

Doctrina Administrativa

Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del estado*

Raúl Letelier Wartenberg**

I. Introducción

Atrás quedaron de forma definitiva los tiempos en que la Administración no era responsable por sus actos. Del famoso principio del common law "the king can do no wrong" tan en boga en la época antigua inglesa (principio que es concreción exacta de la infalibilidad del monarca, fundado, en un primer momento, precisamente en el origen divino de su autoridad, y, en un segundo momento, en el hecho de ser detentador de la soberanía popular), hemos pasado a un sistema en donde el Estado es perfectamente responsable de los daños que cometa, ya por su acción, ya por su omisión.

Nuestra constitución de 1980 tiene la suerte de nacer en una época en donde existe un acuerdo patente acerca de la responsabilidad del Estado. El Estado debe responder por su actividad dañosa, responsabilidad consagrada claramente en sus artículos 6, 7 y 38 inc. 2. No existen dudas de ello. Del mismo modo, y con el objeto de expresar su carácter garantístico, también queda claro que los particulares responden por sus acciones que causan daño -tal como lo han hecho incluso desde antes de la Lex Aquilia- en virtud del artículo 19 Nº 24 y su concreción legal en el Código Civil. El círculo está entonces cerrado. Toda persona, pública o privada, responde de sus acciones en cuanto generen perjuicio.

En este estado de cosas nos encontramos hoy, desarrollando, ya no teorías para que los tribunales decidan su competencia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, sino más bien esta responsabilidad, en sus características, requisitos, causales eximentes, entre otros. Lo que tanto tiempo le ha tomado al derecho civil precisar estos aspectos de su responsabilidad extracontractual es lo que hoy hace la doctrina y jurisprudencia administrativista, para esta especial responsabilidad extracontractual pública.

II. Análisis de las características de la responsabilidad extracontractual del Estado

En este estudio acerca de la especial naturaleza de la responsabilidad extracontractual pública diversos autores han intentado caracterizarla. De una forma más o menos explícita se han enunciado las siguientes características:

- A) Es una responsabilidad constitucional
- B) Es una responsabilidad de una persona jurídica
- C) Es una responsabilidad directa
- D) Es una responsabilidad regida por el derecho público
- E) Es una responsabilidad integral
- F) Es una responsabilidad objetiva

El presente trabajo pretende estudiar los efectos que trae la adopción de cada una de estas características de la responsabilidad extracontractual del Estado, y, con ellos, su efectiva procedencia en el ordenamiento jurídico nacional. Esta tarea nos obligará a profundizar en la verdadera naturaleza de esta especial responsabilidad pública.

A) ¿Es una responsabilidad constitucional?

Se sostiene que la responsabilidad del Estado es constitucional. Y ello, como forma de oponerla a la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, las cuales tendrían como objeto el castigo al culpable. Será constitucional en tanto obliga a que el "ejercicio de la función estatal -que tiende al bien común- respete a la Constitución..."¹.

En una primera aproximación, no podemos sino coincidir con esta visión. Desde luego la responsabilidad tiene un claro antecedente constitucional. El principio de responsabilidad estatal -logro relativamente reciente- está expresado nítidamente en diversas normas constitucionales. De ahí que, desde la perspectiva del

antecedente normativo que la consagra, bien valga esta clasificación.

Sin embargo, esta caracterización presenta los siguientes inconvenientes. En primer lugar, deberíamos incluir como responsabilidad constitucional a la responsabilidad política, la cual también tiene su origen en normas constitucionales. Esto hace que la característica en cuestión no sea del todo individualizadora de la responsabilidad extracontractual del Estado y no aporte a diferenciar ni a precisar el contenido de la misma.

En segundo término, se pretende oponer la responsabilidad constitucional a la responsabilidad civil y penal. Desde luego dicha diferenciación no puede ser extraída si tenemos por criterio clasificador el del antecedente normativo, pues ambas responsabilidades debieran ser incluidas en una clasificación de responsabilidad legal por ser precisamente la ley su antecedente más directo². La diferenciación tendría su justificación -según los que la sostienen- debido a que la responsabilidad estatal no se basaría en una noción de culpa o dolo, sino que su fundamento estaría dado por el respeto a la supremacía constitucional, consagrada en los artículos 6 y 7 de la CPR. Es necesario que se respete "la Constitución en su integridad y en plenitud y, por tanto, se resarza, compense o restituya al tercero/víctima de un daño cometido por el Estado en su actividad..."³. En este sentido, la responsabilidad extracontractual del Estado sería una especie de castigo por no respetar la Constitución.

Esta especie de exclusividad de supremacía es, a lo menos, discutible. El principio de supremacía constitucional, como sabemos, no resulta ser sólo aplicable a los órganos administrativos. El artículo 6 inciso 2º establece que "los preceptos de esta constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". Y el efecto de su infracción está consignado en su inciso 3º, cuando prescribe que "la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley". Esto último no es más que una manifestación de que toda infracción de ley, de derecho, es generadora de responsabilidad.

Desde antiguo, se entendía por iniuria aquello que era "contrario alius" y "que podría traducirse por entuerto... también por antijuridicidad"⁴. De las distintas sanciones que se imponían y de los particulares procedimientos que debía seguirse para constatar una iniuria deriva la clasificación, o mejor dicho, la partición entre responsabilidad penal y responsabilidad civil. Y, de acuerdo a lo anterior, distinguían los romanos entre crimen y delictum. En este sentido, crimen es el "ilícito reprimido mediante penas corporales o pecuniarias a favor del aerarium (o fiscus) y que se persigue con un proceso público generalmente de carácter inquisitorial a cargo de tribunales permanentes y especializados por tipos criminales (quaestiones perpetuae), o extraordinarios"⁵. Por otro lado delictum "es el ilícito reprimido mediante una pena pecuniaria impuesta al delincuente a favor de la víctima y perseguible a través de un proceso que se tramita ante el praetor y el iudex privatus en el ejercicio dispositivo de una actio in personam..."⁶. En este grupo de delitos encontramos a los daños (damnum iniuria datum), luego explicitados en un plebiscito, posiblemente del año 286 a.C., llamado Lex Aquilia. De esta forma, la clasificación de la responsabilidad en penal y civil resulta ser evidentemente una clasificación desde una perspectiva sancionatoria. Será necesario examinar si en el caso en cuestión se impone la sujeción a una sanción reparatoria, o sea, que obliga a reparar el daño al sujeto al que injustamente se le causó, o importa la imposición de un deber de someterse a una pena, como consecuencia de la determinación de la imputabilidad de un delito o cuasidelito. De esa misma forma se debieran analizar las características del procedimiento, el tipo de acción que se otorga y en beneficio de quién se impone la sanción. En este mismo sentido se pronuncia Alessandri⁷, para quien la distinción entre responsabilidad civil y penal se basa principalmente en la naturaleza de la sanción y, más aún, en la forma de perseguirla y hacerla efectiva, a través de la acción resarcitoria, en un caso, y de la acción penal, en el otro. Para Mazeaud y Tunc⁸ la distinción radica en la naturaleza del daño; así, a veces éstos alcanzan a la sociedad toda, otras veces a una persona determinada y, en ocasiones, afectan a ésta y aquélla, conjuntamente. En la responsabilidad civil sólo hay daño privado y, por ende, no habrá castigo en sentido estricto, sino sólo reparación.

Desde esta especial perspectiva sancionatoria y procesal, que precisamente produce amplios efectos, la caracterización de "responsabilidad constitucional" que se le asigna a la responsabilidad extracontractual del Estado como forma de oponerla a la responsabilidad civil y penal no resiste el análisis antes mencionado, y no puede sino concluirse que la responsabilidad extracontractual del Estado es ante todo una responsabilidad civil. La sanción impuesta consiste en una obligación reparatoria en favor de la víctima, el procedimiento por el cual se la persigue es dispositivo y resulta del ejercicio de una acción personal.

Una consideración de los efectos que produce la responsabilidad extracontractual del Estado nos reafirma con más fuerza que ella se encuadra claramente, según la partición romana de la responsabilidad, dentro de la responsabilidad civil:

i. La sanción consiste en una indemnización compensatoria del perjuicio producido por la administración. No posee características ejemplificadoras, ni tampoco características de prevención general. Podría pensarse que envuelve la idea de provocar "temor", lo que generaría una mayor diligencia y cuidado en el accionar estatal. Así se ha sostenido por un sector de la doctrina: la responsabilidad estatal conllevaría una suerte de carga de legalidad, basada en el principio de supremacía constitucional, y en virtud de ella es que se pretende dar a la acción estatal una regulación indemnizatoria distinta. Sin embargo, esta opinión parece olvidar que la supremacía constitucional, más que ser carga estatal, es carga general del sistema jurídico, y que sólo forzosamente puede asignársele en forma única y exclusiva al Estado. Como ya mencionáramos, el artículo 7 inciso 2º de la CPR establece que "ninguna persona ni grupo de personas" "pueden atribuirse otra

autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes". La legalidad es entonces carga general, y por ende todo el que la infrinja, sea particular, sea un órgano estatal, debe responder.

ii. La sanción se traduce siempre en el pago de una cantidad de dinero. Es cierto que constatada la responsabilidad penal, también pueden aplicarse penas pecuniarias, pero ellas presentan características diferenciadoras de la simple indemnización de perjuicios⁹.

iii. Es una sanción equivalente. El monto que el indemnizante estará obligado a pagar será precisamente lo que cueste volver al perjudicado al mismo estado en que se encontraba con anterioridad al hecho dañoso. Respecto de las sanciones penales, sólo se dice que han de ser proporcionales.

iv. El procedimiento por el cual es fijada la responsabilidad civil es de tipo dispositivo (manifestación de esto es el hecho de que puede perfectamente alegarse el abandono del procedimiento) Esto precisamente acentúa el hecho de ser tenue el perjuicio social que se produce con la actividad dañosa de la Administración. Así, la ley no ha querido privilegiar procedimentalmente de ninguna manera las acciones de responsabilidad estatal por sobre las meramente particulares. Esto es más claro cuando hoy en día el tribunal que conoce de las acciones indemnizatorias en contra del Estado tiene el mismo grado que el que conoce de las particulares, y ambas acciones se someten a un mismo procedimiento. La aplicación clara de figuras netamente civiles, como, por ejemplo, la prescripción extintiva de la acción emanada del ilícito, hace ver que la acentuación está dada sólo en el carácter restitutorio de las consecuencias dañosas del actuar administrativo.

v. La acción indemnizatoria es una acción in personam, que sólo admite ser ejercida por la víctima o sus sucesores legales.

Podemos decir entonces, y de acuerdo a lo anteriormente expuesto, que la responsabilidad del Estado es una responsabilidad constitucional en cuanto está enunciada de forma primera en la Constitución, mas desde el punto de vista de sus efectos, y dentro de la partición romana de responsabilidad, es nítidamente una responsabilidad civil¹⁰.

B) Es una responsabilidad de una persona jurídica

Sobre esto no existe desacuerdo. El Estado es una persona jurídica que expresa su voluntad a través de la concreción efectiva de sus competencias, que se lleva a cabo por personas naturales, dando lugar a lo que en doctrina administrativa se conoce como la teoría del órgano. El órgano "no es sólo la persona física que le sirve de titular, y tampoco lo es solamente el conjunto de funciones o poderes que aquélla debe ejercer sino que está integrado por ambos elementos, de suerte que, como dice Sayagués, ese complejo de voluntades, formas y atribuciones constituye el instrumento de actuación de las colectividades personificadas, es decir, sus órganos"¹¹. Así las cosas, lo relevante es el ámbito de atribuciones que el derecho objetivo asigna a las diversas unidades u órganos de la persona jurídica, y la forma en cómo ellas son desplegadas. El ejercicio de este conjunto de atribuciones genera una acción estatal propia, distinta de la acción realizada por el funcionario individualmente considerado. En este sentido expresa Alessandri que "el órgano es la encarnación de la persona jurídica: los actos del órgano son, por tanto, actos de la persona jurídica misma"¹².

Sin embargo, esta característica indiscutida se entremezcla con otra afirmación, que no nos parece pacífica, relativa a sus efectos. Teniendo en cuenta que el Estado es una persona jurídica, concluye un autor, no resulta aplicable a la responsabilidad estatal "toda la estructura subjetiva con que se ha organizado tanto la responsabilidad civil, penal o disciplinaria, sobre la base de culpa o dolo"¹³. Es decir, por el hecho de recaer esta responsabilidad en una persona jurídica, se priva a esta responsabilidad del elemento de reprochabilidad. En este orden de cosas, la reprochabilidad sería incompatible con la naturaleza de las personas jurídicas.

Esta afirmación, evidentemente, no puede ser extraída de la mera caracterización que se enuncia. Con este argumento habría que concluir necesariamente que las personas jurídicas privadas son irresponsables civilmente, en tanto no les resulta aplicable la estructura subjetiva de la culpa y del dolo civil, únicas formas de que se establezca su responsabilidad y se dé lugar a las pretensiones indemnizatorias por el daño causado. Ello, evidentemente, no puede ser así.

Desde luego el criterio de reprochabilidad y culpa resulta plenamente aplicable a una persona jurídica, pues no resulta ser un elemento de prueba concreta, en la cual deba acreditarse de forma efectiva la especial intencionalidad del autor del daño. Al contrario, la culpa es un elemento de prueba abstracta, o de contraste, en virtud de la cual, para poder determinar su ocurrencia, sólo es necesario comparar la persona en su accionar dañoso, con otra persona actuando presuntamente de una manera ideal predeterminada con anticipación¹⁴. Y como resulta al menos dudable que la acción de la persona jurídica pueda tener alguna intencionalidad (en el sentido de movimiento espiritual de voluntad, o motivación subjetiva), justo es que se le aplique un criterio de culpa, en el cual no interesa una intención demostrada, sino que sólo interesa una intención de contraste. Además, cabe hacer presente que no siempre podrá acreditarse la identidad de la persona natural que cometió el hecho dañoso, mas sí se podrá verificar, si dicha acción se efectuó dentro de la esfera de cuidado exigible a la persona jurídica. En estos casos de actuaciones anónimas de una persona jurídica, ella será la que responderá, y lo hará no por responder por el hecho de un tercero que no se sabe quién es, sino que por su propia acción y su propia culpa, de la forma expresada en el artículo 2.314 del Código Civil. También podrán concurrir, simultáneamente, la culpa del funcionario y la de la persona jurídica, resultando, en este caso, ambos solidariamente responsables al tenor de lo dispuesto en el Artículo 2.317 del Código Civil.

En estas razones se basa la introducción en la responsabilidad extracontractual estatal de un criterio de contraste similar al de la culpa. La falta de servicios el símil de la culpa privada. Ella confronta a la Administración en su actuación dañosa con una Administración eficiente, que distribuye bien sus recursos y que, por tanto, actúa de forma razonable, de acuerdo con los medios con que cuenta. Y como su actuación debe ser razonable, naturalmente su responsabilidad también deberá serlo.

Algo distinto puede ser la aplicación del dolo a la responsabilidad de las personas jurídicas. En un primer momento puede ser este excluido, sobre todo si se hace un símil con el dolo penal (intención de producir el daño), asumiéndose por ende que en materia penal las personas jurídicas son absolutamente incapaces de cometer ilícitos. Esto se puede ver más claramente con respecto del Estado. Resultaría absurdo representarse al Estado actuando en forma dolosa, en cuanto su existencia misma se justifica y está dirigida a un fin opuesto a la causación de daños. Sin embargo, esto no puede decirse con tanta claridad con respecto a otras personas jurídicas. El principio *societas delinquere potest* es cada día más aceptado en la jurisprudencia comparada, aunque, claro está, con un régimen sancionatorio distinto al de las personas naturales. En dichos casos, la sanción se traduce en una "restricción de derechos impuesta coactivamente por el Estado, la cual se asemeja a la pena"¹⁵.

Así las cosas, no resulta efectivo que la noción de responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas se encuentre separada de la reprochabilidad. Ellas están obligadas a indemnizar los ilícitos civiles que cometan, y no por ser responsables del hecho de un tercero, sino por haber actuado sus órganos, y por ende la propia persona jurídica.

El efecto que algunos autores atribuyen a esta responsabilidad estatal de que no es necesario probar la culpa o dolo del funcionario que comete el ilícito es desde ya cierto, y ello es precisamente dado porque esta responsabilidad es de una persona jurídica, donde no interesa el individuo que la genera. Esto concuerda con lo que dispone el Artículo 2.053 del Código Civil para las sociedades: "La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados".

Mas cosa distinta es que esa especial responsabilidad de la persona jurídica no requiera reprochabilidad. Así, no se ha excluido la culpa de la responsabilidad de personas jurídicas privadas, ni la falta de servicio en las personas jurídicas públicas.

C) Es una responsabilidad directa

Con esta característica se quiere significar que la persona jurídica responde por sus propios hechos, distinta a la responsabilidad indirecta o por hecho ajeno. La responsabilidad es de la persona jurídica, y no se trata de una responsabilidad por hechos de terceros, como sería la que deriva del accionar dañoso de los empleados o dependientes.

Sobre esto no existe mayor disputa. Principalmente, si se piensa que nada hay de diferencia entre la responsabilidad de una persona jurídica por su culpa y la responsabilidad estatal por falta de servicio.

Así, la propia legislación común les atribuye a las personas jurídicas la capacidad de cometer ilícitos civiles. El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal dispone que "la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado". En este mismo sentido, lo reglamenta el artículo 58 del Código Procesal Penal, refiriéndose en forma más directa a las personas jurídicas y la responsabilidad civil "que las afectare".

D) ¿Es una responsabilidad regida por el derecho público?

Se señala que la responsabilidad extracontractual del Estado es regida por el derecho público, debido a la especial naturaleza del órgano estatal, y a la necesidad de ser regulado por una legislación de garantía y limitación de poder, como es precisamente la pública. Con ella se realiza la justicia distributiva que le es exigida al Estado.

Desde el punto de vista dogmático puede entenderse claramente esta característica, mas puede tener problemas al momento de pretender excluir toda regulación civil del campo administrativo. Y sobre esto ya bastante se ha escrito. Los elementos de la responsabilidad han sido estudiados por los tratadistas, principalmente a partir de las normas civiles.

Sin embargo, por sobre las distinciones entre las diversas clases de responsabilidad, existe una regulación conceptual general, que le da a la responsabilidad su existencia como tal. "No hay duda -escribe Martín Retortillo- de que existen y han existido factores que diferencian fundamentalmente la responsabilidad administrativa de la civil. Tales divergencias presiden además el desarrollo y la construcción de ambos institutos; sin embargo, no son esenciales pues ambas responden a la esencia única de la figura jurídica de la responsabilidad. Esta diversidad y la partición de regímenes y de jurisdicciones no obsta para que los fundamentos de la responsabilidad civil y administrativa sean análogos, "la nature juridique de la responsabilité privée -ha escrito Chapus- était la même que celle de la responsabilité publique". En ambos casos la responsabilidad supone una garantía; se tiene responsabilidad de algo o por algo, para con alguien y ante alguien. El esquema es válido tanto en uno como en otro caso"¹⁶.

Esto es precisamente lo que ha contribuido a que hoy la jurisprudencia aplique las estructuras civiles de la responsabilidad a la responsabilidad estatal; por ejemplo, en materia de prueba y procedimiento, de causales eximentes y de prescripción, todas estas materias que no tienen una regulación positivas en leyes públicas.

Sobre esto existe jurisprudencia categórica que estima que "conforme al artículo 4 del Código Civil, la afirmación de que no cabe aplicar en materia de derecho público, normas de derecho privado a falta de un texto legal que resuelva la situación, resulta carente de toda sustentación en la sistemática jurídica nacional..." "Es así -continúa- como los efectos de la ley, su obligatoriedad, vigencia, efectos temporales y territorialidad, interpretación y derogación se encuentran regulados por las normas del título preliminar del Código Civil y es imposible sostener que dichas materias no son absolutamente inherentes al derecho y al orden público"17.

Y todo esto tiene buena expresión a propósito de la prescripción de la acción indemnizatoria. Aquí la aplicación de las normas civiles es de absoluta generalidad18. En este sentido, y a propósito de la responsabilidad derivada de acciones de nulidad de derecho público, se ha fallado que "las acciones personales que persiguen recuperar el valor de la cosa y la acción indemnizatoria... son de evidente contenido patrimonial, pues se refieren a restituciones y reparaciones de valor económico que pretende obtener el actor en virtud de la declaración de nulidad que busca. De lo cual se deriva que su destino se condiciona de lleno a los plazos de prescripción establecidos en el Código Civil..."19.

En materia de circunstancias eximentes la aplicación de la legislación de orden civil es patente. Así, por ejemplo, en lo relativo a la aplicación de la noción de caso fortuito. En la causa Tiscornia con Fisco de Chile se rechaza la pretensión indemnizatoria por haber concurrido la causal de caso fortuito. Y, lo más importante: la recepción de esta causal no exime la relación de causalidad, sino que la falta de servicio. Expresa el fallo que "los daños demandados no se han debido a falta de servicio o culpa del Estado, en los hechos en que se funda la acción deducida en autos -un derrumbe- y, por otra parte, no existe responsabilidad del mismo que justifique la indemnización solicitada por concurrir la eximente de caso fortuito"20.

La conclusión será que es necesario tener algo de cuidado al momento de expresar que esta responsabilidad está regida por el derecho público. Si bien ello es así en cuanto a que la normativa de base se encuentra efectivamente en normas públicas, no puede descartarse la normativa privada en cuanto ella constituye el ordenamiento común en materia de acciones indemnizatorias, y, por tanto, normativa aplicable a las acciones indemnizatorias que se deduzcan para hacer efectiva la responsabilidad estatal21.

E) Es una responsabilidad integral

Es integral, en tanto debe repararse todo el daño que le es infringido a la víctima, sean éstos patrimoniales o extrapatrimoniales. Con relación a esta característica no existe mayor conflicto, pues coincide exactamente con la de la responsabilidad extracontractual privada.

F) ¿Es una responsabilidad objetiva?

Ante la característica de ser la responsabilidad del Estado una responsabilidad objetiva, puede verse en los autores dos formas distintas de darle contenido:

1. Una primera forma considera que la responsabilidad estatal es objetiva porque no es necesario probar culpa o dolo del funcionario que realiza la acción u omisión dañosa para sostener una pretensión indemnizatoria en contra de la Administración.
2. Una segunda forma, estima que la responsabilidad es objetiva debido a que basta para que ella exista la mera acreditación de la causación material.

La primera atiende a la vinculación existente entre la responsabilidad estatal y la reprochabilidad del funcionario. Para esta posición, nada interesa si el funcionario actuó correcta o incorrectamente, o más bien, la Administración nunca podrá escudarse en que es requisito para acreditar su responsabilidad la prueba de la culpa o dolo del funcionario. Ello, sin embargo, no excluye que exista un elemento de reprochabilidad inherente a la acción administrativa, como sucede en el caso chileno, con la falta de servicio. Lo que interesa es que el dañado no tendrá que probar en el juicio indemnizatorio la reprochabilidad del funcionario estrictamente hablando, lo que no excluye, naturalmente, que deba acreditar que el Estado actuó con falta de servicio.

La segunda posición atiende más al comportamiento estatal, y sostiene que no debe atenderse a ningún criterio de reprochabilidad del Estado para dar lugar a responsabilidad extracontractual; basta que se genere daño para que la Administración responda. Acreditada la causación material, se debe dar lugar a la pretensión indemnizatoria del dañado por la acción administrativa.

En muchas ocasiones los autores discuten acerca de la característica de ser la responsabilidad estatal objetiva, mas al momento de comparar las posiciones ambos se refieren a objetos distintos. Incluso hay algunos que engloban ambas ideas en esta característica. Así se afirma de esta responsabilidad que "al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende de imposible estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo, resulta ser una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material; vale

decir atendida la relación causal entre el daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar a aquélla”²².

Con el objeto de procurar un estudio acabado del contenido de esta característica y por ende de sus efectos, la analizaremos en sus dos variantes:

I) Es objetiva debido a que no requiere probar culpa del funcionario

Desde cierto punto de vista, la afirmación es bastante cierta. El juez que conoce de la demanda civil no debe exigir al actor como requisito que pruebe la existencia de culpa del funcionario público que, en ejercicio de actividad estatal, cometió el acto dañoso. Y ello se deriva precisamente de ser la responsabilidad del Estado una responsabilidad de una persona jurídica, y, por tanto, y de acuerdo a lo ya dicho, no interesa para su acreditación la disposición particular de sus dependientes. En este sentido, y con mayor propiedad y rigor científico, expresa Caldera que la responsabilidad extracontractual del Estado “es una responsabilidad orgánica, lo que significa que la imputación del daño recae directamente en el órgano administrativo, esto es, en la Administración del Estado...”²³.

Sin embargo, otra cosa es que en nada interese la reprochabilidad del funcionario público al momento de determinar el requisito de falta de servicio. Al analizar la existencia o no de este elemento, si interesará la reprochabilidad del funcionario, pues en muchas ocasiones su actividad será la que precisamente revelará la falta de servicio.

La responsabilidad del Estado siempre estará circunscrita a una situación de falta. No por otra cosa el Artículo 42 ha señalado que el Estado responderá, mas luego podrá repetir contra el funcionario que incurrió en falta personal. Es decir, o responde por una falta de servicio en la cual no pueda descubrirse la falta personal, o responde porque la falta personal fue precisamente la que reveló la falta de servicio. Así, si el funcionario que da lugar a la acción estatal dañosa no ha actuado con falta, mal podrá responder el Estado. Por estas razones, la falta de servicio, en cuanto a su origen, puede ser revelada de dos maneras:

i) Por falta anónima. En este caso no será posible determinar claramente qué funcionario administrativo realiza el acto dañoso. Para este caso rige absolutamente la apreciación judicial de la falta de servicio. El Tribunal deberá examinar a la luz de los hechos probados si el Estado ha actuado o no de forma deficiente o tardía.

ii) Falta radicada. En ella es posible determinar claramente qué funcionario administrativo desencadenó, en ejercicio de actividad estatal, el resultado dañoso. Como el funcionario actuó ejerciendo potestad estatal, quien en realidad actuó fue la Administración, por tanto, su falta develará la falta del Servicio al cual pertenece.

Aquí la falta de servicio es precisamente revelada por una falta radicada. Como se puede apreciar, en este caso no puede ser inútil la existencia o inexistencia de negligencia del funcionario. Si el resultado dañoso se produce aun cuando el funcionario actuó correcta y diligentemente, ello no puede constituir falta de servicio y, consecuentemente, no puede condenarse por al Estado.

Así lo expresa la jurisprudencia, por ejemplo, en el fallo Castillo con Fisco de Chile²⁴. En esta causa se demanda al Estado como consecuencia de las lesiones sufridas por la Sra. Castillo en un accidente de tránsito, ocurrido mientras era trasladada en un vehículo de Carabineros de Chile. Por este accidente se instruyó un proceso criminal en contra del conductor del vehículo fiscal, el cual concluyó con sentencia absolutoria. La interrogante de los sentenciadores que conocen de la acción civil no debió tardar en llegar. ¿Debe ser responsable la Administración aun cuando sus funcionarios actuaron de forma diligente? ¿Acaso no influye en algo la sentencia absolutoria del conductor del vehículo que fijó la irreprochabilidad personal en la demanda civil contra el Estado? Y la respuesta a estas interrogantes aparece cuando el Tribunal, de conformidad al Artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, acoge la excepción de cosa juzgada opuesta por el Fisco de Chile, en razón de que ambos juicios versan sobre los mismos hechos. La conclusión es natural: no pudo acogerse la demanda indemnizatoria debido a que la falta personal integra la falta de servicio. Juzgada que se encuentra la inexistencia de la falta personal, ella produce cosa juzgada en el juicio indemnizatorio, ya que no se constituye la falta de servicio que debe presentarse para dar lugar a la pretensión indemnizatoria.

Y, por otro lado, tal como la constatación de inexistencia de falta personal inhibe la falta de servicio, su acreditación la deja establecida. En el fallo contra Zambrano García se expone que “la mala praxis médica que ocasionó lesiones graves a la ofendida, tipificadas en el cuasidelito de lesiones graves sancionado en el artículo 491 del Código Penal, es constitutiva de falta de servicio desde el punto de vista civil, que compromete la responsabilidad del Estado, en los términos de los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575”²⁵. Aquí precisamente el juicio criminal deja establecida la falta personal del funcionario que ejerció actividad estatal. Y como sus actos no son sin los actos de la persona jurídica, dicha falta revela la falta de servicio del Estado, imputándosele por ello, la obligación jurídica de indemnizar los perjuicios causados.

El problema que se acaba de enunciar, se circunscribe dentro de la esfera de las influencias procesales, es decir, la de los efectos de actos procesales en procedimientos distintos a aquellos en los que se realizan.

Esto no opera sólo por una razón de economía procesal (en el sentido que un acto procesal produzca la mayor cantidad de efectos jurídicos posibles), sino también por una razón de seguridad y certidumbre positiva, en el entendido que no se dicten resoluciones contradictorias, que sancionen los mismos hechos que motivan del ejercicio jurisdiccional.

En España, cuyo ordenamiento consagra uno de los regímenes administrativos de mayores garantías para el administrado, el problema de la influencia del juicio penal contra el funcionario o la víctima en la demanda indemnizatoria se aborda desde la perspectiva de la prejudicialidad penal en procedimientos de responsabilidad extracontractual del Estado, y su fundamento lo establece, entre otras fuentes, diversas sentencias del Tribunal Constitucional. En este sentido indica una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, recogiendo la anterior doctrina del TC, que "de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la declaración de hechos probados efectuada por la jurisdicción penal es vinculante para los demás ordenes jurisdiccionales, siendo imposible una distinta apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismo hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado..."²⁶.

Esto hace que en la legislación española se entienda que el conocimiento del proceso penal provoque dos grandes efectos:

- a) Un efecto interruptivo del plazo de prescripción de la acción de reclamación en vía administrativa, y
- b) Un efecto suspensivo del procedimiento administrativo ya iniciado.

En nuestro país no tenemos un procedimiento administrativo anterior al civil, mas ambos efectos podrían examinarse en su vigencia nacional. Desde luego el segundo de ellos sí puede producirse por expresa aplicación del Artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, que ordena la suspensión de la causa civil, cuando la existencia de un delito haya de ser fundamento preciso de una sentencia civil, o tenga en ella influencia notoria²⁷. El efecto interruptivo de la prescripción civil sólo podría tener lugar por la interposición de querrela criminal, al tenor de lo que dispone el Artículo 103 bis del Código de Procedimiento Penal.

Del mismo modo, la influencia procesal se dará en forma inversa. Así, si se ha acreditado en el proceso penal la existencia de una falta radicada, como lo es un cuasidelito, dicha existencia no podrá discutirse en el proceso civil indemnizatorio contra el Estado. De este modo se ha fallado cuando se expresa que "atendido que la acción indemnizatoria ha sido fundamentada en la circunstancia de haber sido condenado por sentencia ejecutoriada el autor del cuasidelito de homicidio, hecho del cual deriva el daño cuya reparación se solicita, no es procedente considerar alegaciones relativas al hecho concluido en el proceso penal, motivo por el cual sólo corresponde decidir acerca de la existencia de daño civil y el eventual monto de la suma reparatoria"²⁸.

Y, por último, para cerrar el cuadro de la importancia de la reprochabilidad personal del funcionario en la constatación de la falta de servicio, nos referiremos al caso en que a través del examen de reprochabilidad personal se detecta la ausencia total de falta de servicio, por concurrencia de la llamada falta personalísima. Esta es la cometida por un funcionario público, pero sin conexión alguna con las funciones y atribuciones propias del servicio público. El único que puede responder es dicho funcionario, pues el servicio público no ha incurrido en falta de servicio, sino que el resultado dañoso sólo se debe a la actuación particular del funcionario, en un margen de absoluta participación de su móviles personales y fuera del alcance estatal²⁹. La falta personalísima es, entonces, la falta personal por la cual el Estado no responde, toda vez que es separable del ejercicio de la función pública, "separación que puede ser material, por el hecho de tratarse de actos realizados fuera el ejercicio de toda función, en la vida privada del funcionario, por ejemplo, o psicológica, cuando el acto realizado ha obedecido a móviles personales, cuando se ha obrado con intención de agraviar, casos en los cuales el funcionario se ha apartado de la finalidad de la función, o cuando ha existido por parte del autor una grave impudencia o negligencia"³⁰. Para poder, entonces, detectar la existencia de estos móviles personales que hacen que exista desconexión psicológica con el servicio, sí interesará el nivel de reprochabilidad del funcionario público. En una reciente sentencia se efectúa claramente la distinción a la que hacemos mención principalmente en materia de acreditación de dolo del funcionario público. En ella, conociendo de la acción civil contra el Estado, se sostiene que la acción "que se atribuye al funcionario querrellado no tiene relación alguna con las prestaciones médicas en procura de lo cual, como ya se ha dicho, fue atendida la paciente, por lo cual responde a una actitud personalísima del propio querrellado, que en concepto de este magistrado es ajena a la atención del servicio"³¹. Por estas razones se rechaza la pretensión indemnizatoria contra el Fisco de Chile y sólo se hace efectiva respecto del querrellado.

II) Es objetiva porque basta la mera causación material para dar lugar a ella

Esta segunda perspectiva señala que la responsabilidad es objetiva, toda vez que no atiende a ningún elemento de reprochabilidad estatal.

Su fundamento radicaría en los artículos 6, 7 y 38 inciso 2º de la CPR, que establecen un sistema de responsabilidad estatal simple, basado principalmente en la vigencia de la supremacía constitucional y en la idea general de la restitución como central en la custodia efectiva del patrimonio de los administrados que viven en una República. Como debe velarse por el respeto de los órganos estatales a la ley, todo daño que produzcan y que la víctima no se encuentre jurídicamente obligada a soportar, debe ser indemnizado.

Esta corriente, sin embargo, tiene un inconveniente que resulta ineludible: la Ley 18.575 ha establecido en su artículo 42 la procedencia del elemento de reprochabilidad estatal, cuando establece la responsabilidad estatal por falta de servicio, y lo suyo ha hecho el artículo 123 de la Ley 18.695, cuestión que evidentemente no se condice con un sistema de responsabilidad objetiva.

Este escollo se pretende solucionar de dos formas; o bien desconociendo la validez jurídica de ambos preceptos por ser contrarios al sistema constitucional establecido, opinión que representa el pensamiento menos depurado³², o bien definiendo la falta de servicio como un requisito objetivo, sinónima de mera vinculación causal. En este último caso, parece estar la jurisprudencia del fallo Tirado con Municipalidad de La Reina, donde a propósito de la responsabilidad municipal, respecto de la cual existe norma expresa que establece la razón de imputación falta de servicio en los términos de su definición, la Corte Suprema señala en su Considerando 4º que se trata de una "responsabilidad objetiva", la que descarta "la responsabilidad por culpabilidad, fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la causalidad material"³³.

Y la sentencia comentada más arriba no es la única que señala que la responsabilidad del Estado es objetiva; varias otras lo han expresado en sus textos.

Hasta aquí podría parecer que el panorama está cerrado, y que nuestro sistema jurídico establece una responsabilidad objetiva, que se constituye con la mera causación material.

Sin embargo, esta solución está lejos de estar conforme con los efectos que tiene y debe tener la responsabilidad extracontractual del Estado.

La responsabilidad estatal no puede ser objetiva, por, a lo menos, tres razones que en seguida pasamos a explicar: la estructura normativa de la responsabilidad objetiva difiere de la estructura normativa de la responsabilidad extracontractual del Estado; la diferente fundamentación de los sistemas de responsabilidad objetiva y los sistemas de responsabilidad extracontractual del Estado, y el hecho de presentarse una objeción grave en el razonamiento judicial de responsabilidad objetiva ante un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado.

1ª Razón: Diferencia en la estructura normativa de los supuestos de responsabilidad objetiva con la responsabilidad extracontractual del Estado.

Diversos son los supuestos en que la ley ha establecido casos de responsabilidad objetiva. Algunos de ellos no dan lugar a ninguna discusión, como los son, entre otros:

1. La Ley 18.302, sobre Seguridad Nuclear;
2. El DL 2.222, Ley de Navegación;
3. El DL 1.808, que aprueba el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, y
4. La Ley 18.916, sobre Navegación Aérea. Código Aeronáutico.

Otros cuerpos normativos establecen algunos supuestos de responsabilidad objetiva, que son discutidos en doctrina:

1. La Ley 15.703, que establece normas en relación con la aplicación de pesticidas;
2. La Ley 18.290, Ley de Tránsito;
3. El Código del Trabajo, en cuanto a responsabilidad por terminación del contrato de trabajo, y
4. El Código de Comercio, en los preceptos que establecen la responsabilidad del Armador.

Las diferencias entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad extracontractual del Estado se dan en dos órdenes distintos:

i) En materia de estructura normativa

Ninguno de los preceptos que consagran la responsabilidad objetiva pretenden imponer una vigencia general de la misma³⁴. Ella es ante todo excepcional³⁵. Como tal, su concreción requiere ser efectuada de forma clara y precisa. Debido a que los supuestos de responsabilidad objetiva presentan una argumentación normativa idéntica, como luego se analizará, su estructura normativa puede ser perfectamente reconocible. Así, cuando el legislador pretende imponer un sistema de responsabilidad objetiva, lo hace de dos formas, o bien expresando claramente esta intención, o bien expresando un presupuesto general de responsabilidad para luego restringirla con causales eximentes que no atienden a la reprochabilidad de la actuación. Según lo dicho, la estructura normativa de un supuesto de responsabilidad objetiva podrá estar determinada de las siguientes formas:

A) Expresando en forma clara la existencia de responsabilidad objetiva

La estructura normativa es simple; expresa lisa y llanamente que se responde en forma objetiva, o que basta la mera causación material para dar lugar a la imputación de una obligación indemnizatoria.

Ejemplo de esto es el Artículo 49 de la Ley 18.302, Ley de Seguridad Nuclear, que señala que "la

responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en las formas que establece la ley". Nada hay de incierto en ella; se ha establecido claramente la vigencia de un supuesto de responsabilidad objetiva. Incluso en el Artículo 56 se precisa aún, al señalar que "el explotador responderá siempre del caso fortuito y de la fuerza mayor".

En una forma no tan expresa el Artículo 155 del CAe, refiriéndose a la responsabilidad por daños a terceros en la superficie, establece que "el explotador indemnizará los daños que se causen a las personas o cosas que se encuentren en la superficie, por el solo hecho de que emanen de la acción de una aeronave en vuelo o por cuanto ella caiga o se desprenda", o

B) Expresando cuáles son las únicas causales eximentes aceptadas

Luego de prescribir una forma genérica de responsabilidad, se señala de forma categórica las causales eximentes, dentro de las cuales -naturalmente- no puede encontrarse aquella por la cual se pretenda probar el actuar diligente. Ellas se refieren, generalmente, a eventos que suprimen los otros elementos de la responsabilidad, como relación causal o antijuridicidad.

En este sentido, el mismo Artículo 56 de la Ley de Seguridad Nuclear establece como única causal eximente de la responsabilidad del explotador el que los daños nucleares se hayan producido por un "accidente nuclear que se debe directamente a hostilidades de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil", lo cual, de una manera casi evidente, exime por falta de relación causal con la persona que ejerce dicha actividad nuclear.

En materia de responsabilidad por daños derivados de los derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas, el Artículo 144 del DL 2.222 establece que "el propietario, armador u operador de la nave o artefacto naval será responsable de los daños que se produzcan, a menos que pruebe que ellos fueron causados exclusivamente por...", y luego señala diversas circunstancias como actos de guerra, acción de otro (que propiamente no es causal de exención) o siniestro (asimilable a fuerza mayor causal)³⁶.

En materia de responsabilidad aeronáutica, distinguimos dos supuestos de responsabilidad objetiva:

- i) Responsabilidad en el transporte aéreo. Aquí se establece en forma genérica la responsabilidad del transportador en los Artículos 142 y 143 del CAe, para luego establecer, en el Artículo 146, tres causales de exención, basadas sólo en falta de nexo de causalidad, como lo son el estado de salud del pasajero, la propia provocación del daño, o el delito de un tercero. Algo parecido se expresa en el Artículo 151, a propósito del daño en la carga.
- ii) Responsabilidad por daños a terceros en la superficie. Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, en cuanto a que el Artículo 155 del CAe hace una mención casi expresa de un supuesto de responsabilidad objetiva, el artículo 156 se encarga de reafirmarlo, estableciendo los únicos casos de exención, todos ellos referidos a la interrupción del nexo causal.

La estructura normativa de la ley que establece la responsabilidad extracontractual del Estado en España es precisamente de este grupo. El Artículo 139 de la LRJPAC establece que "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos". La estructura de esta norma es típica de un establecimiento de responsabilidad objetiva en cuanto se establece el principio general de responsabilidad y al mismo tiempo se excluye expresamente el caso de fuerza mayor. Sin embargo, la causal de exoneración es un tanto extraña, diferente por lo demás a los otros casos de responsabilidad objetiva, en los cuales la causal de exoneración dice relación principalmente con la relación de causalidad. Aquí la causal de fuerza mayor no interrumpe este elemento³⁷ sino que pone en evidencia la ausencia de falta en el actuar administrativo³⁸. Por ello, lo que podría constituir un supuesto de responsabilidad objetiva, en realidad termina incluyendo un juicio de reprochabilidad totalmente vedado en un sistema de este tipo. Esto se ve mucho más acentuado con la norma del Artículo 141-1 de la misma ley, que impone sin vacilación otro juicio de reprochabilidad, en cuanto a que tampoco responderán las Administraciones Públicas cuando no haya podido preverse el resultado dañoso.

Volviendo al ordenamiento jurídico chileno, la estructura normativa del artículo 38 inciso 2º de la CPR (que, según un importante sector de la doctrina consagraría la objetividad de la responsabilidad del Estado) difiere de los casos en que el legislador nacional ha querido establecer la responsabilidad objetiva. Esto se funda en los siguientes puntos:

1. El referido precepto constitucional no establece, ni siquiera en forma genérica, un supuesto de responsabilidad, como lo hacen los artículos 4 y 42 de la LOCBAE. Su estructura refleja mucho más una norma competencial, como podrían ser los Artículos 14, 18, 45, 50 y sgtes., del Código Orgánico de Tribunales³⁹.
2. Tampoco establece en forma clara el hecho de ser un supuesto de responsabilidad objetiva o de requerir sólo la causación material. Ni siquiera las expresiones verbales usadas son de imputación, como "responderá" o "podrá responder" sino que "podrá reclamar".
3. No indica ninguna causal eximente expresa.

De este modo, sólo queda concluir que no existe norma en el ordenamiento jurídico chileno que tenga la estructura normativa de un supuesto de responsabilidad objetiva del Estado. Todo esto, sin perjuicio de que sea el Estado el que intervenga en actividades en que existe norma expresa de responsabilidad objetiva, como sería en el caso nuclear, aeronáutico y los demás que hemos mencionado anteriormente.

ii) En materia de estructura de normas complementarias a la responsabilidad objetiva

Cuando la ley pretende establecer una norma de responsabilidad objetiva, más que establecerla concretizándola en una sola norma, establece un sistema de responsabilidad objetiva.

Así, usualmente, la norma que establece el supuesto de responsabilidad objetiva debe entenderse sistemáticamente junto a otras normas que pretenden mitigar la anormal situación que resulta al establecer esta forma especial de responsabilidad. De ahí que unas y otras actúen de una forma de pesos y contrapesos ante el establecimiento de esta excepcional figura de responsabilidad.

Estas normas complementarias tienen un doble objeto. Por una lado, atenúan la situación anormal de responsabilidad objetiva, y por otro lado, aseguran el cumplimiento de la pretensión indemnizatoria. Este doble objeto se consagra de las siguientes formas:

a) Limitación del monto indemnizatorio

Como contrapartida al establecimiento de una responsabilidad en la cual perfectamente puede responderse por un daño en el que no hay la más mínima negligencia que lo haya motivado, es que el legislador suele establecer una limitación al monto de la indemnización. "Al proceder de esta manera, el legislador cumple un doble objetivo. Por una parte, se protege a los ciudadanos frente a las actividades que puedan ser peligrosas y, por otra, se evita que el dañador inocente pueda ver comprendido ilimitadamente su patrimonio"⁴⁰.

Es así como "la limitación de responsabilidad a un monto total o parcial de los daños forma parte usualmente de los sistemas que imponen responsabilidades objetivas"⁴¹.

En este orden de ideas, el DL 2.222 Ley de Navegación en su artículo 145 y 5 del Convenio citado establecen un límite de responsabilidad hasta un monto, teniendo como base de cálculo el tonelaje de registro de la nave.

En materia nuclear, se establece en el artículo 60 de la ley ya citada, un límite máximo de indemnización⁴².

En materia de responsabilidad en materia aeronáutica, distinguimos los dos supuestos ya enunciados:

- i) Responsabilidad en el transporte aéreo. Los artículos 144, 147 y 149 del CAe limitan la responsabilidad a una suma fija, si se trata de daños o muerte de personas, o variable, en caso de daños en la carga.
- ii) Responsabilidad por daños a terceros en la superficie. Los Artículos 158 y 160 del CAe establecen la limitación en consideración al peso de la aeronave.

b) Establecimiento de un seguro forzoso de responsabilidad

En la mayoría de los supuestos de responsabilidad objetiva se establece la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad. Y ello, con un objeto también doble: por un lado asegurar la eficacia de la indemnización de la víctima, y, por otro, diversificar el riesgo que conlleva un supuesto de responsabilidad objetiva. De esta forma son precisamente "los seguros los que hacen que sea soportable y justa la responsabilidad objetiva..."⁴³

En materia de responsabilidad por daños derivados de los derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas, por ejemplo, el artículo 146 del DL 2.222 y 7 del Convenio establecen la obligación, para toda nave de un determinado tonelaje, de contratar seguros u otra garantía financiera, por una cantidad equivalente al límite de responsabilidad impuesto por la misma ley.

La conclusión no puede tardar en llegar: el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado no contiene normas de limitación de responsabilidad ni de seguro obligatorio, por lo que no se enmarca dentro de la estructura normativa habitual de los supuestos de responsabilidad objetiva⁴⁴.

2ª Razón: Diferente fundamentación de un sistema de responsabilidad objetiva con la responsabilidad extracontractual del Estado.

Desde sus inicios, la responsabilidad ha estado ligada a la noción de reprochabilidad. Luego de que la norma⁴⁵ me ha indicado cuál debe ser mi conducta, debo responder por haber actuado en contravención a ella. Así, si genero daño con una acción permitida por ella, dicho daño de ninguna manera debe ser indemnizado. Sólo se responde por lo contrario a la ley⁴⁶. Unida a esta noción de antijuricidad, encontramos la idea de voluntariedad; sólo se responde por la infracción voluntaria a la ley. La influencia griega en este elemento es, desde luego, la más importante.

Esta noción de contrariedad voluntaria a un deber impuesto con anterioridad a la infracción se hará

contenido de la expresión francesa de *faute*, que, traducida dentro de nuestro sistema jurídico, nos llevará a la concepción de culpa⁴⁷. En este sentido, puede la culpa definirse como la infracción voluntaria al deber jurídico de diligencia. Y diligencia como la especial determinación de cómo deben hacerse las cosas. De esta forma puede verse que antijuricidad y culpa difícilmente pueden separarse sin caer en la desnaturalización de esta última.

Si bien en un primer momento el elemento de voluntariedad pudo presentar una característica interna, en cuanto se relacionaba con las intenciones psicológicas del individuo, ello no tardó en derivar en un modelo de comparación en abstracto. Este modelo no hace otra cosa que determinar cuál es el "deber jurídico de diligencia", ante cuya infracción se daba lugar a la imputación de la obligación indemnizatoria por los daños causados. Nacen los deberes del buen padre de familia o del hombre razonable y prudente.

El advenimiento de la Revolución Industrial genera un desarrollo de medios técnicos, que contribuyen al nacimiento de grandes empresas, que además de generar grandes ganancias, provocan innumerables riesgos de daños, no sólo en sus operadores, sino en terceros. Por un lado, colaboran en la obtención de una vida mejor, y, por otro, generan una fuerte peligrosidad. Ante esta situación, preciso fue aumentar el deber de diligencia que se les impuso a estas empresas, entendiendo que por ser tal el nivel de riesgo que generaban, la concreción del riesgo, en el siniestro, con mucha seguridad se debía al incumplimiento de este deber de diligencia.

De esta noción de riesgo nace la idea de la presunción de culpa. Y del todo útil resulta esta presunción, pues releva a la víctima de la carga de acreditarla (peso de la prueba) y, además, ello no es sino concreción de que el establecimiento del riesgo del daño resulta ser la prueba anticipada de la falta⁴⁸.

De acuerdo al nivel de riesgo, es decir, de acuerdo a la posibilidad de que el daño derive de dicho riesgo, se establecieron dos tipos de presunciones: (i) la legal, en donde se presume la culpa, pero se admite la prueba contraria, de aquel que pretende eximirse, probando que actuó de modo diligente (es decir, acreditando que cumplió con el deber legal impuesto). En este caso, según dispone el artículo 47 del CC "se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley". De este modo, vemos que esta presunción no significa sino una inversión de la carga probatoria, y (ii) la de derecho, en donde no es posible probar el cumplimiento de la obligación de diligencia: aquí la falta existe por el mero hecho de haberse concretado el riesgo. La culpa existe por existir riesgo. En este caso, hay relevo absoluto de la prueba.

La presunción es de derecho cuando el nivel de producción de riesgo es tan alto que ello amerita convertir el riesgo en falta. Podría decirse que el riesgo ya es la falta y, por tanto, para que exista obligación indemnizatoria sólo falta el daño. Este supuesto da lugar a la responsabilidad objetiva: el demandante sólo requiere probar la existencia de daño y la relación causal, para que se dé lugar a su pretensión indemnizatoria.

Así, por ejemplo, en materia nuclear el fundamento de la responsabilidad objetiva es el alto nivel de riesgo, lo que obliga al explotador a tomar las máximas medidas de resguardo incluso contra accidentes naturales, a lo que hay que agregar "el riesgo de traslado, custodia o uso inapropiado de sustancias radioactivas"⁴⁹.

En materia de responsabilidad por daños derivados de los derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas, es necesario tener presente que la navegación comercial "es una actividad que ha sido y es fundamental en el desarrollo de las naciones, pero es al mismo tiempo un peligro permanente para el medio ambiente marino"⁵⁰.

En materia de responsabilidad aeronáutica, la fundamentación también radica en el riesgo creado, "ya que en esta actividad los accidentes suelen ocurrir y el sistema tradicional de la culpa no hubiese servido como respuesta a las víctimas..."⁵¹.

En este estado de cosas, teniendo claro que el sistema de presunción de derecho de culpa o falta sólo procede en materia de actividades riesgosas, sólo nos queda por concluir que, cuando la actividad practicada por la Administración del Estado se enmarque dentro de una acción riesgosa, se encontrará bien fundamentada la presunción de derecho de su falta. De este modo, deberá responder si ejerce acciones nucleares, aeronáuticas o derrames de sustancias nocivas en aguas marinas. En otros casos podrá generarse una inversión probatoria, como por ejemplo en materia de responsabilidad naviera, o tal vez asumirse una presunción legal de falta como de elaboración jurisprudencial cuando la acción estatal sea riesgosa. Mas, en los demás casos, en los que no se encuentre presente un evento de riesgo, no está fundamentada una presunción de falta, por lo que ella deberá ser acreditada por quien pretenda imputar una obligación indemnizatoria.

3ª Razón: Objeción grave en el razonamiento judicial de responsabilidad objetiva ante un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado.

La noción de responsabilidad por el riesgo creado releva al Juez de tener que determinar la existencia de falta de diligencia en la acción dañosa. El riesgo muestra anticipadamente la falta, por lo que sólo es necesario este antecedente para tenerla por establecida. Ello formará parte del razonamiento judicial al momento de la dictación de la sentencia. Y sabrá el juez que esta falta en la determinación de la culpa no

será sino la contrapartida de un cúmulo de situaciones provechosas para el responsable: así, habrá actuado éste generando un riesgo para terceros, tendrá seguramente un límite en su indemnización, y en muchas ocasiones no será ni siquiera él quien responda, sino el seguro que por obligación tuvo que contratar. Así las cosas, el Tribunal no trepidará en atribuir la obligación indemnizatoria a quien ejerció la acción dañosa.

Mas cosa distinta sucede cuando ninguno de estos supuestos se incorpora en el razonamiento judicial, es decir, no existe riesgo en la acción dañosa, no hay una formulación expresa de responsabilidad objetiva, no hay límite de responsabilidad ni un seguro obligatorio. Aquí el Tribunal de seguro entrará a examinar la reprochabilidad en la acción dañosa.

Analicemos esta situación a la luz del derecho nacional y del derecho comparado.

A. Derecho Nacional

Por un lado, diversas son las sentencias nacionales en que se hace alusión expresa a la vigencia en Chile de una responsabilidad estatal objetiva, es decir, en la que bastaría la mera causación material para dar lugar a la pretensión indemnizatoria. Sin embargo, al momento de examinar los efectos que esta adopción produciría en el ordenamiento jurídico nacional, no deberá sorprendernos el hecho de que en todas las sentencias en que se hace mención a la vigencia de la responsabilidad objetiva se aborde, igualmente, el problema de la falta de servicio, aun cuando, siendo coherentes con los criterios de objetividad, éste sería absolutamente imprescindible. Y ello por una razón inevitable: en la responsabilidad estatal no existe razón alguna para presumir de derecho (o excluir según algunos) la reprochabilidad de la Administración del Estado. Así como en la responsabilidad civil se requiere culpa, aquí se necesita la falta de servicio.

Y el símil de la falta de servicio o culpa de la persona jurídica Estado con la culpa particular es evidente. Se expresa en el fallo *Lasval Limitada con Fisco de Chile* que "si la causa del accidente es la falta de señalización adecuada, existe un hecho culposo o negligente que ha inferido daño al actor y en consecuencia debe ser indemnizado totalmente"⁵². Otro ejemplo en el mismo sentido sería el siguiente: "Si se desprende en forma indubitada que el autor del accidente por manejo descuidado de su vehículo de cargo fiscal se encontraba en servicio y desempeñando funciones propias de su cargo... coloca al Fisco en situación de responder civilmente"⁵³.

En *Sociedad Fuchs y Plath con Fisco de Chile* se condena al Fisco por haber ordenado, a través del órgano respectivo, arrojar al mar una partida de cervezas pertenecientes a la Sociedad, con el objeto de impedir que una turba de huelguistas se apoderara de ellas, y las utilizara en contra de las fuerzas de policía. Establece el considerando 2º de la resolución condenatoria "que aparecen asimismo de los autos que tal daño ha podido imputarse a negligencia de las personas encargadas de resguardar y mantener el orden público"⁵⁴.

En el fallo *Hexagon con Fisco de Chile*, se condena al Estado por los daños que causó el Servicio de Impuestos Internos al demandante con motivo de la paralización de las liquidaciones de importación de ciertos automóviles. Establece el considerando 17º del fallo "que en este orden de ideas -requisito de culpabilidad administrativa- preciso es recordar que como resultado de todo lo actuado en el recurso de protección constitucional tantas veces mencionado en autos, la Corte Suprema, en fallo firme, dejó establecida la existencia de demasías funcionarias graves en la conducta omisiva del órgano administrativo, lo que importa calificarla como antijurídica -arbitrariedad, ilegalidad-, en lo que reside la esencia de la culpabilidad; la cual no puede ya ser puesta en duda jurisdiccionalmente, ni ser inaceptable, ni contradicha por quien es inferior jerárquico del tribunal supremo"⁵⁵.

En el mismo fallo *Tirado con Municipalidad de La Reina*, se condena al Fisco a indemnizar los daños provocados al demandante, con motivo de la caída de éste en una excavación profunda, situada a menos de dos metros del paradero de buses. Establece el considerando 4º "que en otras palabras la municipalidad demandada, a través de los organismos con que cuenta, no fue eficiente para desempeñar el servicio público de inspección recién indicado que debía prestar a la comunidad por mandato legal, consecuente con las facultades que posee de administración de los bienes nacionales de derecho público dentro de la comuna. Esta falta de control permitió la existencia de la excavación referida en una zona poco iluminada, sin barreras de contención y sin señales de advertencia, por lo que debe concluir, además, teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjo el suceso que afectó a la señora Tirado, que la anotada deficiencia está en relación de causa a efecto, por lo que atañe a la caída y a las lesiones que sufrió la demandante"⁵⁶. Claros aparecen en este fallo los elementos de responsabilidad estatal: un acto u omisión de la Administración, un daño, una falta de diligencia o falta de servicio y una relación de causalidad entre el daño y la falta.

Más ejemplos en igual sentido los constituyen el fallo en causa *Villar con Servicio de Salud del área Hospitalaria Central*, en donde se hace responsable al Fisco "al no cumplirse las condiciones mínimas que deben cumplir los Bancos de Sangre"⁵⁷, y el fallo en causa *Morales con Servicio de Salud de Coquimbo*, en que la responsabilidad surge porque "hubo falta del debido servicio en la atención de la paciente..."⁵⁸.

Curioso, por decir lo menos, resulta que en todos los fallos se deje por establecida la falta de servicio administrativa. En ellos se tiene por acreditado que el servicio actuó de mala forma, con infracción de los deberes exigidos por la ley, de forma deficiente o incluso tardíamente. Estos elementos integran la noción de falta servicio, claro elemento de reprochabilidad administrativa.

B. Derecho Comparado

La verdad es que estamos en condiciones de afirmar que ningún sistema de responsabilidad extracontractual del Estado ha asumido en forma coherente un modelo de responsabilidad objetiva.

Ejemplo de esto es el sistema español. La responsabilidad de las Administraciones Públicas españolas resulta ser, al decir de muchos, uno de los sistemas indemnizatorios más perfectos y ejemplo para muchas legislaciones latinoamericanas. Se ha construido al alero de la institución de la "lesión que no tiene el particular el deber de soportar", expresión acuñada por García de Enterría y hoy reconocida en la última modificación a la normativa vigente en España. Por un lado, se concretiza esta pretensión en el artículo 122 de la Ley de Expropiación Forzosa y artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, hoy artículo 139 de la LRJPAC, que ordena la indemnización ante toda lesión que "sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos". Así, la noción de lesión producida sin que exista deber de soportarla, unida a la responsabilidad derivada tanto del funcionamiento normal como del anormal de los servicios públicos, hace de la responsabilidad administrativa española lo que muchos han denominado un claro sistema de responsabilidad objetiva del Estado. A todo ello debe unirse lo dispuesto en el Artículo 106 de la CE, cuando expresa que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos "siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", es decir, no se distingue si el funcionamiento es normal o anormal, basta que la administración funcione para que responda. Y lo hemos anunciado antes; la estructura normativa del sistema de responsabilidad estatal española coincide con la estructura de las normas que consagran responsabilidad objetiva.

Sin embargo, lo que en forma de texto es tan claro, no lo es tanto en la jurisprudencia. Es común encontramos con sentencias en que los tribunales examinan a qué están obligadas las Administraciones Públicas, en qué condiciones han prestado sus servicios, si lo han hecho en forma racional, razonada o proporcional, todas ellas características inherentes al funcionamiento administrativo, que contrastan al órgano causante del daño, con una Administración Pública eficiente e ideal. Este juicio de eficiencia y eficacia ideal se realiza en el sistema francés y chileno en la determinación del elemento de responsabilidad llamado falta de servicio (o, como lo llaman algunos, la acreditación de la culpa del servicio), entendida ésta como la constatación de que el servicio no ha actuado debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma deficiente o tardía.

En el derecho español, el juicio de eficacia o diligencia administrativa no se encuentra radicado en un elemento individual como es la falta de servicio. Dicho juicio debe ser absorbido en otros elementos o instituciones. El examen de diligencia o eficacia administrativa en el derecho español siempre se realiza, aun cuando hipotéticamente deba estar ausente⁵⁹.

Así, la falta de servicio es absorbida, por ejemplo, por la relación de causalidad, cuando se estima que por medio del juicio de negligencia estatal se da por establecida la relación de causalidad⁶⁰. O, también, para eximir a la administración, cuando debido a "la naturaleza del factor causante del accidente, unas piedras en el margen derecho de la calzada y la posibilidad de que su colocación se hubiera producido poco antes de ocasionarse aquél hace, por muy estricto concepto que se tenga de esa función de vigilancia, que no quepa imputar a la administración local demandada el incumplimiento de aquella o cumplimiento defectuoso de la misma, por no eliminar perentoriamente y con toda urgencia el obstáculo que en un momento determinado se puede producir de forma tan repentina como impensable, por lo que falta el nexo causal..."⁶¹. En este mismo sentido se falla por no eliminar una mancha de aceite de la carretera, que genera daño⁶². Lo mismo a propósito de atentados terroristas⁶³.

También se absorbe la falta de servicio en la antijuridicidad. Así, de conceptos como perjuicio antijurídico⁶⁴, daño injusto⁶⁵, daño antijurídico⁶⁶, lesión antijurídica⁶⁷, antijuridicidad del daño o lesión⁶⁸, ilegalidad del perjuicio⁶⁹, y resultado dañoso no justificado⁷⁰, se derivan diversas consecuencias, que admiten que el tribunal pueda insertar en ellos los criterios de la falta de servicio, estableciendo, por ejemplo, que no es antijurídico el daño provocado cuando debe ser considerado como carga social, o que no existe lesión en daños por acto lícito, por imposibilidad de ser antijurídico⁷¹.

La falta de servicio se absorbe también en el elemento fuerza mayor, el cual, por lo demás, es un elemento de consagración expresa. Tanto el artículo 106.2 de la CE como el 139 de la LRJPAC hacen alusión a que procederá la indemnización "salvo en los casos de fuerza mayor". Se exige entonces que la fuerza deba ser mayor, pero mayor ¿respecto de qué? Naturalmente, mayor que la obligación de diligencia administrativa⁷². Así, por ejemplo, alguna jurisprudencia se refiere a que "el concepto de fuerza mayor debe quedar ceñido al suceso que este fuera del círculo de actuación obligado"⁷³. Estaremos, entonces, en presencia de fuerza mayor cuando la fuerza dañosa de un evento sea mayor al poder de evitabilidad de dichos daños que tiene la Administración, según su especial obligación de diligencia administrativa. En materia de lluvias, por ejemplo, no se responderá cada vez que ellas produzcan daño sino que se tomara en cuenta especialmente las "máximas meteorológicas conocidas"⁷⁴. Ante la existencia de la fuerza mayor queda algo establecido: que la Administración no ha podido evitar el daño, es decir, que su imposibilidad de atenuar los perjuicios provocados no se ha debido a su falta de servicio.

Por último, el sistema español absorbe los criterios de reprochabilidad administrativa en la nueva causal de exclusión de indemnización establecida en la Ley 4/1999 modificatoria de la LRJPAC, que estableció que "no

serán indemnizables los daños que se derivan de hechos y circunstancias que no se hubiesen podido prevenir o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos..."75. Se hace entonces evidente la necesidad de los sentenciadores españoles de hoy, de tener que examinar la situación o el estado del órgano administrativo en un momento determinado, con el objeto de evaluar su particular disposición a evitar un resultado dañoso.

III. Conclusiones

El estudio de las diversas características que se han formulado por la doctrina administrativa nos permite aceptar algunas y rechazar otras. La pretensión poco feliz de pretender dar a la responsabilidad extracontractual del Estado un status diferente a la responsabilidad civil debe ser rechazada. Ante la infracción a la ley y la Constitución, tanto particulares como órganos públicos responden de la misma forma. Más aún, cuando la sanción se traduzca en la restitución patrimonial. El Estado no debe tener privilegios ante esta sanción, mas tampoco debe tener castigos que no se impongan ni siquiera en el nivel privado.

Nuestra labor futura debe estar encaminada a estudiar la responsabilidad por falta de servicio, concretizando la esfera del deber de cuidado exigido a la Administración en el llamado standard de diligencia administrativa, con el objeto de colaborar con la jurisprudencia en la determinación de él, labor interminable, pero profundamente científica, que hace más razonable y justa la sanción y que permite incentivar a que los órganos estatales actúen sin miedo, de forma óptima y de acuerdo a sus reales capacidades.

En esta idea de ir desterrando las nociones de responsabilidad objetiva, asumiendo nuestro sistema de falta de servicio, ya encontramos colaboraciones jurisprudenciales como aquella que afirma que la responsabilidad extracontractual del Estado no es una responsabilidad objetiva en la cual "sea suficiente para su concurrencia la existencia de vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño, sino que se requiere probar fehacientemente la falta de servicio, o en otros términos, la culpa del servicio, vale decir, acreditar que el servicio no actuó o, si lo hizo, lo realizó de manera deficiente y de acuerdo a la realidad objetiva y relativa de ese servicio..."76.

Su idea es tan clara como indeterminada. Sin embargo, precisamente en eso está su fortaleza.

* Ponencia presentada en las XXXII Jornadas Chilenas de Derecho Público efectuadas los días 22 al 24 de noviembre de 2001 y organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso.

Abreviaciones: AT: Audiencia Territorial Española. CA: Corte de Apelaciones. CS: Corte Suprema. CAE: Código Aeronáutico. CC: Código Civil. CE: Constitución española. CPR: Constitución Política de la República de Chile. GJ: Gaceta Jurídica. LN: Ley de Navegación. LL: Ediciones La Ley, Responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas, Monografías de Jurisprudencia, 1992, Nº 2. LRJAPC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Modificada por Ley 4-1999 de 26 de noviembre de 1999). España. RAP: Revista de Administración Pública. RD: Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado. RCHD: Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. RDJ: Revista de Derecho y Jurisprudencia. RDUCV: Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso. TS: Tribunal Supremo.

** Raúl Letelier Wartenberg. Abogado de la Procuraduría Fiscal de Punta Arenas del Consejo de Defensa del Estado, Profesor de Derecho Público en la Universidad de Magallanes.

1 Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, T. II, pág. 308.

2 Todo esto, naturalmente, pasando por alto que resulta bastante difícil no encontrar antecedentes constitucionales, tanto en la responsabilidad civil como por ejemplo en la misma protección al patrimonio, como en la responsabilidad penal, en un grupo no menor de garantías fundamentales.

3 Soto, supra nota 1, pág. 308.

4 Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, T. II, pág. 231. "Cfr. El ant. tort y el inglés tort. *Ibidem*, pág. 231. Tort que igualmente define la responsabilidad extracontractual del Estado inglés.

5 Guzmán, supra nota 4, pág. 231. Así "el estudio de los crímenes y sus penas pertenece a lo que hoy llamamos derecho penal o criminal..." (*ibidem*, pág. 232).

6 Guzmán, supra nota 4, pág. 232.

7 Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, 1943, págs. 27 y sgtes.

8 Mazeaud, Henry y Leon y Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, T. I, v. 1, págs. 5 y sgtes.

9 Esta diferencia es anunciada por Etcheverry cuando expresa "la ley también impone otras obligaciones pecuniarias al condenado como la de indemnizar los daños y perjuicios causados por la víctima del delito y el pago de las costas de la causa, pero estas obligaciones se diferencian de la multa en que no tienen carácter sancionatorio, sino meramente indemnizatorio o retributivo". Etcheverry, Alfredo, *Derecho Penal*, Carlo Gibbs Editor, T. II, pág. 170. Respecto del comiso entendido como la pérdida de los efectos del delito, éste es incomparable con las sanciones civiles de indemnización, pues sólo tiene por objeto el procurar la restitución de los instrumentos de que fue despojada la víctima del delito, o del o los instrumentos que sirvieron para la ejecución del mismo. Sin embargo, menester es reconocer que la doctrina y la jurisprudencia avanza a paso firme a encontrar efectos indemnizatorios en el comiso.

10 Incluso diversa jurisprudencia llama responsabilidad civil a esta responsabilidad estatal. v. gr., CA

Valparaíso, 28, noviembre, 1988, en GJ, Nº 101, pág. 48 o acentúa su evidente contenido patrimonial como en CS, 27, noviembre, 2000, Aedo con Fisco de Chile, Rol Nº 852-00 o en CA Santiago, 10, octubre, 2000, Contra Zambrano García Hernán, Rol Nº 32.988-98.

11 Daniel Argandoña, Manuel, La organización administrativa en Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pág. 47.

12 Alessandri, supra nota 7, pág. 154.

13 Soto, supra nota 1, pág. 309.

14 Incluso algunos, con respecto a la noción de culpa, no distinguen entre la culpa contractual y la extracontractual. Así, al decir de Cogliolo ambas culpas son jurídicamente reguladas del mismo modo. A su juicio, "la culpa es una sola: no haber hecho lo que un hombre medio habría hecho en aquellas circunstancias de hecho (y entre éstas está el contrato concluido), o haber hecho aquello que un hombre medio no habría hecho". Traviesas Miguel, "La Culpa" en Revista de Derecho Privado, Año XIII, Nº156, pág. 289.

15 Onfray Vivanco, Arturo, "Reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en RD, Año 2, Nº 1, pág. 165.

16 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones, Instituto García Oviedo, 1960, págs. 73 y 74. Concluye el autor con un acabado estudio de la noción de supraconcepto (Oberbegriff).

Respecto a la subsidiariedad del derecho civil en relación al administrado se expone que "un primer paso para alcanzar tal solución lo constituyen las posiciones adoptadas por Hauriou y Schack. Dice el primero que en caso de silencio de las reglas administrativas no se trata de aplicar en su letra las leyes o los códigos de derecho privado, sino las reglas de fondo del mismo, procediendo en tal caso a una adaptación de las reglas de derecho privado, teniendo en cuenta los caracteres propios del Derecho Administrativo. Schack, formulando la construcción en torno a la analogía, habla, por su parte, de determinados Gemeinsamer Rechtsgedanke, arrancados de las formulaciones jurídicas existentes, esto es, de las civiles y transportados a aquellas relaciones en las que la laguna aparece.

La conclusión general del autor, tanto en los sistemas francés, español y alemán, es que "tanto las instituciones civiles como los mismos conceptos fundamentales (Grundbegriffe) del derecho privado sirven en la medida que tal posibilidad es viable, como esquema estructural para la formación de una serie de conceptos y para la configuración de no pocas instituciones administrativas" (Martín-Retortillo, ibídem, págs. 39 y sgtes.).

17 CA Santiago, 18, enero, 1999, Costa con Fisco de Chile, Rol Nº 5.137-96.

18 En este sentido CA Santiago, 10, octubre, 2000, Contra Zambrano García Hernán, Rol Nº 32.988-98, la cual, antes de aplicar la legislación privada, da por establecido que el hecho dañoso es constitutivo de falta de servicio desde el punto de vista civil.

19 CS, 27, noviembre, 2000, Aedo con Fisco de Chile, Rol Nº 852-00. En este mismo sentido, CA Santiago, 6, julio, 2001, Robles con Fisco de Chile, Rol Nº 4.381-97, cuando refiriéndose a la prescripción de la acción indemnizatoria y oponiéndola a la de nulidad de derecho público expresa que "no ocurre lo mismo con las acciones de restitución de vehículos y de indemnización de perjuicios, que se han deducido también por el demandante y que se hace derivar de la acción de nulidad de derecho público antes referida, por cuanto dicen relación con los aspectos materiales y patrimoniales que pretende obtener el actor...". También CA Concepción, 13, octubre, 2000, Intveen con Banco Bchif y Fisco de Chile, Rol Nº 1.768-99 cuando expresa que "la acción destinada a hacer efectiva la responsabilidad del Estado por falta de servicio prescribe en el plazo señalado en el artículo 2.332 del Código Civil, esto es, cuatro años desde la ejecución del acto que causó el daño". Cfr. CA Santiago, 2 diciembre, 1999, Ulloa con Fisco de Chile, Rol Nº 3.034-98 y CA Santiago, 18, enero, 1999, Peña con Fisco de Chile, Rol Nº 5.681-96. También, y en este sentido, se ha resuelto la improcedencia de la suspensión de la prescripción, por ser ésta de corto tiempo en CS, 2, julio, 1997, Olate con Fisco de Chile, Rol Nº 1917-97.

20 CA Santiago, 3, agosto, 2001, Tiscornia con Fisco de Chile, Rol Nº 6.471-97. En este sentido, el caso fortuito o fuerza mayor se determina precisamente a través de la delimitación del standard de funcionamiento administrativo. Expresa el fallo que "en efecto consta... que en la construcción del trazado vial en el sector de La Pirámide o Huechuraba de la Avenida Américo Vespucio se respetaron las normas internacionales correspondientes, se señaló adecuadamente en cuanto a los límites de velocidad y curvas peligrosas, sin que, de contrario, se hubiera acreditado que dicho camino que, es de público conocimiento que posee un altísimo tránsito vehicular haya derrumbes semejantes que permitan presumir una mantención inadecuada".

21 Esta problemática revela de forma patente lo deficiente que resulta día a día la clasificación de normas de derecho público y privado. Su evidente desfiguración ya se denota en materias en que puede ser perfectamente posible examinar un contenido público rodeado de una legislación privada. De alguna manera se hace necesario volver a la visión de Ulpiano, en cuanto a que esta clasificación más que una partición representa dos perspectivas del estudio de una misma norma. La traducción correcta del texto romano así lo da a entender. En este sentido Squella, Narducci, Agustín, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pág. 364.

22 Soto, supra nota 1, págs. 309-310.

23 Caldera Delgado, Hugo, Sistema de la Responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pág. 45. En este mismo sentido causa CA, Santiago, 10, diciembre, 1993, Servicio Agrícola Ganadero, Rol Nº 1.925-92.

24 CA Santiago, 20, agosto, 1998, Castillo Guzmán, Cristina con Fisco de Chile, Rol Nº 4.883-95.

25 CA Santiago, 10, octubre, 2000, Contra Zambrano García Hernán, Rol Nº 32.988-98. Y en este mismo sentido, muchos de los fallos citados para sostener la responsabilidad objetiva en Vásquez Rogat, Andrés Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud, Editorial Conosur, 1999, págs. 131 y sgtes., dan por

sentada la falta personal, a saber: en Bravo con Servicio de Salud Metropolitano es la "impudencia temeraria" del anestésista que abandona el box en que se encuentra la paciente cuando la anestesia todavía no completaba sus efectos, lo que origina responsabilidad estatal (CS, 4, octubre, 1984); en Cancino con Servicio de Salud del Maule la da "la conducta negligente y descuidada del equipo médico y auxiliar paramédico" (CA Talca, 25, septiembre, 1990), y en Meza con Servicio de Salud Metropolitano Occidente está dada por la "falta de servicio" cometida por el Servicio asistencial y motivado a que "los encausados ejercitaron el hecho imprudente en sus condiciones de dependientes de una institución que en la oportunidad actuó como persona jurídica" (CS, 30, diciembre, 1992).

26 TS Catalunya, 19, abril, 1995 citado por Sambola Cabrer, Xavier "Notas en relación con la prejudicialidad penal en los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas" en www.vlex.com, 10/12/00 (11:30 hrs).

27 Y ello debido a que el objeto de esta disposición es precisamente que "el juez civil pueda contar, como elemento para la decisión de su fallo, con una declaración firme sobre la existencia del delito y no sobre la inexistencia del mismo". CS, 15, diciembre, 1948, en RDJ, T. 45, 1ª, pág. 233.

28 CA Santiago, 9, julio, 2001, Flores con Fisco de Chile, Rol Nº 915-99.

29 En este sentido, la distinción que realiza Pierry respecto de delitos en el ejercicio de la función, con ocasión de la función y sin relación con la función, determinará de forma certera el ámbito de la falta personal y el de la falta personalísima. Vid. Pierry Arrau, Pedro "Responsabilidad Extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios" en RDUCV, Nº 7 págs. 294 y sgtes. Mas en su análisis, siguiendo el modelo francés, se opone la falta personal a la falta de servicio. El Estado es entonces responsable de falta personal sólo por aplicación legal, mas no considera que la falta personal, en cuanto acción estatal culpable del funcionario es precisamente constitutiva de falta de servicio..

30 Pierry, supra nota 29, pág. 284.

31 CA Punta Arenas, en cuanto confirma sentencia de 1ª instancia de 25, abril de 2001, contra Vargas Lepio, Rol Nº 20.500-B.

32 Esta opinión ha sido sostenida por Fiamma, cuando expresa que "de conformidad al sistema establecido en la Constitución, la víctima no tiene obligación alguna de carácter probatorio relacionada con la conducta de la Administración. El establecimiento de este requisito (falta de servicio) para la procedencia de la responsabilidad, sea en el sistema flexible del Artículo 83 de la ley de Municipalidades, sea en el rígido del Artículo 44 de la ley sobre bases generales de la Administración del Estado, es ajeno al texto constitucional y por tanto inconstitucional". Fiamma O., Gustavo "La Acción Constitucional de la Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicio" en RCHD, Nº 16, pág. 439.

33 CS, 24, marzo, 1981, en RDJ, T. 78, 5ª, pág. 35.

34 Así, por ejemplo, en materia aérea expresa la jurisprudencia: "La responsabilidad objetiva no ha sido impuesta en nuestra legislación de manera general en materia de transporte aéreo, como lo expresan los actores, ya que la norma del artículo 52 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 221, que ellos invocan en apoyo de su tesis sólo tiene por objeto establecer la solidaridad a que él se refiere, no pudiendo ampliarse su referido alcance" (CA Santiago, 9, marzo, 1987, en GJ, Nº 81, pág. 48).

35 Expresa la jurisprudencia que "La responsabilidad objetiva... no puede establecerse con una interpretación extensiva de las normas legales, pues por ser de carácter excepcional, debe establecerse en forma expresa" (CA Santiago, 31, enero, 1992 en RDJ T. LXXXIX, 2ª, 2, pág. 15).

36 En este mismo sentido el Artículo 3 del Convenio Internacional sobre Responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (DL 1.808 de 26 de mayo de 1997, promulgado por DS RREE 475 de 12 de agosto de 1997).

37 Aun cuando algunos así lo han entendido. Vid., infra nota 72, págs. 84 y sgtes.

38 Explica Couzinet que "selon certains auteurs, la force majeure en se situerait pas su le lien de causalité mais mettrait seulement en évidence l'absence de faute". Couzinet Jean-Francois (cf), "Cas de force majeure et cas fortuit: Causes d'exoneration de la responsabilité administrative" en RDP, Nº 5-1993, pág. 1388.

39 En este sentido, al menos, aparece de la discusión de esta norma en la CENC en su sesión de 410 de 1978.

40 Yuseff Quirós, Gonzalo, Fundamentos de Responsabilidad Civil y la Responsabilidad Objetiva, Ediciones Congreso, 2000, pág. 210.

41 Acosta Ramírez, Vicente, La Responsabilidad Objetiva, Cuadernos Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, 1996, Nº 6, pág. 24.

42 A lo cual se suma el establecimiento en el Artículo 66 de un plazo especial de prescripción de la acción indemnizatoria de 10 años.

43 Lagos Narváez, Patricio, La Responsabilidad Objetiva, Paced Editores, 1990, pág. 41.

44 De hecho, una de las graves críticas que hacen los que consideran supuesto de responsabilidad objetiva por aplicación de pesticidas es precisamente su carencia de limitación de responsabilidad. Y ello sólo se explicaría debido a que a la fecha de dictación de la ley sólo se suponía daño en las plantaciones y no en la vida de los que lo aplican. Ello se desprendería precisamente del mensaje de esta ley. Vid Lagos, supra nota 43, pág. 60.

45 Y aquí entendemos norma no sólo en sentido de norma jurídica.

46 "No morirán los padres por la culpa de los hijos, ni los hijos por la culpa de los padres; cada uno sea condenado a muerte por el pecado suyo" (Deuteronomio, 24, 16, Traduc. Nacar-Colunga). Y el pecado entendido como transgresión voluntaria a la ley de Dios.

47 Así, el Artículo 1.382 del Código Civil francés expresará: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer", traducido al español como "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a repararlo a aquél por culpa del cual ha sucedido", y

recogido luego en nuestro Artículo 2.314 en relación al Artículo 2.284 del CC.

48 Y esta presunción de culpa que da lugar a la responsabilidad puede verse incluso en ordenamientos tan antiguos como el romano. Incluso las Sagradas Escrituras hacen alusión a esta presunción. En Éxodo 21, 33-34 se señala que "Si uno abre una cisterna o cava una y no la cubre y cayere en ella un buey o un asno, pagará el dueño el precio al dueño de la bestia, pero lo muerto será para él" (traduc. Nacar-Colunga). Curioso caso de presunción de falta. Puede verse claramente el riesgo (dejar una cisterna abierta) e incluso una especie de limitación de responsabilidad (en cuanto la bestia caída será para el responsable).

49 Yuseff, supra nota 40, pág. 225.

50 Yuseff, supra nota 40, pág. 236.

51 Yuseff, supra nota 40, pág. 231.

52 CS, 18, noviembre, 1998, Transportes Lasval Ltda. con Fisco de Chile, Rol Nº 835-98.

53 CA Valparaíso, 28, noviembre, 1988, en GJ, Nº 101, pág. 48.

54 CA Santiago, 11, enero, 1908, en DJ, T. 5, págs. 55 y sgtes. Y dicha negligencia se verá explicitada en el numeral 4º de la parte resolutive, cuando se expresa "que el deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público no la faculta para adoptar el primer medio que se le presente ni la exime de la obligación de concurrir, entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares".

55 CS, 28, julio, 1987, en RDJ, T. 84, 5ª, págs. 217 y sgtes.

56 CS, supra nota 33.

57 CS, 22, marzo, 1989, citado por Vásquez, supra nota 25, pág. 189.

58 CA La Serena, 22, noviembre, 1989 citado por Vásquez, supra nota 25, pág. 209.

59 Sobre el particular nuestro trabajo "La falta de servicio en España", en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, Año 1, Nº 3, págs. 63 y sgtes.

60 Así, por ejemplo, a consecuencia del anegamiento de diversas avenidas y el desbordamiento del cauce de un río se producen daños en patrimonios particulares. Precisamente el haber construido tubos con una capacidad de desagüe mínima hace responder a la administración, debido a que dicha construcción "hace presumir una negligencia que permite establecer la relación causal entre ésta y el daño producido". Se da lugar a la pretensión de la actora una vez "acreditados los daños efectivamente producidos en el patrimonio de la actora, así como que tales daños tienen por causa determinante el defectuoso funcionamiento de un servicio". TS, 22, abr., 1989 en LL, Nº 130, p. 39.

61 TS Canarias, Sala de lo contencioso-administrativo de Santa Cruz de Tenerife, 14, sep., 1989 en LL, Nº 363, p. 107.

62 TS, 11, feb., 1987 en LL, Nº 634, p. 193 o AT Bilbao, 6, jul., 1988 en LL, Nº 636, p. 194.

63 Así, se ha fallado "que en el caso de autos no cabe imputar negligencia en la vigilancia generadora de responsabilidad consecuencia de aquel actuar, por las razones siguientes: a) porque la naturaleza del acto de terrorismo causante del siniestro, con el empleo de unos medios de destrucción como los utilizados, por elementos especializados en la técnica de agresión, parece que se ha de entender racionalmente que excede de las normales funciones de policía administrativa, encaminadas a mantener el funcionamiento del puerto, b) ...que el acto de ataque en esa forma realizado necesariamente escapa a la más atenta vigilancia normal exigible a los celadores encargados de la policía del recinto portuario...". TS, 15, noviembre, 1985, en RAP, Nº 110, p. 207.

64 AT Bilbao, 6, jul., 1988 en LL, Nº 125, p. 37.

65 TS, 27, mar., 1980, en LL, Nº 25, p. 9.

66 TS, 27, sep., 1985 en LL, Nº 57, p. 17 o TS Galicia, Sala de lo contencioso-administrativo, 12, jun., 1989 en LL, Nº 128, p. 38.

67 TS, 6, feb., 1988 en LL, Nº 122, p. 36.

68 TS, 10, jun., 1986 en LL, Nº 61, p. 18.

69 TS, 20, feb., 1989 en LL, Nº 82, p. 24.

70 TS, 25, sep., 1984 en LL, Nº 105, p. 31, o TS, 20, sep., 1985 en LL, Nº 110, p. 32 o TS, 29, may., 1987, en LL, Nº 121, p. 36 o TS, 17, feb., 1989 en LL, Nº 126, p. 37.

71 TS, 10, may., 1983 en LL, Nº 140, p. 42.

72 Sobre la fuerza mayor en el sistema español, ver nuestro trabajo La fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado, Tesis de Licenciatura, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2000, especialmente p. 44 y sgtes.

73 TS, 3, nov., 1988, en LL, Nº 708, p. 217.

74 TS, 30, nov., 1981, en LL, Nº 654, p. 201.

75 Incluso antes de la vigencia de la modificación, y principalmente en materia de servicios de salud, ya se había entendido que no responde el Estado por cualquier daño debido a que "la medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de los enfermos y la evitación de la irreversibilidad de ciertos estados patológicos: tan absurda es esta pretensión que es fácil imaginar la situación a la que se llegaría si la Administración tuviera que responder en cuantos casos la intervención de la Sanidad Pública no lograra resultados satisfactorios a los enfermos tratados por la misma", TS, 19, abril, 1988, en LL, Nº 560, pág. 173.

76 CA Concepción, 27, julio, 2001, Figueroa con Fisco de Chile, Rol Nº 445-00.

Revista de Derecho, Nº 6 (abril 2002).

