas, cuando establece que, "Sobre la base de una errónea calificación de la responsabilidad civil como un orden retributivo, E. Soto Kloss ha procurado desde la década de 1970 sustraer la responsabilidad del Estado de toda conexión con el derecho civil; por determinante que haya resultado su contribución doctrinaria en la consolidación del principio de responsabilidad del Estado, estimo que esa equivocada percepción de la actual doctrina de la responsabilidad civil, así

(88) *Ibidem*.

368/2011

como un injustificado celo autonomista en el desarrollo de una responsabilidad del Estado, que pretende construirla solamente sobre la base de las ideas generales expresadas en la Constitución, ha creado innecesarias confusiones en la formulación en concreto de las numerosas preguntas que plantea la materia, las que recién en el último tiempo han comenzado a ser dilucidadas por la jurisprudencia superior que se analiza en este capítulo y por una nueva corriente doctrinaria". (89)

CONCLUSIONES

1. El establecimiento de la responsabilidad civil extracontractual del Estado es de reciente data. Antes regía como regla general el principio de la irresponsabilidad estatal.

2. Lo anterior es el resultado de un proceso paulatino, en que, al final, ha quedado como régimen aplicable a dicha responsabilidad aquel que postula la responsabilidad por falta de servicio, comoquiera que él ha sido finalmente consagrado de modo expreso por nuestro ordenamiento jurídico, y es el que cada día predomina más en la jurisprudencia.

3. El otro sistema que se ha planteado con énfasis es el de la responsabilidad objetiva, pero que ha ido perdiendo fuerza por las razones antes indicadas, al punto que quienes aún la sostienen ya admiten que no resulta del todo inconciliable con la falta de servicio.

4. El régimen de falta de servicio resulta más adecuado y útil, por cuanto, en mi opinión, guarda plena coherencia con el contenido y elementos constitutivos del principio de responsabilidad y con lo dispuesto por las normas constitucionales y legales de nuestro ordenamiento, muy especialmente con el principio constitucional de igualdad.

(89) BARROS BOURIE, op. cit. p. 482 (nota 5).

Febrero

5. La tesis de la responsabilidad objetiva se ve afectada en su validez, estimo, por cuanto rompe los principios de responsabilidad y de igualdad, e implica un forzamiento extremo de normas constitucionales y el desconocimiento de normas jurídicas expresas –al menos de tres cuerpos legales– que contemplan explícitamente la falta de servicio, o, que conduce en su versión más extrema, a plantear la inconstitucionalidad de dichos textos normativos.

6. Lo anterior no significa necesariamente que la responsabilidad objetiva no tenga cabida en el sistema jurídico, puesto que postulamos que ella debe estar presente con carácter excepcional, para situaciones especiales y en textos positivos expresos.

7. En definitiva, el problema no consiste en encontrar alguna verdad o esencia, que flota en algún lugar, constitutiva de la solución única e irrevocable para el régimen de responsabilidad civil estatal, sino que de lo que se trata es de llegar a la propuesta más adecuada y útil para tal efecto y que guarde el máximo de coherencia con el resto de nuestro ordenamiento jurídico, lo que lleva a postular la conveniencia de ir poniendo término o cerrando la disputa jurídica, a veces áspera, en que todavía estamos inmersos, mientras la realidad y sus problemas siguen su camino indiferentes de nuestro accionar académico o investigativo.

BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA, Cristián, Responsabilidad Extracontractual, Editorial Librotecnia, Santiago, 2006.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre la responsabilidad objetiva del Estado", en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 2, diciembre 2000.
- BARROS BOURIE, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

Febrero

– CORDERO VEGA, Luis, La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una Sistematización, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003.

– CORRAL TALCIANI, Hernán, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

– HUEPE ARTIGAS, Fabián, Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2008.

– KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires EUDEBA, Buenos Aires, 1991 (28ª edición).

– LETELLER WARTENBERG, Raúl, La Fuerza Mayor en la Responsabilidad Extracontractual de la Administración del Estado, Editorial LexisNexis, Santiago, 2001.

– MUNDACA ASSMUSEN, Hans, Responsabilidad del Estado por falta de servicio, Editorial Libromar Ltda., Valparaíso, 2001.

– PAILLET, Michel, La Responsabilidad Administrativa, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

– PIERRYARRAU, Pedro, "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 1, julio 2000.

– SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador Chileno, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.

– SOTO KLOSS, Eduardo, "La Responsabilidad del Estado-Administración es Objetiva. (A propósito de "Alliapán Sepúlveda", Corte Suprema/2ª Sala, 9.1.2007)", en *Derecho Administrativo* 120 Años de Catedra, Rolando Pantoja Bauzá, Coordinador, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

368/2011

Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. (2 tomos), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

– VÁSQUEZ ROGAT, Andrés, Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud, Editorial LexisNexis, Santiago, 1999.

368/2011

Febrero