



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Curso: Derecho Administrativo
Profesor: Rolando Pantoja Bauzá
Fecha: Octubre de 2001.

(Apuntes preparados por la ayudante del Departamento de Derecho Público doña Andrea Paola Ruiz Rosas para el curso de Derecho Administrativo 2001)

EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

I. NOCIONES PRELIMINARES:

1. Concepto de Responsabilidad.

Desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad, sin otro apelativo, es una situación jurídica pasiva. Como situación jurídica es un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social que el ordenamiento jurídico valora y regula, y como, situación jurídica pasiva implica un gravamen para el titular. Es importante destacar, que el hecho de vivir en sociedad impone a todo individuo el deber de comportarse de acuerdo a lo establecido en la ley (en sentido amplio), a lo establecido en los contratos que celebra, y a lo establecido en las normas básicas de convivencia que nos obligan a actuar sin provocar daño a otros. Si el individuo no se comporta de acuerdo a estos deberes o normas incurre en responsabilidad, y es por este motivo que el ordenamiento jurídico se preocupa de esta situación y la regula.

Por lo tanto, entiéndese por **responsabilidad** *la situación jurídica pasiva que consiste en la sujeción a la sanción contenida en la norma violada o, como dicen otros, en la sujeción a los efectos reactivos del ordenamiento jurídico dimanante del incumplimiento de un deber anterior.* (Primeramente aparece el deber, conjuntamente y a condición del incumplimiento de éste deber, la responsabilidad por no haberlo cumplido.)

2. Elementos de la Responsabilidad.

Sabemos que para que nazca la responsabilidad es requisito la concurrencia de los elementos que a continuación se numeran, sin embargo, no todos son esenciales, por lo que en determinados tipos de responsabilidad extracontractual pueden concurrir como no. (Consideraremos como tales los que la doctrina en general, sostiene que corresponden a los elementos de la responsabilidad extracontractual civil.) Estos son:

2.1. Hecho voluntario: es toda conducta o comportamiento, acción u omisión, realizada por un individuo capaz, en forma voluntaria y libre.

2.2. Dolo o culpa: conforman el elemento subjetivo de la responsabilidad. La culpa es una negligencia, imprudencia o impericia, consiste en no prever las consecuencias dañosas de la propia conducta, y en virtud de la cual, se origina el daño. El dolo es la intención de provocar daño, consiste, no tan sólo en prever, sino que también en aceptar y desear las consecuencias dañosas de la conducta.

2.3. Relación de causalidad: es el vínculo que debe existir entre la acción y omisión y el daño para que se pueda imputar responsabilidad a un sujeto. Según la doctrina el daño debe ser causa directa y necesaria de la conducta del autor. Se han dado diversas teorías para determinar si hay o no relación de causalidad cuando concurren varias causas, entre éstas destacan: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa eficiente, adecuada o determinante, y la teoría de la causa próxima.

2.4. Daño: es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo que sufre un individuo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios

patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba, siempre que éstos sean lícitos. Concepto que abarca tanto el perjuicio material, como el moral.

3. Clasificación de la Responsabilidad.

3.1 Atendiendo a la causa que le da nacimiento:

Para plantear en términos generales la naturaleza de la responsabilidad que analizaremos, es aconsejable distinguir entre responsabilidad por contravención y responsabilidad por daños, atendiendo a la causa que le da nacimiento.

La **responsabilidad por contravención** es la situación jurídica pasiva que nace por el solo hecho de haberse contravenido el ordenamiento jurídico, lo que conlleva el deber de sujetarse a la sanción establecida. Son responsabilidades de este tipo la responsabilidad política, la administrativa y la penal.

La **responsabilidad por daño**, también llamada responsabilidad patrimonial, se origina cuando la conducta de un sujeto perjudica la persona o propiedad de otro, creando la obligación de reparar el daño causado, con el fin de restituir el ámbito menoscabado. Ejemplos de esta responsabilidad son la responsabilidad contractual y la extracontractual.

3.2 Atendiendo a la existencia de una relación jurídica entre las partes:

A su vez, el análisis de la Responsabilidad extracontractual del Estado nos obliga a delimitar la responsabilidad contractual y la extracontractual, clasificación que atiende a la existencia o inexistencia de una relación jurídica previa entre el autor del daño y el sujeto dañado, partiendo de la base que nos encontramos siempre frente a una responsabilidad por daños.⁽¹⁾

La **responsabilidad contractual** supone la existencia de un vínculo contractual previamente establecido entre las partes, con un sujeto activo al que se le reconocen derechos y otro pasivo al que se le imponen obligaciones. El incumplimiento de esta obligación, su cumplimiento tardío o imperfecto es fuente de una nueva situación jurídica respecto del sujeto pasivo, éste pasa a ser responsable del daño provocado con su actuar. El deber jurídico primario del sujeto pasivo –obligación que emana del contrato celebrado- hace nacer, conjuntamente y por efecto de su incumplimiento, la responsabilidad.

Por el contrario, la **responsabilidad extracontractual** obviamente no supone, ni menos deriva de una relación jurídica previa entre los sujetos; la relación jurídica nace sólo con el actuar (acción u omisión) de uno de ellos, que provoca un daño al otro. Para el autor del daño se origina una situación

(1) Mucho se ha discutido en doctrina sobre la teoría dual y la teoría unitaria de la responsabilidad. La primera distingue tajantemente la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual, considerándolas como dos instituciones distintas, reguladas, por lo mismo, por normativas que le son particulares. Entre nosotros destaca en este sentido Arturo Alessandri Rodríguez, que en su obra "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno", Imprenta Universitaria, 1943, Chile, páginas 42 y siguientes, defiende la teoría dual y señala que la diferente naturaleza de éstas explica que el legislador las norme separadamente. La teoría unitaria, que es sostenida por autores franceses, equipara ambos tipos de responsabilidad, pues en ambas hay una actuación contraria a derecho que da origen a la obligación de indemnizar y las diferencias que se presentan son tan mínimas que no es posible considerarlas como dos instituciones diferentes, sino como dos aspectos de una misma institución. Recoge este planteamiento, aunque en forma matizada, René Abeliuk Manasevich, en su obra "Las Obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1993, tomo II, páginas 770 y siguientes, al reconocer que es difícil que se pueda sostener que la responsabilidad civil no es una sola, pero dividida en dos tipos distintos, cuando presentan normas comunes para ambas y especiales para cada una, por lo que no se justifica su regulación separada.

jurídica pasiva, que consiste en la obligación de indemnizar los perjuicios provocados con su actividad. Es decir, incurre en responsabilidad toda vez que al incumplir el deber primario (entiéndase por tal, el deber general de conducta que dice que se debe actuar en conformidad a lo que prescribe el ordenamiento jurídico, bajo pena de indemnizar los daños provocados por una actuación antijurídica), surge la obligación de reparación.

3.3 Atendiendo al fundamento de la responsabilidad:

Nos corresponde abordar una clasificación de la responsabilidad que será esencial para nuestro estudio, por constituir un punto discordante en la doctrina administrativa, que discute desde su concepto hasta sus efectos y campo de aplicación. Nos referimos a la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva. El fundamento de una y otra clase de responsabilidad nos lleva a determinar por qué un daño es imputable o atribuible a un determinado sujeto de derecho, y cuáles son los requisitos para hacer operante esa imputación.

La **responsabilidad subjetiva** es aquella que encuentra su fundamento en la culpabilidad del agente que provoca el daño; es la actitud reprochable del autor del hecho, que va desde el dolo a las formas más atenuadas de culpa, la que impone la obligación de reparar el perjuicio causado. Este tipo de responsabilidad basada en la culpa requiere un análisis de la conducta del sujeto y es por ello que se le denomina subjetiva. El que sufre el daño se encuentra en la necesidad de probar tres circunstancias: el daño, que éste se ha provocado por un actuar doloso o culpable y la relación de causalidad entre daño y conducta.

Frente a la serie de dificultades que presentaba la aplicación de esta teoría, entre las que destacaba la dificultad de la víctima para probar el actuar doloso o culpable del autor del daño, surgió la responsabilidad objetiva o por riesgo, que se caracteriza por prescindir de la culpabilidad como criterio de imputación. Se funda en la idea de que cualquier persona que realiza una actividad, como sería el desempeño de una industria o comercio, crea con ese actuar un riesgo para los demás, y si éste se concreta en la producción de un daño, háyase obrado o no con culpa, obliga a indemnizar. La víctima sólo está llamada a probar el daño y la relación de causalidad entre ese daño y la actividad riesgosa (causalidad material). No estaríamos frente a una responsabilidad de este tipo si la víctima debiera probar otro aspecto adicional, como sería, por ejemplo, tener que acreditar que el daño es derivación de un vicio o defecto en un producto o como consecuencia de un servicio que funcionó imperfecta o tardíamente o que no funcionó. También se ha criticado este fundamento, porque al llevarlo a extremos conllevaría a una paralización de la iniciativa empresarial o al retraimiento de toda innovación.

Como puede observarse, hay una infinidad de casos que no caben dentro del concepto de responsabilidad subjetiva ni dentro del de responsabilidad objetiva, lo que explica que hallan surgido atendibles soluciones intermedias.

Respecto de la responsabilidad subjetiva, y para aminorar la señalada dificultad probatoria, se establecieron las presunciones de culpabilidad, que no hacían otra cosa que alterar el peso de la prueba, imponiéndola al autor del daño, quien sólo podía excluir su responsabilidad probando que actuó con la diligencia debida. También se restringieron las causales de exclusión.

En lo referente a la responsabilidad objetiva, se agregaron nuevos elementos que la víctima del daño debe probar, hablándose entonces de una responsabilidad objetivada. Como ejemplo de responsabilidad objetivada

podemos citar el caso de la responsabilidad por un defecto en la cosa o en el servicio.⁽²⁾

Por último, se ha discutido cuál tipo de responsabilidad constituye la regla general y cuál es la de aplicación excepcional. Señala **Arturo Alessandri**, al referirse a la responsabilidad subjetiva, que “Hay conveniencia en conservarla como principio general; porque a diferencia de la responsabilidad objetiva, descansa en un valor humano, cual es la conducta del agente,...”; y agrega, citando a **Josserand**, que “ambas teorías no son incompatibles y se complementan muy bien...”⁽³⁾ **Enrique Barros** hace la misma afirmación: “En el derecho chileno –dice–, la responsabilidad por negligencia constituye la regla general en materia de responsabilidad civil extracontractual, y en consecuencia, es el sistema que se aplica a todos los casos que no están regidos por una regla especial diversa.”⁽⁴⁾ Posteriormente, al tratar de la responsabilidad objetiva, denominada por él responsabilidad estricta, señala que “... el principio que se ha impuesto en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos es el de la responsabilidad por culpa como régimen general, en coexistencia con algunas áreas específicas de responsabilidad estricta (que en nuestro caso requieren de norma expresa)”⁽⁵⁾

A nuestro entender, la doctrina nacional se orienta en el sentido correcto, pues aceptar la teoría de la responsabilidad objetiva como la regla general en el Derecho chileno llevaría a extremos impensables, coartando nuestra libertad, derecho fundamental de la persona humana, y transformándonos en aseguradores universales de todo daño causado en la persona o propiedad de otro.

II. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

1. Planteamiento específico

Al iniciar nuestro estudio de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en general, no referida a un determinado ámbito de su actividad, nos vemos en la necesidad de extraer los elementos comunes que la caracterizan como tal y que, por lo tanto, presentan iguales patrones de validez para la responsabilidad del Estado legislador, juez o administrador. No podemos olvidar que el responsable esencial en este caso específico es el Estado nación, que despliega diversas funciones, pero que en su esencia es de una misma sustancia pública.

Enseguida nos parece de fundamental importancia avanzar desde el principio de la irresponsabilidad al de la responsabilidad, desentrañando los

⁽²⁾ En nuestro país y para clarificar el problema planteado, el profesor Enrique Barros, en sus apuntes de clases mecanografiados, preparados con fines exclusivamente docentes por los ayudantes Patricio Tapia y Eduardo Ugarte, “Responsabilidad Civil Extracontractual”, denomina responsabilidad estricta, a la que se presenta en oposición a la responsabilidad subjetiva. Distingue entre responsabilidad estricta en sentido propio, en la cual únicamente se debe probar el daño y la relación de causalidad, y responsabilidad estricta calificada, en la que se debe probar algún otro extremo, siempre diferente a la culpabilidad.

⁽³⁾ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno. Imprenta Universitaria, 1943, página 120.

⁽⁴⁾ BARROS, Enrique. “Responsabilidad Civil Extracontractual”, apuntes de clases mecanografiados, preparados con fines exclusivamente docentes por los ayudantes Patricio Tapia y Eduardo Ugarte, no revisados por él. página 5.

⁽⁵⁾ Ibid, página 121.

fundamentos doctrinarios que inspiran a uno y a otro, condicionados como están muchas veces por una realidad histórica determinada.

Seguiremos, luego, con una sistematización de las finalidades de la Responsabilidad extracontractual del Estado, materia relevante considerando que al reconocer como principio la responsabilidad los Estados buscan diversos fines y, por ende, las finalidades que desempeña la responsabilidad variarán según el modelo político y jurídico de que se trate, para cerrar esta primera parte con un análisis de los elementos de la responsabilidad.

2. Perspectiva histórica y doctrinaria: desde el Principio de Irresponsabilidad al de Responsabilidad

2.1. Generalidades

El recorrido histórico que en esta materia debemos realizar pasa fundamentalmente por el rompimiento de tres hitos: la forma de gobierno, la superación del concepto clásico de soberanía y el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas. Cada uno de ellos, en su época, fue una idea basal a la que recurrieron los sostenedores del principio de la irresponsabilidad del Estado, ya sea porque consideraban que el poder del monarca de origen divino sólo reconocía como límite a Dios, porque concebían a la soberanía como un poder absoluto o, por último, porque desconocían a las personas jurídicas toda voluntad para obrar, por lo que no podían incurrir en dolo o en culpa.

Solamente en el pasado siglo XX, el pensamiento jurídico logra evolucionar hacia el reconocimiento del Estado como directamente responsable en aquellos actos que causaran daño en el patrimonio de un individuo. Cada país buscó los fundamentos de este cambio de perspectiva jurídica en diversos factores. En algunos de ellos se sostuvo que para hacer posible el reconocimiento de la responsabilidad era menester la existencia de una normativa jurídica, constitucional o legal, que la estableciera expresamente. En otros, en cambio, bastaba la consagración del Estado de Derecho para que tanto gobernantes como gobernados estuviesen bajo el imperio del Derecho. Para un tercer grupo, a su vez, debía acudir a principios generales, como son el bien común, la solidaridad humana, la equidad, etcétera.

2.2. Fundamentos del Principio de la Irresponsabilidad del Estado

a) La monarquía de origen divino

Se ha sostenido que el único fundamento de la irresponsabilidad del Estado era el concepto de soberanía, sin embargo, mucho antes que los autores esbozaran los elementos de dicho concepto ya se reconocía la *plenitudo potestas* del monarca. Se decía que el poder del monarca era de origen divino, que era Dios quien lo entronizaba en la tierra para dirigir los destinos de sus súbditos, y por lo mismo, si era Dios el que le entregaba este poder, sólo a Él, y a nadie más, debía rendir cuentas de sus actos.

Para demostrar la fuerza que tuvo en su época este argumento, expondremos brevemente los planteamientos que formula sobre él un destacado autor inglés, **Robert Filmer**.

En su obra "El Patriarca", que no fue publicada sino hasta 1680, casi medio siglo después que la escribiera, **Filmer** busca demostrar, basándose en las Sagradas Escrituras, la imposibilidad de todo otro origen del poder y de la constitución de la sociedad que no sea el patriarcal-

religioso, criticando severamente el pacto social y a los autores que sostenían esa tesis. Su pensamiento se puede resumir, según **Rafael Gamba**, como sigue: "... al crear Dios al hombre en un solo individuo –Adán y Eva– y no en una multiplicidad simultánea quiso mostrar el origen unitario (monárquico) del poder; al crear de Adán a la mujer y de ambos a los hijos quiso establecer sucesivas subordinaciones que hacen de la sociedad inicial una familia prolongada y jerarquizada. En el dominio concedido por Dios a Adán sobre cuanto es en la Tierra cree encontrar **Filmer** el origen de todo poder. Los hombres así no nacen libres, iguales e independientes, sino desiguales y subordinados en razón de su posterioridad de nacimiento, expresión de la voluntad divina. La familia es el germen de la sociedad civil, como el patriarca lo es del poder real, depositario de la autoridad suprema. La posterior existencia de países y soberanías diversas se explica por el mandato de Noé que, patriarca único después del Diluvio, dividió las tierras entre sus hijos... El poder es de este modo sagrado en su origen, no creable sino recibido, absoluto (no sometido a ley humana previa)..."⁽⁶⁾

Para **Robert Filmer**, "El mejor orden, la mayor fuerza, la máxima estabilidad y el más fácil gobierno se encuentran en la monarquía y en ninguna otra forma de gobierno"⁽⁷⁾

El monarca, en este contexto, sin lugar a dudas era irresponsable y a sus súbditos sólo les restaba someter sus peticiones a *su bon plaisir*. Afirma tajantemente **Filmer** que "El padre de familia gobierna por la única ley de su voluntad y no por las leyes y voluntades de sus hijos y servidores. No existe nación que permita a los hijos ninguna acción ni remedio cuando son injustamente gobernados... Una prueba incontestable de la superioridad de los príncipes sobre las leyes es que existieron reyes mucho antes de que existiera ninguna ley, porque durante mucho tiempo la palabra de un rey era la única ley."⁽⁸⁾

El principio de la irresponsabilidad, como puede observarse, tenía un fundamento teocrático, y de él surgieron dos aforismos que recorrerían la historia jurídica. El primero tuvo su fuente en Inglaterra y decía *The King can do not wrong*; el segundo, en Francia, y expresa *Le Roy ne peut mal faire*. Con ellos se justificaba la imposibilidad de responsabilizar al Rey por los actos que causaren perjuicio a alguno de sus súbditos. A pesar de su vinculación con las monarquías de origen divino, estos postulados fueron esgrimidos también con posterioridad a las Revoluciones Libertarias, y lo que es más grave aún en países donde nunca existió monarquía.

Como corolario del origen divino de los reyes había de crearse en occidente otra gran convicción, sólo quebrada en la Inglaterra del siglo XVII, al caer la dinastía Estuardo: el monarca se encontraba por sobre el Derecho, pues su voluntad era ley. *Quod rex placuit*, decían los jurisconsultos regalistas, *legem habet vigorem*. Sólo los súbditos estaban sometidos a la ley. Nadie podía tener más poder que el monarca, y, en consecuencia, nadie podía exigirle responsabilidad.

Cuando este fundamento del poder monárquico perdió su fuerza originaria, no se produce, sin embargo, el reconocimiento de

⁽⁶⁾ FILMER, Robert. El Patriarca o el poder natural de los reyes. En la obra "La polémica Filmer-Locker sobre la obediencia política", edición bilingüe. Estudio preliminar de Rafael Gamba: texto, traducción y notas de Carmela Gutiérrez de Gamba. Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España. 1966, página XXI. Es conocida, en este mismo sentido, la obra clásica de Bossuet: La Política Sacada de las Sagradas Escrituras, 1709. Véase, verbigracia, BENEYTO, Juan. Historia de las Doctrinas Políticas, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1958, páginas 315 y siguientes.

⁽⁷⁾ Ibid, página 36.

⁽⁸⁾ Ibid, página 53

la responsabilidad del Estado, pues aparece un nuevo concepto que sostendrá esta irresponsabilidad, el de soberanía nacional.

b) El Principio de la Soberanía Nacional

Este principio fue uno de los mayores escollos que tuvo que superar el instituto jurídico de la responsabilidad del Estado para alcanzar su reconocimiento jurídico. El por qué de esta dificultad intentaremos desentrañarlo en los siguientes párrafos, pero señalemos, desde ya, que es el propio concepto de soberanía y sus elementos conformadores los que sirvieron de base para justificar la más absoluta irresponsabilidad del Estado por sus actos como poder soberano.

Un clásico francés, **Jean Bodino**, en su libro "Los Seis Libros de la República", publicado en 1576, defiende a la monarquía real como la mejor forma de república, sobre la base de dos argumentos. El primero, de orden práctico, puede ser resumido en aquella afirmación suya en orden a que "Muchos se engañan al pensar que el Estado aristocrático es el mejor, debido a que varios señores deben tener mejor juicio, prudencia y consejo que uno solo. Existe gran diferencia entre aconsejar y mandar... Si se trata de resolver, decidir o mandar, uno solo lo hará mejor que muchos; ..." ⁽⁹⁾ El segundo, de orden teórico, se recoge en el siguiente párrafo de su obra: "... la monarquía es la forma de república más segura, si se considera que la familia, que es la verdadera imagen de la república, solo puede tener una cabeza,... Todas las leyes naturales nos conducen a la monarquía, tanto si contemplamos el microcosmo del cuerpo, cuyos miembros tienen una sola cabeza, de la cual depende la voluntad, el movimiento y las sensaciones, como si contemplamos el universo, sometido a un Dios soberano..." ⁽¹⁰⁾

No hay duda: para este autor, la monarquía es la mejor forma de república, y el monarca, el titular de la soberanía, nota esencial de toda república.

Según Bodino "la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república." ⁽¹¹⁾ De esta definición se desprenden las dos características esenciales de la soberanía que le habrían de sobrevivir largamente, su carácter perpetuo y su carácter absoluto. Como **poder perpetuo**, quien es titular de este poder debe serlo por toda su vida. Bodino nos dice para esclarecerlo: "Supongamos que cada año se elige a uno o varios de los ciudadanos y se les da **poder absoluto** para manejar el Estado y gobernarlo por entero sin ninguna clase de oposición ni apelación. ¿No podremos decir, en tal caso, que aquellos tienen la soberanía, puesto que es absolutamente soberano quien, salvo a Dios, no reconoce a otro como superior? Respondo, sin embargo, que no la tienen, ya que solo son simples depositarios del poder, que se les ha dado por tiempo limitado." ⁽¹²⁾ La otra parte de la definición nos dice que es un poder absoluto, por lo tanto, quienes lo ostentan no pueden estar de modo alguno sometidos al imperio de otro, correspondiendo a ellos dictar, anular o enmendar las leyes. Agrega **Bodino**: "Así, la soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía, ni poder absoluto, salvo si las condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de las leyes divina o natural." ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾ Enseguida

⁽⁹⁾ BODINO, Jean. Los Seis Libros de la República. Selección, traducción e introducción de Pedro Bravo, Ediciones Aguilar, 1973, página 218.

⁽¹⁰⁾ Ibid, páginas 219 y 220.

⁽¹¹⁾ Ibid, página 46.

⁽¹²⁾ Ibid, página 48.

⁽¹³⁾ Ibid, Página 50

afirma que la soberanía confiere al príncipe soberano determinados atributos que sólo le pertenecen a él, puesto que si fuesen comunicables a sus súbditos no serían atributos de ésta. Y sostiene al respecto: "El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular..., sin consentimiento de superior, igual o inferior".⁽¹⁵⁾ Dentro de este atributo se comprenden también entre otros: declarar la guerra o negociar la paz, nombrar a los oficiales principales y el derecho de última instancia.

En relación con el tema que nos ocupa, recordemos aquella frase suya en que dice: "La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo..."⁽¹⁶⁾, con lo cual queda afirmado, aunque tal vez no demostrado por este autor, que el titular del poder soberano no reconoce limitaciones, porque cualquier forma de limitación que se le imponga socava el concepto mismo de soberanía. El monarca no es responsable de sus actos por ser titular de este poder.

Otro autor francés que se ocupó del tema de la soberanía y que tiene un reconocimiento generalizado, fue **Juan Jacobo Rousseau**, quien hizo conocido el concepto de soberanía popular. En su obra "Del Contrato Social", publicada en 1762, explica que el pacto social consiste en que "Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general,... en lugar de la persona particular de cada contratante, tal acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo..."⁽¹⁷⁾ Posteriormente agrega: "Como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, igual el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos, y este mismo poder es el que, dirigido por la voluntad general, lleva el nombre de soberanía..."⁽¹⁸⁾

La soberanía es inalienable e indivisible, afirmaba **Rousseau**. Es **inalienable** debido a que la soberanía no es otra cosa que el ejercicio de la voluntad general, y si bien puede coincidir con alguna voluntad particular en un momento determinado, esta coincidencia es circunstancial, no pudiendo la voluntad general declarar, que lo que quiera la voluntad particular en el futuro ella también lo querrá. Y es **indivisible**, porque como expresión de la voluntad general que es, no puede ser considerada como expresión de soberanía la voluntad de una parte del pueblo, sólo la voluntad declarada del pueblo en general es acto de soberanía y hace ley.

Para **Rousseau**, la voluntad general, que expresaba un acto de soberanía, no podía dañar ni querer dañar a alguno de los ciudadanos, ya que éstos no obedecen a nadie, sino que sólo a su propia voluntad. Sostiene, desde la perspectiva individualista que lo anima, que "Todos los servicios que un ciudadano puede rendir al Estado, los debe tan luego como el Soberano los pide; pero el Soberano, por su parte, no puede cargar a sus súbditos con ninguna cadena inútil a la comunidad; ni siquiera puede quererlo: porque bajo la ley de la razón nada se hace sin causa, igual que

(14) De acuerdo a lo sostenido por Pedro Bravo, en su introducción a la obra antes citada, el concepto de soberanía desde sus orígenes se confundió con el poder ejercido de hecho por el monarca, y es esto lo que conlleva a entender las contradicciones existentes en la teoría bodiniana: ya que al ser la soberanía definida como un poder perpetuo y absoluto, se ve inmediatamente sometida a una serie de restricciones como son las leyes divina y natural. A pesar de lo anterior, no podemos olvidar, que la efectividad de estas limitaciones está entregada única y exclusivamente al soberano.

(15) BODINO, Jean. Op. cit., página 66.

(16) Ibid. página 48.

(17) ROUSSEAU, Juan Jacobo. Del Contrato Social o Principios del Derecho Político. Traducción, prólogo y epílogo por Constancio Bernaldo de Quiros. Editorial José M. Cajica, Puebla y Buenos Aires, 1957, página 66.

(18) Ibid. Página 83

bajo la ley natural.”⁽¹⁹⁾ Por el otro lado, tomando como referencia al cuerpo social, señala “que el pacto social establece tal igualdad entre los conciudadanos que todos se comprometen bajo las mismas condiciones y deben gozar todos de los mismos derechos.... todo acto de soberanía, es decir todo acto auténtico de voluntad general, obliga o favorece por igual a todos los ciudadanos, de modo que el Soberano tan sólo conoce el cuerpo de la nación, sin distinguir a ninguno de los que la componen.”⁽²⁰⁾ **Rousseau** planteaba que un acto de soberanía no era una relación de superior a inferior sino una convención del cuerpo con cada uno de sus miembros, y agregaba, para explicar la validez de estos actos de soberanía, que “Mientras los súbditos sólo están sometidos a estas convenciones, no obedecen a nadie, sino tan sólo a su propia voluntad: y preguntar hasta dónde se extienden los derechos respectivos del Soberano y de los Ciudadanos, es preguntar hasta qué punto éstos pueden comprometerse consigo mismo, cada uno hacia todos y todos hacia cada uno.”⁽²¹⁾

Como el acto de soberanía es expresión de la propia voluntad de los ciudadanos, el daño que les provoque no es más que el resultado de un acto previamente aceptado, de un compromiso por ellos asumido consigo mismos, no susceptible de configurarse como perjuicio causado en su persona o bienes por un tercero que pueda verse, entonces, en la posición obligada de indemnizar los daños producidos por ese acto.

El análisis de la teoría original de la soberanía como poder del Estado nos lleva a afirmar que el titular de esta soberanía no puede ser responsable ante los miembros del grupo social, sea que aludamos a la soberanía como un poder absoluto y perpetuo que reconoce como titular al monarca, y que por lo tanto no es limitada en poder, en responsabilidad ni en tiempo; sea que la consideremos como un poder absoluto nacido de un pacto entre los hombres que la entregan a un soberano con el fin de gobernar sus destinos, subentendiéndose que todo acto del soberano es un acto consentido por todos y cada uno de ellos. En esta época, reconocer como titular de la soberanía al monarca o al pueblo no alteraba el contenido de la esencia soberana y mucho menos sus efectos, fuese quien fuera el soberano seguía siendo absolutamente irresponsable.

Veamos, pues, cómo, desde aquí, ha evolucionado el concepto de soberanía, para dejar de constituir un obstáculo teórico y político para el reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado. Esta evolución recorre dos caminos: el primero está dado por un cambio en el concepto mismo de soberanía; el segundo y más radical, por un replanteamiento del tema dentro del Estado constitucional.

Georg Jellinek, en la segunda edición de su obra “Teoría General del Estado”, publicada en Alemania en 1911, nos ofrece un nuevo enfoque del concepto de soberanía. Sostiene que se ha entendido por poder soberano de un Estado a aquel que no reconoce ningún otro superior al que él ejerce, caracterizándolo como un poder supremo, independiente y absoluto. Y respecto de esta tercera nota, en la que hace hincapié, la soberanía sería absoluta si designa a un poder ilimitado e ilimitable, de modo que para el Estado soberano no podría haber limitación jurídica, lo que llevado a extremos puede importar incluso la facultad de supresión del orden jurídico mismo, lo que introduciría la anarquía y el propio Estado se haría a sí mismo imposible.

Enfatiza **Jellinek** que un pensamiento de esta naturaleza ha de desecharse, porque efectivamente el Estado encuentra una

(19) Ibid. página 84.

(20) Ibid. página 86.

(21) Ibid. página 86.

limitación jurídica en la existencia de un orden determinado. Admite como corolario que "Es, pues, esencial al Estado el poseer un orden jurídico, con lo cual se niega, por tanto, la doctrina del poder absoluto e ilimitado del Estado. No se encuentra éste sobre el Derecho, de suerte que pueda librarse del Derecho mismo."⁽²²⁾

Agrega que "Soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo facultad de determinarse por sí mismo exclusivamente... Expresada en una fórmula breve significa, por tanto, la soberanía, la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo."⁽²³⁾

De lo antes expuesto podemos concluir que si el poder soberano se encuentra sometido al orden jurídico y que si además puede obligarse a sí mismo, pierde su calidad de absoluto, al reconocerse implícitamente la posibilidad de limitarlo en todos los ámbitos, incluido el de la irresponsabilidad.

En este orden de ideas, el pensamiento jurídico ha llegado a desconocer el concepto de soberanía como una característica propia del Estado. Así lo hace **León Duguit**, dando un giro en la concepción de la soberanía, a principios del siglo XX, en una conferencia en Argentina, que fue publicada con el título *Soberanía y Libertad* con posterioridad a su muerte, y haciendo alusión a una serie de autores, concluye que "Si la soberanía es, en efecto, una voluntad que jamás se determina sino por sí misma, resulta evidente que no reconoce poder superior ni poder concurrente: ... La soberanía es ilimitada y absoluta, pues si no lo fuese dependería de otra voluntad, que la limitaría y, por consiguiente, dejaría de determinarse exclusivamente por sí misma. Sabido es que en todo esto no son mis ideas las que expongo, sino que traduzco simplemente una doctrina... Del mismo modo, si es preciso que os diga mi pensamiento, estimo que en esta doctrina de la soberanía, por muy lógica que sea, no existe un átomo de realidad positiva: es una construcción de metafísica formal, curiosa y lógicamente edificada, pero, desde luego, extraña a la realidad concreta y que está hoy en trance de derrumbarse y desaparecer para siempre."⁽²⁴⁾

Considerando superado el problema de la soberanía en los términos aceptados durante la monarquía, **Duguit** se cuestiona enseguida lo que ocurre con la soberanía nacional y el por qué este concepto ocupa un lugar tan importante en la vida y en la conciencia de los pueblos modernos, y sostiene que se debe a que "se ha visto en ello una verdad de orden religioso, un artículo de fe, un dogma, en suma. Se ha creído, durante siglos, en la delegación divina de la que los príncipes pretendían hallarse investidos. En 1789 se ha creído con el mayor fervor en esta clase de divinidad terrestre que es la soberanía nacional... El hombre ha sido llevado siempre, por instinto, para explicar lo que ve, a colocar, detrás de los fenómenos que percibe, fuerzas sobrenaturales o metafísicas que no ve... En 1789, detrás del poder de los gobernantes, ha colocado una nueva entidad metafísica, la personalidad soberana de la nación."⁽²⁵⁾ En definitiva, para este autor, la soberanía deja de ser un concepto con contenido real y, por ende, no puede ser válido para fundamentar ninguna conclusión, como sería, por ejemplo, que en virtud de la soberanía del Estado este es irresponsable.

(22) JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos. Editorial Albatros, Buenos Aires, Argentina, 1970, página 358.

(23) *Ibid.*, página 361.

(24) DUGUIT, León. *Soberanía y libertad*. Traducción de José Acuña. Editorial Tor, Buenos Aires, Argentina, 1943, página 50 y 51.

(25) *Ibid.*, página 64.

En su obra "Las transformaciones del Derecho Público", Duguit plantea que desde 1789 no hay ningún texto que haga alusión a la responsabilidad general del Estado. "Esto era lógico. Miradas de cerca, soberanía y responsabilidad son dos nociones que se excluyen... El Estado soberano no puede ser responsable con ocasión de la ley, expresión misma de la soberanía. No puede serlo tampoco con ocasión de los actos ejecutivos, actos jurisdiccionales o administrativos."⁽²⁶⁾ Para **Duguit** la aceptación jurisprudencial de la responsabilidad del Estado, como ocurrió tempranamente en Francia, implica la eliminación del concepto de soberanía. Dicha eliminación no hace perder al Estado su carácter de tal y el reconocimiento de la responsabilidad de todos los órganos del Estado es un punto que se debe alcanzar.

Desde la perspectiva histórica parece lógico sostener que quienes fundaron el principio de la irresponsabilidad del Estado en el concepto de soberanía incurrieron en una afirmación extrema, aunque no podemos dejar de reconocer que las teorías políticas surgen y se desarrollan en una época histórica determinada, animadas del propósito de dar solución a problemas de su tiempo, por lo que toda crítica posterior se encuentra fuera de contexto.

En nuestros tiempos, la mayoría de los autores que estudia el tema que nos ocupa, están contestes en que nuestros ordenamientos jurídicos hacen radicar en la nación la soberanía, pero que este concepto ha cambiado radicalmente desde su formulación por **Bodino**, dejando de ser aquel poder absoluto y omnimodo atribuido al soberano. Algunos autores adhieren a la teoría de **Jellinek**, a la de **Duguit** o a alguna otra, pero todos coinciden y afirman que si la idea tradicional de soberanía ha desaparecido, también la idea de un Estado irresponsable debería desaparecer, siguiendo la suerte que corrieron los conceptos de infalibilidad del monarca y de origen divino del poder.

2.3. Fundamentos del reconocimiento del Principio de Responsabilidad del Estado

a) La necesaria consagración normativa

El reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado fue produciéndose en forma paulatina en el mundo occidental. No podemos olvidar que el principio de la irresponsabilidad estaba profundamente arraigado en la conciencia jurídica; por lo tanto, para que el fundamento del principio contrario pudiera llegar a ser reconocido, debía demostrar poseer una fuerza de convicción tan poderosa como para contrarrestar ese peso sicosociológico del pasado.

La consagración normativa aparece, entonces, como la vía apta para este fin y para establecer la responsabilidad del Estado. Se sostuvo, así, que efectivamente el Estado era responsable, pero únicamente en los casos establecidos expresamente por la ley.

Un representante de esta teoría es el ilustre maestro argentino **Rafael Bielsa**, quién en su obra "Derecho Administrativo", señala como único fundamento de la responsabilidad del Estado la consagración legislativa. Expresa, en este sentido, que "En el derecho privado todo damnificado por un hecho ilícito tiene acción judicial contra el autor del daño, o sea el responsable. Pero este principio no se reconoce –por lo menos con la

⁽²⁶⁾ DUGUIT, León. Las transformaciones del Derecho Público. Traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén. Editorial Francisco Beltrán. Madrid, España, páginas 334 y

misma extensión- en el derecho público: es decir, que el derecho a ser indemnizado por el Estado sólo existe excepcionalmente en forma positiva, o sea, cuando la ley le impone la obligación de indemnizar.”⁽²⁷⁾ Después de analizar la responsabilidad del Estado por los hechos o actos de los funcionarios, concluye enfáticamente: “... cualquiera sea la base teórica de la responsabilidad del Estado ella debe ser instituida en ley expresa, pues las obligaciones nacen de los contratos o de la ley (a eso se reducen sus fuentes, ya sea delictual, cuasidelictual o cuasicontractual, es la ley la que obliga a falta de pacto). Por lo demás, las soluciones jurisprudenciales son variables, inciertas; basta que se modifique la composición personal del tribunal y que los nuevos magistrados interpreten o sustenten doctrinas con criterio distinto, para que no exista ya la responsabilidad del Estado, o al revés.”⁽²⁸⁾

Nuestra jurisprudencia ha reconocido la necesidad de ley expresa para que exista responsabilidad del Estado. Así, en el fallo Mario Granja con Fisco⁽²⁹⁾, en el considerando 5º de la sentencia de casación en el fondo, que negó lugar a la demanda, concluyó que el particular afectado no tenía derecho a indemnización en razón de:

5º. Que el Estado es persona jurídica de Derecho público que no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes; y el Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil no le impone de manera expresa responsabilidad alguna por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes

Criticamos el planteamiento anterior por considerar que la necesaria consagración legislativa no constituye un fundamento jurídico del principio de la responsabilidad del Estado. Si aceptáramos esta construcción jurídica tendríamos necesariamente que concluir que todos los casos no expresamente contemplados por la ley están excluidos de toda responsabilidad, pues la voluntad del legislador habría sido negar la responsabilidad del Estado, de manera que este requisito de existencia de una ley formal podría importar, más que un reconocimiento del principio de la responsabilidad, su negación.

b) El principio de la equidad

En la búsqueda de un fundamento jurídico propio para la responsabilidad del Estado, surge en Alemania la teoría sostenida por el padre de la dogmática administrativa alemana, el profesor **Otto Mayer**. Para él, el reconocimiento de la responsabilidad y la exigencia de una indemnización descansa, en este caso, en el principio de la equidad. Hizo ver que “En la relación entre el Estado y el súbdito, se trata, no de pérdidas y de ganancias recíprocas, sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad.”⁽³⁰⁾

⁽²⁷⁾ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Editorial La Ley, tomo V, 6ª edición. Buenos Aires. Argentina, 1966, página 1.

⁽²⁸⁾ Ibid, página 35.

⁽²⁹⁾ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 36 (1939), parte II, sección 1ª, páginas 277 a 283.

⁽³⁰⁾ OTTO, Mayer. Derecho Administrativo Alemán. Editorial Depalma, 2ª edición inalterada. Buenos

Según Mayer, para que una persona tenga derecho a esa indemnización, es básico, entre otros requisitos, que el daño rompa la equidad, castigando al individuo de una manera desigual e injusta. No hay nada contrario a la equidad en las cargas o imposiciones públicas que afectan a los individuos siguiendo cierto plan y según facultades recibidas por la ley o el reglamento, tales como los impuestos, los servicios forzados y las cargas públicas. En estos casos, el perjuicio actúa con carácter de igualdad, lo que es suficiente para ponerlo en armonía con la equidad.

La jurisprudencia nacional, en el conocido fallo Comunidad Galletúe con Fisco⁽³¹⁾, hace aplicable el principio de la equidad para reconocer el derecho a indemnización de los particulares afectados. La sentencia de casación en su considerando 9º, sostuvo:

9º Que en efecto, la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y a la justicia, atendidos los hechos que asienta el fallo impugnado, en el supuesto de que no haya ley concreta que resuelva el conflicto suscitado. Pero desde ya se puede adelantar también que existen numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozcan por las autoridades o la administración o incluso por el propio legislador las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies.

No es difícil vincular este fundamento publicista de la responsabilidad patrimonial con el conocido principio del enriquecimiento injusto o sin causa formulado en el campo del Derecho Civil. Pero no podemos considerarlo como un fundamento que permita abarcar todas las situaciones en que el Estado provoca un daño con su actuar, pues siempre será necesario que efectivamente el Estado haya gozado de alguna ventaja.

La crítica más importante que se ha formulado a esta doctrina es la que apunta a su ambigüedad, debido a que la equidad sirve tanto para considerar al Estado responsable como irresponsable, tanto para conceder una indemnización por todo daño sufrido como para negarla. Es en definitiva un arma demasiado potente para ponerla en manos de los jueces.⁽³²⁾

e) El Estado de Derecho

El más importante fundamento justificatorio del reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado es el hecho de encontrarnos inmersos en un Estado de Derecho. Diversos autores se refieren a esta noción: sin embargo, a pesar de la trascendencia que tal tesis contiene y representa, no han ofrecido un análisis de fondo que desarrolle esa doctrina, ni explicado cuál es el contenido que le atribuyen, tomando en cuenta que hay tantos conceptos de Estado de Derecho como autores que estudian el tema.

Primeramente, entre estos juristas se cuenta Miguel Marienhoff, quien nos dice que el fundamento de la responsabilidad no es otro que el Estado de Derecho y sus postulados, debido a que todos tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados. Cita dentro

(31) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 81 (1984), parte II, sección 5ª, páginas 181-189.

(32) ...

de esos principios el respeto del derecho a la vida y en general a la integridad física del hombre; el respeto a los derechos adquiridos, la igualdad ante las cargas públicas, el reconocimiento de los derechos esenciales, etcétera. Su pensamiento lo resume de la siguiente forma: "La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios propios del "Estado de Derecho". No es concebible un Estado de Derecho "irresponsable". Lo contrario implicaría un contrasentido. "Estado de Derecho" y "responsabilidad" son, en este orden de ideas, conceptos correlativos. Tal responsabilidad existe cualquiera sea el órgano estatal -Legislativo, Ejecutivo o Judicial- causante del agravio, pues cualquiera de esos órganos, al actuar, lo hace en nombre del "Estado", a cuya estructura pertenece."⁽³³⁾

El desarrollo histórico del Estado de Derecho justifica, asimismo, la responsabilidad del Estado. Su nacimiento, junto a la doctrina *ius* administrativa generalmente aceptada, lo situamos conjuntamente con el del Estado Moderno Constitucional, porque durante el Estado Moderno Monárquico el rey ejercía un poder absoluto, la *plenitudo potestas*, de modo que todo el poder lo concentraba en sus manos y su voluntad era derecho: *Quod rex placuit, legem habet vigorem*, decían los legistas monárquicos. En cuanto soberano, el monarca se encontraba por sobre el ordenamiento jurídico y a sus súbditos sólo cabía someterse a sus mandatos.

Estaremos frente a un verdadero Estado de Derecho sólo allí donde aparezca la característica esencial de la sumisión de gobernantes y gobernados al ordenamiento jurídico. Esto acontece en el Estado Moderno Constitucional, hacia fines del siglo XVIII, pues la ley -declaración de la voluntad soberana- rige entonces con igual fuerza a los particulares y a la autoridad. Al consagrarse la separación de poderes del Estado, delimitándose sus competencias por ley, y al asegurarse el ejercicio de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, se ponen límites a la actividad del Estado y se le reconocen derechos al individuo que el Estado, a través de la actividad de sus órganos, no puede vulnerar. Hay autores que incluyen como nota esencial de un Estado de Derecho la existencia de tribunales especializados ante los cuales sea posible a los particulares demandar al Estado por sus actuaciones, lo que se produce dentro del Estado Moderno Constitucional, pero en su segunda etapa, comenzando en 1872, al crearse, el 24 de mayo de ese año, en Francia, una justicia administrativa.

Comencemos por reconocer que todo Estado de Derecho que se precie de tal debe cumplir dos roles fundamentales: actuar como límite de la actividad estatal y como garantía de los derechos esenciales de la persona humana.

¿En qué consiste su rol de límite de la actividad estatal? El propio ordenamiento jurídico, las normas constitucionales y legales principalmente, regula la extensión de las facultades que se otorgan a los órganos del Estado y éstos deben enmarcar su actuación dentro de la esfera de sus atribuciones. Este límite está demarcado de tal forma que lo podríamos graficar como una circunferencia, la que se puede flexibilizar con los conceptos jurídicos de contenido indeterminado, pero toda actividad del Estado debe ubicarse en su interior. El espacio que está fuera de él está constituido por los derechos fundamentales de los particulares. Para la efectividad de este límite es necesario que quien lo sobrepase asuma ciertos riesgos, ya que la falta de sanción lo convertiría en un límite ilusorio.

En nuestra Carta Fundamental los artículos 6º y 7º consagran el principio de la juridicidad y fijan este límite a los órganos del

⁽³³⁾ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, tomo IV, 1988, págs. 700.

Estado, ya sea que ejerzan funciones ejecutivas, legislativas o judiciales. "deberán someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella" y sus actuaciones sólo serán válidas cuando concurren los requisitos de previa investidura regular de sus integrantes, competencia y forma prescrita por la ley. Las sanciones establecidas para el caso de sobrepasar el límite son dos: la nulidad de Derecho Público y la responsabilidad de los órganos.

Artículo 6º, inciso 1º. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Artículo 7º, inciso 1º. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

¿Qué entendemos por el rol de garantía de los derechos fundamentales de los individuos? El ordenamiento jurídico asegura, ya sea por medio de la propia Constitución o de tratados internacionales, a todas las personas, determinados derechos que son esenciales para el desarrollo de la vida humana, individual y socialmente considerada. Sin embargo, no basta con plasmarlos en textos escritos, sino que además es necesario, frente a un desconocimiento por parte del Estado o de otro individuo, que exista la correspondiente sanción.

En la Constitución Política de la República son dos los artículos que establecen esta garantía: el artículo 5º y el artículo 19. El primero de ellos atribuye el ejercicio de la soberanía a "las autoridades que la Constitución establece", y agrega inmediatamente a continuación que este ejercicio "reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de la persona humana." El artículo 19 "asegura a todas las personas" ciertos derechos fundamentales básicos, que son complementados por otros consagrados en tratados internacionales. El aseguramiento a que se refiere no tan sólo consiste en declarar la existencia de estos derechos, sino que, además, en implementar los mecanismos que permitan su restablecimiento en caso de desconocimiento.

El Estado liberal de Derecho únicamente estableció los límites a la actividad del Estado y proclamó los derechos esenciales de la persona humana, pero le faltó lo más importante: contemplar la sanción para el caso de transgresión. Esta constatación no es una crítica, naturalmente, pues se debió a que estábamos frente a un Estado abstencionista. Sólo al avanzar hacia un Estado social de Derecho, surgirá este límite y esta garantía, elementos esenciales de un Estado de Derecho como el nuestro, dejando de ser una mera declaración de principios para pasar a conformar la piedra angular de un nuevo concepto en el mundo del derecho, que no es otro que la exigibilidad de los derechos de las personas y el reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado.

En síntesis, podemos decir que el fundamento del principio de la responsabilidad del Estado en el Estado social de Derecho nos lleva a no limitar el ámbito de las actividades que abarca, afirmando su procedencia sea cual fuere la actividad que el Estado desarrolle: legislativa, ejecutiva o judicial. Y nos lleva también a no limitar las causales de imputación de la responsabilidad sólo para el caso de transgresión de los límites de la actividad estatal cuando con ello se provoca un daño, sino a considerar los casos en que, a pesar de que el Estado actúe dentro de tales límites, vulnere la garantía de los derechos esenciales establecida por la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

3. Finalidades de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

3.1. Generalidades.

El establecimiento de la responsabilidad extracontractual, por vía jurisprudencial en algunos países y por vía legislativa en otros, obedece a variados propósitos, todo dependerá de los fines perseguidos por el tribunal al establecerla o por el legislador al contemplarla. Por tener como fundamento la existencia de un Estado social de Derecho, puede constituir una garantía del patrimonio de los ciudadanos, un instrumento de control del ejercicio del poder, un precio que se debe pagar por los efectos de las actividades del Estado, o, por último, un seguro frente a los riesgos sociales.⁽³⁴⁾

Todos estos propósitos son acogidos en mayor o menor medida por la teoría de la responsabilidad y su reconocimiento dependerá de cómo se busque conciliar la indemnidad del patrimonio de los ciudadanos con el creciente número de actividades que realiza el Estado.

3.2. Responsabilidad: garantía del patrimonio individual

Sea que nos encontremos frente a una responsabilidad con un fundamento de imputación sin falta o con falta, el principal y más conocido propósito de su reconocimiento es mantener indemne el patrimonio del ciudadano.

Su rol de garante del patrimonio individual implica aceptar que todo daño que sufra un particular por la actividad de los órganos del Estado debe ser reparado en su integridad. Dos son las consecuencias que se extraen de esta finalidad:

- a) Primera, que tanto el daño patrimonial como el daño extrapatrimonial o moral deben ser cubiertos con la indemnización.
- b) Segunda, que para fijar esa indemnización no han de tomarse en cuenta las facultades económicas del afectado, sino sólo el efectivo daño provocado con la actuación perjudicial. Es por ello que la indemnización recoge como principio rector el de la reparación integral del patrimonio afectado.

Ahondemos un poco en la segunda consecuencia: al tener un rol de garantía patrimonial, la sentencia no puede tomar en consideración el nivel económico del afectado para fijar la indemnización, ni a favor ni en contra. ¿Cómo se explica esta afirmación? Por ejemplo, el hecho de contemplarse la responsabilidad con este rol, no puede permitir considerarse como un elemento de redistribución de ingresos, es decir, frente a un mismo hecho dañoso no se podrá otorgar una indemnización mayor a quien tenga menos ingresos, en consideración a que tendrá mayores dificultades para hacer frente a los efectos del daño, y una menor a quien tenga un nivel económico mejor, pues con este criterio incluso podría llegarse a desconocer el derecho a indemnización.

⁽³⁴⁾ Vid., a este respecto, REBOLLO, Luis Martín, Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre, 1999, Madrid, España, páginas 317 a 377.

3.3. Responsabilidad: parámetro de orden y control del funcionamiento de los órganos del Estado

Reconozcamos desde ya que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido estudiado siempre desde la óptica de la garantía individual, desconociendo que también tiene un rol social dentro del funcionamiento de los órganos del Estado. Es, entonces, la responsabilidad, un instrumento de control y de orden de estos órganos, aunque sólo tenga aplicación en los supuestos o fundamentos de imputación con falta.

Como instrumento de control y orden, la responsabilidad juega un **papel pedagógico**. Se busca que el Estado aprenda como debe desempeñarse en el futuro para evitar ser condenado al pago de alguna indemnización por lesión del patrimonio individual. Al estar frente a una sentencia definitiva que determine que la imputación del hecho dañoso se funda en una falta, los órganos, sean ejecutivos, legislativos o judiciales, deben preocuparse de no volver a colocar sus actuaciones bajo los mismos supuestos, pues si lo hacen serán nuevamente condenados a indemnizar.

La responsabilidad contribuye con el buen funcionamiento del Estado al establecer **parámetros o pautas de cómo debería ser el actuar de sus órganos** para evitar daños futuros. No se busca con esto instaurar frenos a las actividades del Estado, que son muchas y de la más variada índole, sino que sus actuaciones se enmarquen dentro de un modelo de conducta. Estas pautas, que muchas veces son elaboradas por los propios órganos afectados, deben reflejar el contenido de las sentencias judiciales condenatorias en materia de responsabilidad.

3.4. Responsabilidad: precio de las políticas y actividades del Estado

Cuando estamos frente a casos de imputación sin falta, cabe preguntarse si además de la tradicional finalidad de garantía individual hay otras finalidades que desempeñe la responsabilidad. La respuesta, afirmativa, revela que estas otras finalidades son dos: la de precio de las políticas y actividades del Estado, que pasamos a examinar, y la de seguro frente a los riesgos sociales, que analizaremos en el apartado que sigue.

Afirmar que la responsabilidad es un precio de las políticas y actividades del Estado implica partir de la base que la responsabilidad emana de actividades efectuadas en **ejercicio legítimo de ciertas políticas públicas**, que a su vez provocan perjuicios a los particulares.

Estas actividades o políticas públicas pueden tener como finalidad la **seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública, la conservación del patrimonio ambiental y, en general, el bien común**, y aunque pueden haber seguido el procedimiento establecido para su nacimiento a la vida del Derecho, aún así provocan un daño. Esta actividad, ya sea realizada por medio de una ley o un decreto, se encuentra ajustada a lo que el ordenamiento jurídico prescribe, y en este sentido obliga al particular a aceptar los efectos dañosos que de ella deriven, pero bajo ningún supuesto le impone el deber de soportar la disminución patrimonial que el daño le provoca. Si el órgano desea perseverar en su acto deberá estar dispuesto a pagar **un precio** por dicha actividad, y ese precio no es otro que la indemnización por el daño que irroga a los particulares.

El hecho de vivir en sociedad conlleva el estar rodeados de **potenciales riesgos sociales** que en ciertas oportunidades importan daños. algunos de ellos incluso constituyen una carga pública que debe cumplirse; sin embargo, hay otros casos producidos por la acción u omisión de un tercero, en que éste debe asumir los daños provocados por los riesgos que creó con su actividad.

Cuando este tercero es el Estado y su actividad es la generadora de los riesgos sociales, la responsabilidad asume el importante **rol de seguro** frente a estos riesgos. Materializado el riesgo en un daño, el particular afectado por la actividad riesgosa que realiza el Estado deberá hacer efectiva la responsabilidad para obtener la correspondiente indemnización.

En estos supuestos de responsabilidad sin falta, el efecto dañoso se produce, no por la falta de diligencia y cuidado, sino que por la naturaleza de la actividad que despliega el Estado. Son ejemplos de este tipo de actividades riesgosas el traslado de elementos nucleares, las actividades militares relacionadas con manejo de explosivos, las campañas de vacunación masiva, entre muchos otros.

3.6. Las Finalidades de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus implicancias

El análisis de cada una de las finalidades que se atribuyen a la Responsabilidad extracontractual del Estado nos permitirá estudiar como cada una de ellas y todas conjuntamente consideradas informan las decisiones que en esta materia están llamados a tomar el legislador y los tribunales de justicia.

El artículo 1º de nuestra Carta Fundamental le atribuye al Estado la finalidad de promover el bien común. Todas las instituciones que sean creadas al amparo de este texto deben perseguir ese fin y constituyen un medio para conseguirlo.

Artículo 1º, inciso 4º. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

La responsabilidad de Estado es una de esas instituciones, por tanto, en su consagración constitucional y legal debe buscar la promoción del bien común. Ya no basta con perseguir, en el establecimiento de la responsabilidad, la tradicional finalidad de garantía patrimonial individual para alcanzar este objetivo, sino que parece necesario, además, complementarla con otros fines, parámetros de orden y control del funcionamiento de los órganos del Estado, precio de sus políticas y actividades y seguro frente a los riesgos sociales. Sólo así se estará cumpliendo con el mandato constitucional que impone al Estado el deber de "contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece."

Todas las decisiones de política legislativa y judicial que se adopten con relación a la responsabilidad del Estado estarán íntimamente vinculadas con alguna de estas finalidades. Así, por ejemplo, en el caso de optar entre una responsabilidad con falta o sin falta como regla de general aplicación, la

decisión estará determinada por la o las finalidades que cada ordenamiento jurídico le atribuya a la responsabilidad.

Si el Estado, a través de nuestro ordenamiento jurídico, debe promover el bien común, la responsabilidad es uno de los medios que tiene para conseguirlo. Por tanto, esta institución, al consagrar múltiples finalidades, no tan sólo busca el bienestar de uno de los individuos (el indemnizado), sino que el de todos y cada uno de ellos.

4. Elementos de la Responsabilidad del Estado

4.1. Generalidades.

Al dar comienzo al estudio de los elementos de la responsabilidad del Estado, preciso es recordar que la responsabilidad es una situación jurídica pasiva que emana de una relación jurídica de Derecho Público, que es tal por consistir en un vínculo medial que tiene como sujeto pasivo a un órgano del Estado y como sujeto activo a un particular. Si el Estado provoca una lesión en el patrimonio de un particular que no está obligado a soportar, y este reclama su reparación ante los tribunales, llegando en último término a obtener en el juicio, surge un vínculo jurídico entre ellos que constituye una relación jurídica de Derecho Público.

Desde este punto de vista, nuestro estudio se abocará al análisis de los elementos de esta relación jurídica de Derecho Público, tanto en su aspecto pasivo, es decir, la responsabilidad de los órganos del Estado, como en su aspecto activo, el derecho del particular a ser indemnizado por determinadas lesiones. Distinguiremos, para ello, entre **elementos subjetivos**: que responden a la pregunta quiénes pueden ser titulares de esta situación jurídica activa y pasiva, y **elementos objetivos**, que son:

1. Los fundamentos de imputabilidad de la acción u omisión dañosa al Estado
2. La existencia de un daño indemnizable
3. El nexo causal entre la actuación dañosa y el daño causado.

Uno de los elementos más importantes en el surgimiento de esta relación jurídica es el fundamento que justifica la responsabilidad del Estado o, más correctamente, desde nuestro punto de vista, el de imputación de los perjuicios al Estado, que explica por qué un determinado daño es atribuible a los órganos que conforman el Estado.

Por la trascendental importancia que esta materia reviste en la teoría de la responsabilidad del Estado, la trataremos en forma separada para cada uno de los órganos del Estado.

En este apartado estudiaremos, pues, los elementos de la responsabilidad del Estado, abarcando el daño como su elemento central, los perjuicios indemnizables y la causa productora del daño, referidos al Estado en general, por su actividad administrativa, legislativa y judicial.

4.2. Elementos subjetivos

Toda relación jurídica tiene sujetos titulares de los derechos y deberes que nacen de ella. Veamos entonces quiénes pueden ser sujetos activos y quiénes sujetos pasivos de la relación jurídica que da origen a la responsabilidad.

a) Sujeto activo

Serán sujetos activos **todas las personas que se encuentren fuera de la organización del órgano público** que causó la lesión que da origen a la relación jurídica. Su situación jurídica activa consiste en el derecho a exigir al Estado el pago de la indemnización por el daño provocado. Por regla general, son los particulares lesionados sujetos activos. Estos, sin duda, no pertenecen al órgano público que causó el daño, son personas externas a su organización.

Pero esta no es la regla absoluta, porque en algunas oportunidades también pueden ser sujetos activos los **organismos públicos**. Es el caso de los órganos que gozan de personalidad jurídica y que como sujetos de derecho actúan en forma independiente en la vida jurídica, con la posibilidad cierta de poderseles provocar daños o que ellos los causen. Un caso típico es el de las municipalidades. Se señala que "sería absurdo que, frente a una agresión patrimonial ilegítima, la Ley quisiera proteger más a los sujetos privados, portadores de intereses privados, que a los sujetos públicos, portadores de intereses públicos. Si por efecto de la ruptura de una presa mal construida se anegan terrenos privados y un parque municipal, por ejemplo, ¿por qué y, en virtud, de qué título legal, se podría obligar al Municipio a soportar un daño contra el que los particulares pueden reclamar?"⁽³⁵⁾

Confirma lo anteriormente expuesto, la opinión del profesor Rolando Pantoja en orden a que "la referencia a los particulares como sujetos activos para demandar la responsabilidad del Estado por los daños sufridos, en ningún caso es excluyente del derecho que tienen los organismos administrativos con personalidad jurídica de intentar este tipo de acciones en contra de otras entidades de igual naturaleza, ya que lo contrario obligaría al legislador a crear un contencioso especial para los conflictos jurídicos surgidos con ocasión de la actividad administrativa, cuando la acción corresponde a un organismo de la Administración del Estado agraviado por las actuaciones de otra institución administrativa.... lo que nunca ha estado en el pensamiento del Constituyente."⁽³⁶⁾

b) Sujeto pasivo

Pueden ser considerados sujetos pasivos de esta relación jurídica, **todos los órganos del Estado**, y serán órganos del Estado aquellos a los que por la Constitución o la ley se les haya encomendado el ejercicio de una función pública con la correspondiente atribución de potestades públicas.

El concepto es amplio, pero busca dar cabida a todos los órganos que potencialmente puedan causar un daño a los particulares, normalmente las administraciones públicas, pero también pueden originar daños el órgano legislativo y el poder judicial.

¿Qué ocurre cuando son dos o más los órganos del Estado que pueden ser considerados sujetos pasivos, por haber concurrido en la producción del daño? Normalmente no existe norma alguna que dé una solución a este grave problema. Pero podemos adelantar, desde luego, dos soluciones: la responsabilidad simplemente conjunta o la responsabilidad solidaria; por ser ambas de objeto divisible (pago de una indemnización).

En nuestro Derecho, el legislador ha optado por la responsabilidad solidaria como una solución en materia de responsabilidad extracontractual

⁽³⁵⁾ DE LA MORENA y de la Morena, Luis. Op. cit., página 354.

⁽³⁶⁾ Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre Probidad Administrativa de los

civil. Así, el artículo 2317 del Código Civil contempla un caso de solidaridad pasiva legal al señalar:

Artículo 2317. Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito,...

Sin embargo, el Derecho Administrativo es un derecho original, con lo que se quiere decir que “el Derecho Administrativo es una disciplina jurídica que tiene su propio cuerpo proposicional y doctrinal, sus propias normas y principios, de manera que no reconoce relación de especialidad respecto del derecho común o general.”⁽³⁷⁾ Por lo tanto, las normas de responsabilidad del Estado no guardan relación con las normas del Derecho Civil, no pudiendo ser consideradas supletorias para llenar una laguna normativa. En conclusión, la norma contenida en el artículo 2317 del Código Civil no tendrá aplicación en el ámbito público, lo que lleva a concluir que cuando dos o más órganos de la Administración causan el daño, nace una obligación simplemente conjunta, salvo que el legislador contemple expresamente una solidaridad pasiva legal, solución más protectora de los intereses de la víctima.

4.3. Elementos objetivos

Dentro de los elementos objetivos centraremos nuestra atención en la existencia del daño o perjuicio que haya afectado a un particular (sujeto activo), para lo cual estudiaremos los requisitos que a su respecto deben concurrir para que sea procedente la indemnización y de qué naturaleza deben ser esos perjuicios para que sea factible indemnizarlos, refiriéndonos especialmente al daño moral. Además, atenderemos a la existencia de un nexo causal entre el daño y la actuación del Estado que provocó el daño.

a) El perjuicio indemnizable

El elemento que a continuación analizaremos, el daño, lesión o perjuicio, es en nuestra época **el núcleo sobre el cual gravita la teoría de la responsabilidad**, dejándose a un lado el elemento de culpabilidad del autor. Así puede constatarse en nuestros ordenamientos jurídicos, porque si bien es posible encontrar en ellos casos de responsabilidad sin falta, no se encontrarán, empero, casos de responsabilidad extracontractual sin daño.

Comencemos reconociendo que no todo daño deberá ser reparado por el Estado, es decir, no todo daño tendrá el carácter de lesión indemnizable. Los órganos públicos pueden provocar daños con la realización de actividades públicas o a raíz de la gestión de los bienes de que sean propietarios o usuarios, con el ejercicio legítimo o ilegítimo de potestades públicas, con conocimiento o sin conocimiento de la posibilidad de su acaecimiento, y sólo algunos de esos daños tendrán el carácter de lesión indemnizable y otros no.⁽³⁸⁾

(37) PANTOJA Bauzá, Rolando. El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización y prospección. Colección manuales jurídicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1996, página 155.

(38) Usaremos indistintamente los términos daño, perjuicio y lesión patrimonial con el apelativo indemnizable cuando sea procedente a su respecto la indemnización. Sin embargo, es importante tener presente que en España se distingue el perjuicio o daño de la lesión. Así, por todos, Eduardo García de Enterría sostiene que es conveniente "...comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o

Si ya no es la conducta culpable o dolosa del agente lo que hace que un daño se transforme en lesión indemnizable, como ocurría en los supuestos de responsabilidad subjetiva, serán las propias características del daño las que harán posible su indemnización.

La doctrina sostiene que para que un daño se transforme en una lesión indemnizable es necesario que sea **antijurídico** y, además, que concurren otros **requisitos adicionales**. Si falta cualquiera de ellos, no será procedente la indemnización del daño.

i) Antijuridicidad del perjuicio

El concepto de antijuridicidad, acuñado en el Derecho Penal para reprochar una conducta típica a su autor, será enfocado en el ámbito de la responsabilidad del Estado desde el punto de vista del particular hacia el órgano público. Desde este ángulo, el daño, para ser calificado de antijurídico, se desliga de la conducta del autor del perjuicio, no interesa determinar si se ajustó o no a derecho; **lo que importa es determinar si el sujeto que sufre el daño tenía el deber jurídico de soportarlo**. El daño será antijurídico, entonces, en la medida que el particular lesionado no tenga el deber jurídico de soportarlo, por no existir un título jurídico que justifique la carga impuesta sobre él en forma discriminatoria.

Este criterio, que define la antijuridicidad desde la posición del sujeto dañado, es el que jurídicamente mejor expresa el instituto de la responsabilidad, por cubrir tanto los fundamentos de imputación con falta como los de imputación sin falta.

¿Cuándo el sujeto no se encuentra en la obligación de soportar el daño? O en otras palabras ¿Cuándo el daño es antijurídico? Analicemos algunos ejemplos ilustrativos:

- a) **Ejemplo de daño que el particular tiene el deber jurídico de soportar:** si en ejercicio de las potestades urbanísticas el Estado decreta la demolición de un edificio que amenace ruinas, el particular afectado por la demolición sufrirá un daño patrimonial, pero éste no es indemnizable, porque la facultad que se reconoce al Estado tiene como necesaria consecuencia la producción de un daño.
- b) **Ejemplo de daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar:** si en la construcción o mantenimiento de una obra pública se causa un daño a un bien de propiedad de un particular, éste no tendrá el deber jurídico de soportarlo, pues esta potestad pública no tiene como correlato, ni explícito ni implícito, la producción de daños a terceros.

Comencemos estableciendo que por regla general el sujeto dañado no tiene el deber jurídico de soportar un daño que haya sido causado por un órgano del Estado. El reconocimiento del principio de la responsabilidad por la circunstancia de estar inmersos dentro de un Estado social de Derecho, impone aceptar esta premisa jurídica, de manera que un corolario diferente solo podrá emanar de una norma jurídica que establezca la obligación del particular de soportar los daños, sea explícitamente, como cuando el legislador señala "que todo daño causado en ejercicio de esta potestad no será indemnizado", o implícitamente, como cuando las potestades atribuidas tienen como esencial consecuencia la producción de un daño que el particular deberá soportar (potestades urbanísticas).⁽³⁹⁾

resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico...." Op. cit., página 321.

(39) Si estamos frente a una norma legal que contemple la obligación expresa o tácita de soportar el

ii) Requisitos adicionales del perjuicio

El perjuicio, para ser indemnizable, deberá, además de ser antijurídico, reunir una serie de características que la doctrina y la jurisprudencia califican de esenciales.

Se dice que el daño debe ser cierto o efectivo, evaluable o apreciable económicamente, que debe afectar una situación jurídicamente protegida, que debe ser probado por la víctima, individualizado en relación con una persona o grupo de personas y directo. Estudiemos cada una de estas características.

El daño debe ser cierto o efectivo: significa que el perjuicio que se causa a la víctima debe tener una existencia real, lo que se manifestará en una disminución concreta de su patrimonio (daños patrimoniales) o de su bienestar (daños extrapatrimoniales). Entiéndense comprendidos en ellos tanto los daños presentes, respecto de los cuales es indudable su certeza, pues son fácilmente constatables, como los daños futuros, a pesar de que no han acaecido aún, si no cabe duda que se producirán. A título de ejemplo podemos mencionar el caso del estudiante universitario que sufre de invalidez como consecuencia de un accidente causado por un órgano del Estado: la pérdida de la capacidad profesional de la víctima es un daño futuro, pero cierto, porque si el daño se hubiese producido con posterioridad a su titulación habría sido presente y derechamente indemnizable. Diferente es el caso de otros proyectos que la víctima hubiese tenido, sin vinculación con sus estudios superiores, porque no son indemnizables, en tanto no son ciertos. En resumen, se rechaza la reparación del daño eventual, que es aquel meramente hipotético que consiste en simples expectativas respecto de las que no existe la certidumbre de un resultado lesivo final.

El daño debe ser evaluable o apreciable económicamente: partamos de la base que tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales deberán ser evaluables económicamente. A pesar de la aparente contradicción que esta afirmación conlleva, no es tal. Veremos más adelante que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido la necesidad de indemnizar los daños extrapatrimoniales o morales; por lo tanto, estos tendrán que ser evaluados económicamente por el juzgador e indemnizados. Este requisito apunta fundamentalmente a dejar de lado aquellas simples molestias que no tienen una significación patrimonial o moral trascendente, el juez no podrá considerarlas para apreciarlas desde un punto de vista económico, y como la indemnización en estos casos es dineraria se hará imposible su reparación.

El daño debe afectar una situación jurídicamente protegida: quedan comprendidas en él, por ende, las lesiones a un derecho subjetivo y a un interés legítimo. La lesión a un derecho no genera dudas, pero ¿Qué ocurre con los daños a los intereses de una persona? Se ha dicho que si el interés es legítimo deberá ser indemnizado, por tratarse de una situación jurídica que no se encuentra al margen del Derecho, pero los simples intereses, que no presentan el carácter de legítimos, no serían indemnizables.

Dos situaciones ilustran los conceptos de interés legítimo y de interés simple. Si una pareja de novios sufre un accidente como consecuencia de una actuación del Estado y uno de ellos fallece, el sobreviviente tiene derecho a exigir indemnización, pues se trata de un interés legítimo, de una situación jurídicamente protegida (tengamos presente que nuestro propio Código Civil regula el contrato de esponsales atribuyéndole ciertos efectos

públicas, si fuese de otro modo, estaríamos frente a un caso de responsabilidad extracontractual del Estado legislador, por efecto de lo preceptuado en el artículo 19, N° 2, inciso 2°, de la Carta Fundamental.

patrimoniales). Si el mismo accidente es sufrido por una pareja que vive en concubinato, el sobreviviente no tendrá derecho a indemnización, pues estamos frente a un simple interés, al que el ordenamiento jurídico no reconoce ni da protección.

El daño debe ser probado por la víctima: sea que estemos ante un supuesto de responsabilidad con falta o sin falta, una de las cargas probatorias que pesan sobre la víctima es la prueba del daño. Deberá acreditarse durante la etapa probatoria, al menos la existencia del daño, requisito básico para que surja responsabilidad, y podrá dejarse para la etapa de cumplimiento del fallo la determinación específica de los perjuicios a indemnizar. Esta exigencia no presenta problemas en cuanto a los daños patrimoniales, sin embargo la situación no es pacífica en lo referente a los daños extrapatrimoniales, ya que parte de la doctrina sostiene que estos no pueden ser objeto de prueba y otra parte afirma que a su respecto es necesaria igualmente la prueba.

El daño debe ser individualizado en relación con una persona o un grupo de personas o debe ser especial: ello quiere decir que el perjuicio no debe afectar a la totalidad de los individuos que conforman la sociedad.

El daño debe ser directo: hay autores que agregan como requisito del daño que este sea directo, lo que no es del todo correcto, porque este requisito alude más bien a la existencia de un nexo causal entre el actuar del Estado y el daño. Más adelante estudiaremos la relación de causalidad como un elemento conformador de esta relación jurídica.

b) Daños patrimoniales y extrapatrimoniales

En este apartado buscaremos esclarecer qué tipo de daños, materiales o morales, van a ser considerados como tales en la indemnización que el Estado deberá pagar al sujeto afectado. El criterio básico que impera en esta materia dice que deben ser indemnizados tanto los daños patrimoniales o materiales como los daños extrapatrimoniales o morales causados por la actividad del Estado.⁽⁴⁰⁾

Sin pretender realizar un estudio sobre el controvertido tema de la indemnización de los daños materiales y los daños morales, que tanto ha ocupado y seguirá ocupando a la doctrina civil, dejaremos sentados algunos planteamientos básicos.

Esta clasificación de perjuicios atiende a la naturaleza del bien o bienes dañados. Es por ello que se utilizarán indistintamente los términos de daño material o patrimonial y los de daño moral o extrapatrimonial.

El **daño material** es aquel "detrimento inferido a un bien con significado económico o pecuniario y que, por lo tanto, afecta al patrimonio del que lo sufre".⁽⁴¹⁾ Se manifiesta en "la diferencia entre el estado y posición económica de la víctima después de ocurrido el hecho, y la situación en que hipotéticamente se encontraría en caso de que el hecho no hubiese ocurrido"⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Hoy en día ha sido superada la discusión doctrinaria referida a si era o no posible la indemnización de los daños morales en materia de responsabilidad extracontractual. Quienes se oponían a su reconocimiento afirmaban que el daño moral era un término contradictorio, considerando que todo daño debía materializarse, que no era posible aportar pruebas a su respecto, que no era factible su evaluación económica y, por último, que incluso podía resultar inmoral intentar reparar perjuicios de esta naturaleza. Sin embargo, en nuestro país aún se plantea el problema de si en la responsabilidad contractual se indemnizan los perjuicios materiales y morales o solamente estos últimos.

⁽⁴¹⁾ VERGARA Bezanilla, Jose Pablo. La mercantilización del daño moral. Revista de Derecho, editada por el Consejo de Defensa del Estado, N° 1, año 1, julio 2000, página 69.

Tradicionalmente se incluyen dentro del daño patrimonial dos ítems: el daño emergente y el lucro cesante. Entiéndese por **daño emergente** el empobrecimiento efectivo, real y actual que experimenta el patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho dañoso; por ejemplo, puede traducirse en el deterioro o destrucción de bienes y en los gastos que se derivan del hecho mismo. Por su parte, el **lucro cesante** es la privación de la utilidad o de las ganancias que probablemente habría obtenido la víctima y que deja de percibir por la ocurrencia del hecho dañoso; el juez deberá omitir hipotéticamente el hecho dañoso y haciendo una proyección futura determinar los beneficios que se habrían obtenido considerando las circunstancias particulares del sujeto dañado.

Estos tipos de daños, materiales o patrimoniales, deben ser probados por quien sostiene su acaecimiento, es decir, el particular afectado, a través de los medios de prueba contemplados en la ley, de acuerdo a las reglas generales.

El **daño moral**, a diferencia de lo que ocurre con el daño material que es una noción decantada, genera diversos problemas que van desde el concepto mismo de daño moral, hasta las clases de perjuicios que lo integran.

En la **concepción del daño moral** se han confundido las consecuencias o efectos del daño con los elementos integrantes del concepto. Se ha dicho por la doctrina tradicional, que en nuestro país está representada por **Arturo Alessandri**, que el daño moral es "el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, o en sus sentimientos creencias o afectos."⁽⁴³⁾ Se hace referencia a las secuelas síquicas que el hecho dañoso provoca, como si el sufrimiento fuese la causa del daño y no su necesaria consecuencia. Con una noción tan vaga es aceptable todo tipo de pretensiones desmedidas y resulta imposible establecer patrones que permitan medir cualitativa y cuantitativamente el dolor experimentado, pues este variará de un individuo a otro. Sin duda "esto demuestra la insuficiencia de la concepción del daño moral basada en la idea del dolor, pesar o molestia, y lo poco consistente que ella resulta ante el derecho para fundar la responsabilidad civil y consiguientemente para erigirse en fuente de la obligación de indemnizar".⁽⁴⁴⁾

Lo difuso de la concepción anterior ha llevado a dos nuevas nociones de daño moral, que esta vez sí atienden a la naturaleza del bien dañado. La primera define al daño moral en términos negativos "como todo aquel menoscabo no susceptible de valuación pecuniaria.... daño moral es sinónimo de daño no patrimonial."⁽⁴⁵⁾ La segunda parte de la base que estamos frente a un daño moral cuando el bien lesionado es de naturaleza extrapatrimonial (no apreciable en dinero), por tanto, "el daño moral se caracteriza por atentar contra los derechos de la personalidad y contra los no patrimoniales de familia, lo que significa que él consiste en la lesión o detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, su integridad física o psicológica, su libertad, sus afectos, estabilidad y unidad familiar, esto es, en general, en los atributos o cualidades morales de la persona, con las consiguientes repercusiones en la normalidad de su existencia."⁽⁴⁶⁾

⁽⁴³⁾ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad extracontractual... Op. cit., página 220.

⁽⁴⁴⁾ VERGARA Bezanilla, José Pablo. Op. cit., página 68.

⁽⁴⁵⁾ BARROS, Eduardo. Op. cit., página 73.

⁽⁴⁶⁾ VERGARA Bezanilla, José Pablo. Op. cit., página 70.

Ahora bien: ¿Cuáles son las distintas clases o especies de perjuicios que pueden ser reclamados a título de daño moral?⁽⁴⁷⁾. Verbigracia, podemos citar los siguientes perjuicios, establecidos por la jurisprudencia francesa⁽⁴⁸⁾:

- a) **Pérdida de agrado** (*préjudice d'agrément*): referido a la pérdida de los goces ordinarios de la vida, que resienten la existencia cotidiana con motivo del daño causado. Es el caso de la pérdida de una habilidad, por ejemplo, tocar un instrumento.
- b) **Perjuicio estético** (*préjudice esthétique*): se alude a los daños a la estética de la víctima por efecto de una mutilación o deformación, lo que deviene en la perturbación de su vida cotidiana, con la consiguiente pérdida de la autoestima por las constantes discriminaciones de que será objeto.
- c) **Pretium doloris**: el daño comprende los sufrimientos físicos experimentados por la víctima con ocasión del hecho dañoso.
- d) **Perjuicio de afección** (*préjudice d'affection*): que cubre dos ámbitos: el daño que sufre una persona por la pérdida o deterioro de un bien a la que se encontraba afectivamente vinculado, y los daños causados por la muerte o lesiones que sufre un ser querido al que lo unía la misma vinculación.
- e) **Perjuicio sexual** (*préjudice sexuel*): se relaciona con la imposibilidad que tiene la víctima de llevar una vida sexual normal como derivación del daño que ha sufrido.
- f) **Perjuicio juvenil** (*préjudice juvénile*): que se corresponde con el perjuicio particular que siente una persona joven al constatar su propia desgracia y la pérdida futura de llevar una vida normal.
- g) **Perturbaciones a las condiciones de existencia** (*troubles dans les conditions d'existence*): es este último ítem el más amplio, incluso puede comprender alguno de los antes ya citados, y el que más ha sido indemnizado en la jurisprudencia administrativa. Considera que cualquier modificación o alteración de las condiciones normales de vida que el sujeto dañado o sus familiares llevaban deberá ser indemnizado como daño extrapatrimonial. Para alguna doctrina jurisprudencial era necesario que la perturbación tuviese cierta gravedad para que sea indemnizable.

c) La relación de causalidad

El último requisito de la responsabilidad extracontractual es la relación de causalidad, que es el **elemento que permite vincular o conectar la actuación del Estado con el perjuicio causado**. Las teorías que buscan explicar esta vinculación fueron acuñadas en la dogmática penal y recogidas por el Derecho Civil, y serán las mismas que estudiaremos a propósito de la resposabilidad del Estado, considerando que la evolución alcanzada es plenamente aplicable en el Derecho Público.

En la mayoría de los casos, el problema de la causalidad entre la actuación y el daño es fácil de resolver, porque hay sólo una causa que aparece

⁽⁴⁷⁾ Vid., a este respecto DOMINGUEZ Hidalgo, Carmen. Aspectos modernos de la reparación por daño moral: contraste entre el Derecho Chileno y el Derecho Comparado. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte sede Coquimbo, año 6, 1999, página 35.

⁽⁴⁸⁾ Citamos a la jurisprudencia francesa en esta materia por considerarla una de las más avanzadas en la determinación de las distintas clases de daños morales. En los tribunales ordinarios de justicia la primera sentencia que acogió la indemnización del daño moral es del 15 de junio de 1833, en el arrêt Chambres réunies. Y en los tribunales contencioso administrativos destacan dentro de las primeras: el arrêt Demoiselle Ducassé de 1936, daño ocasionado a la reputación, y el arrêt Sudre

como productora del daño. Por ejemplo, si el conductor de un vehículo de la policía, al conducir a exceso de velocidad en la persecución de unos delincuentes, atropella a un transeúnte que circulaba por la misma arteria causándole la muerte, no hay duda que la causa del daño: muerte del transeúnte, se encuentra íntimamente vinculada con la acción del Estado: conducción a exceso de velocidad.

El problema deviene en complejo cuando en la producción del daño confluyen **varias causas**, ya sea concurrente o sucesivamente, y se hace necesario decidir cuál o cuáles fueron las causas que directa y necesariamente causaron el daño, y que han de ser consideradas causas desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual. Sólo una vez precisada que causa produjo el daño, será posible, desde el punto de vista jurídico, atribuir el resultado dañoso a un sujeto determinado y saber en qué medida concurrió en la producción del daño. La doctrina administrativista tiene en este caso un ejemplo clásico, el "... del individuo que mata a otro que le está robando y que le mata con la misma pistola que fabricó el armero, que le vendió al comerciante y que le autorizó a usar la Administración... ¿A quién y en qué proporción responsabilizamos del homicidio? ¿Al que lo comete? ¿A la propia víctima? ¿Al armero que fabricó el arma? ¿Al comerciante que la vendió? ¿A la Administración que otorgó una licencia de uso que, acaso, hubiera debido denegar o revocar?... Descartados el armero y el vendedor, cuyas intervenciones plenamente lícitas se limitaron a fabricar o vender el arma... la intervención de los demás sujetos en el evento lesivo perfectamente podríamos calificarla de "condición necesaria" para la producción del mismo, con la consiguiente imputación de responsabilidad a cada uno de ellos en proporción al mayor o menor "poder causal" o eficiente atribuido a sus respectivas intervenciones."⁽⁴⁹⁾

El ejemplo antes mencionado nos conduce al estudio de las teorías que explican cuál o cuáles de las intervenciones puede ser considerada la causa del daño y de las circunstancias que interfieren en el nexo causal, como pueden ser la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

i) Teorías aplicables

Para comenzar, digamos que en materia de responsabilidad extracontractual la jurisprudencia ha optado por la aplicación de dos teorías: la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *condictio sine qua non* y la teoría de la casualidad adecuada o eficiente.

La **teoría de la equivalencia de las condiciones** fue formulada por el jurista alemán **Von Buri**. En ella "se considera como causa del daño a todos los hechos o acontecimientos de los que se pueda decir que sin ellos, sin su concurso, el daño no se habría producido, apareciendo todos ellos por tanto como condición necesaria para la producción de aquél."⁽⁵⁰⁾ Al considerarse como causa del daño todos los hechos que han concurrido a su acaecimiento, todos éstos son equivalentes entre sí desde un punto de vista jurídico, de ahí su denominación. La forma de determinar que un hecho ha concurrido como condición necesaria a la producción del daño es por medio de un procedimiento de supresión mental hipotética: si al eliminar el hecho del curso causal que siguieron los acontecimientos el daño no se hubiese producido, ese hecho es condición necesaria del daño. Es por ello que también se le denomina teoría de la *condictio sine qua non*.

⁽⁴⁹⁾ DE LA MORENA v de la Morena, Luis. Op. cit., página 380.

Un ejemplo que ilustra esta teoría lo encontramos en un caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, del año 1974: "Debido a la emisión de un programa televisivo y que resultó injurioso para la dignidad del entonces Presidente de Guinea Ecuatorial, éste reaccionó aplicando una original represalia consistente en perjudicar gravemente los intereses patrimoniales de los españoles residentes en dicha República por algo que obviamente no les era imputable a ellos y sí únicamente a Televisión Española (emisora televisiva de propiedad estatal)."⁽⁵¹⁾

Los españoles residentes en ese país y que se vieron perjudicados, demandaron al Estado español por responsabilidad extracontractual y el Tribunal Supremo acogió su demanda por considerar que en este caso se desplazaba la responsabilidad del Presidente (quien directamente causó el daño a los españoles residentes en Guinea Ecuatorial) hacia Televisión Española, por haber sido esta la que emitió el programa causa de la reacción del Mandatario. Si el programa no se hubiera transmitido, no se habría causado el daño.

La **teoría de la causalidad adecuada o eficiente** fue enunciada por otro jurista alemán, **Von Kries**, quien criticó la doctrina anterior por estimar que con su aplicación se posibilitaba que un hecho cualquiera sin mayor vinculación con el daño pudiese ser considerado causa del mismo y su autor obligado a la reparación. Para este jurista, "entre todas las causas que concurren a la producción del daño debe elegirse aquella que normalmente ha de producirlo, o sea, es necesario preferir el acontecimiento que ha desempeñado el papel preponderante en la ocurrencia del perjuicio."⁽⁵²⁾ Se trata de aislar el hecho que haya jugado un papel creador determinante del daño y atribuirle la calidad de causa eficiente.

La jurisprudencia, tanto francesa como española, ha adoptado, en todo caso, una actitud pragmática, sin definirse por una u otra teoría, lo que le da una amplia flexibilidad para decidir por el principio de garantía patrimonial de la víctima, con la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, o por un principio de responsabilidad más restringido, con la teoría de la causa adecuada o eficiente.

ii) Circunstancias que interfieren en el nexo causal

Las circunstancias a que nos referiremos en este párrafo son todas aquellas que desvinculan, total o parcialmente, el daño sufrido por la víctima de la actividad desplegada por el Estado. Pueden ser: la culpa de la víctima, el hecho de un tercero y la fuerza mayor o caso fortuito.

El grado de interferencia en el nexo causal de cada una de estas circunstancias determinará su naturaleza de atenuantes o eximentes de responsabilidad del Estado. Adelantemos que sólo la fuerza mayor es una causal eximente de responsabilidad, pues el hecho de un tercero y la culpa de la víctima pueden ser, según el caso y como veremos, atenuantes o eximentes.

La culpa de la víctima: entiéndese que la víctima incurre en este tipo de falta en los casos en que incumple el deber general de prudencia y diligencia que todos debemos desplegar en nuestra vida en sociedad. Cuando en la ocurrencia del daño, la culpa de la víctima tiene alguna incidencia, podemos vernos frente a tres situaciones diferentes:

- a) Que la falta de la víctima no haya sido relevante o no tenga una incidencia causal en la producción del daño: caso en el cual, si ha

⁽⁵¹⁾ Vid., a este respecto DE LA MORENA y de la Morena, Luis. Op. cit., página 384.

concurrido con un hecho de un órgano público, será este responsable, por no haber interferencia en el nexo causal.

- b) Que la falta de la víctima haya contribuido a la producción del daño, pero no haya sido su única causa: estaremos en presencia de una concurrencia de causas, por un lado el hecho de la víctima y por el otro la actuación del Estado. La solución más razonable es la moderación o rebaja de la indemnización que el Estado debe pagar, en la proporción exacta en que su actividad colaboró en el acaecimiento del daño. Por tanto, estamos en presencia de una atenuante de responsabilidad.
- c) Que la falta de la víctima haya determinado la ocurrencia del daño: en este caso a pesar de que pueda haber un hecho imputable a un órgano del Estado, éste no incidió en el curso causal, sólo la víctima es responsable del daño que sufrió. La falta de la víctima es una eximente de responsabilidad.

El hecho de un tercero: en primer lugar, digamos que debe tratarse de una persona distinta del autor del daño (órgano del Estado) o de la víctima. Y en segundo lugar, que nuevamente debemos distinguir si el hecho del tercero es la única causa del daño o si concurre en su producción.

- a) Si el hecho del tercero determina la producción del daño por ser su única causa: en la medida que no exista otro hecho, como un hecho del Estado, que haya concurrido en la producción del daño, el responsable será el tercero y su acción implicará una causal eximente de responsabilidad para el Estado.
- b) Si el hecho del tercero contribuye a la ocurrencia del daño por concurrir con otras causas: la indemnización total del perjuicio causado a la víctima deberá ser soportado por el tercero y el órgano del Estado, en proporción a la injerencia que su actuar haya tenido en la producción del daño.

Sin embargo, y a pesar que la solución de repartir la deuda entre quienes concurrieron a su producción es la que parece más justa, la jurisprudencia se ha encontrado ante una serie de dificultades para dejar indemne a la víctima. Por ello, y con el fin expreso de hacer primar el principio de integridad patrimonial de la víctima, la jurisprudencia española ha optado por aplicar la teoría de la equivalencia de las condiciones, considerando que todos los hechos que concurrieron a la producción del daño son condiciones necesarias del mismo y, por lo tanto, el hecho de un tercero no excluye la responsabilidad del Estado. Un caso en que se aplicó este criterio es el que recordábamos recientemente al tratar de la teoría de la *condictio sine qua non*: sin duda el jefe de Estado guineano concurrió con su actuación a la producción del daño, conjuntamente con el ente estatal, pero no resultaba factible hacerle exigible a él las consecuencias de su acto. En consideración a esta particular situación se condenó al Estado español al pago total de la indemnización.

El caso fortuito o la fuerza mayor: el efecto que genera su acaecimiento es el de excluir la relación de causalidad, con lo que se exonera completamente de responsabilidad al Estado, quien sólo puede ser considerado como autor aparente del daño. El caso fortuito está determinado por tres notas características: su imprevisibilidad, su irresistibilidad y su externalidad. Que la fuerza mayor sea imprevisible implica que el acontecimiento que la configura no es razonablemente imaginable, nadie puede prever su ocurrencia. Que sea irresistible significa que no es posible impedirla, y por ende no es posible evitar la producción del daño, a pesar de haber desplegado el autor una conducta diligente. Y por último, que sea externa, quiere decir que es necesario que no exista relación con la actividad productora del daño.⁽⁵³⁾

⁽⁵³⁾ La doctrina y jurisprudencia francesa y española distinguen entre el caso fortuito y la fuerza

III. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Planteamiento específico

La responsabilidad de la Administración Pública es el núcleo central de la responsabilidad extracontractual del Estado, pues no sólo fue la primera en ser instituida en el mundo occidental: por el arrêt Blanco, el año 1873, sino que se transformó, por su importante evolución, en el prototipo de la responsabilidad patrimonial estatal, en términos que hasta el día de hoy las Facultades de Derecho del mundo occidental reservan el estudio de esta materia al Derecho Administrativo. Por lo demás, hay dos situaciones de hecho que facilitaron su temprana aceptación:

- Por una parte, porque la Administración Pública tiene una **mayor proximidad operativa a la realidad**, al ser el órgano estatal que por la naturaleza de sus funciones y actividades se encuentra en contacto directo con los ciudadanos, lo que aumenta las posibilidades de ocasionarles un daño. La actividad administrativa, a diferencia de lo que ocurre con la legislativa y judicial, es, en efecto, una actividad inmediata, ya que el funcionario a través del cual actúa el órgano tiene una relación directa con el administrado al que se le presta el servicio, en tanto y en cuanto, para decirlo en palabras de la teoría realista francesa, tiende a satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua.
- Por otra parte, porque desde el **punto de vista cuantitativo**, las actividades que despliega la Administración para satisfacer los intereses sociales son ininterrumpidas y considerablemente superiores a las que desempeñan los órganos legislativo y judicial, con lo que aumenta en la misma proporción la posibilidad de causar daños. Este mayor número de actividades tiene como fundamento la circunstancia que la actividad de la Administración es esencialmente práctica, debiendo aplicar las normas constitucionales y legales vigentes a todos los casos concretos que se le presenten y se encuadren dentro de los términos generales de éstas. También, porque la actividad administrativa es permanente y continua, ya que no sólo debe actuar a requerimiento de los particulares en asuntos que les interesan o de oficio en todos los asuntos públicos de su competencia, sino que debe estar en una permanente y constante prestación de servicios, como es el caso de los servicios hospitalarios o educacionales de carácter público, lo que no ocurre tratándose de la actividad judicial o legislativa.

Históricamente, pues, la actividad del Estado administrador fue la primera función estatal en que recibió aplicación el principio de la responsabilidad extracontractual, dejando de lado varios siglos de imperio del principio exactamente contrario. Ya decíamos que con el advenimiento del Estado social de primera generación, la Administración toma un rol activo, de

causalidad, al tener una característica que lo distingue de la fuerza mayor que si opera como causal de exoneración. ¿Cuál es esa nota particular? Es la ausencia de externalidad, pues el hecho que lo configura se encuentra conectado al objeto dañoso o al funcionamiento del servicio que provocó el daño. La delimitación definitiva del caso fortuito en el Derecho Administrativo se debe a Hauriou, quien en un comentario al arrêt Ambrosini, del año 1912, sostuvo que la explosión de un navío de guerra en la rada de Tolón por causas desconocidas no podía ser considerado un caso de fuerza mayor, porque la causa de la explosión fue interna al navío. *Journal des Services Publics, Mécanisme du cas fortuito en la cause d'exonération*"

prestador de servicios públicos, y comienza a desplegar una amplia gama de actividades que potencialmente podían provocar daños.

Una vez recorrido el itinerario que nos llevó desde el principio de la irresponsabilidad al de la responsabilidad del Estado, y a examinar los fundamentos en que descansa este último, nos plantearémos la pregunta de cuándo la Administración es responsable, es decir, en que casos específicos se puede hacer valer la responsabilidad del Estado, interrogante que nos conduce al estudio de **los fundamentos de imputación de un determinado hecho dañoso al Estado.**

La Administración del Estado, por ser un complejo orgánico constituido por personas jurídicas públicas: Estado fisco, servicios descentralizados, Gobiernos Regionales y Municipalidades, empresas públicas, en su caso, necesariamente debe obrar por intermedio de sus órganos o funcionarios, que son quienes le dan su dinámica funcional. No podemos, por tanto, buscar en sus actuaciones elementos de imputación subjetivos, como el dolo o la culpa, pues tales elementos se vinculan sólo con las personas naturales.

Es por ello que se hace necesario establecer cuáles son **los títulos jurídicos** que permiten atribuir responsabilidad a sujetos públicos administrativos, como son las distintas Administraciones, con el consiguiente deber de reparar un daño.

Las causales de imputación del perjuicio a la Administración deben estar determinadas por **elementos objetivos**, los que puedan ser predicados de la actividad administrativa, atendida la naturaleza de ésta. Estos elementos pueden clasificarse, a nuestro entender, en dos grandes grupos, atendiendo a si el servicio público ha funcionado dentro de los estándares de normalidad o si lo ha hecho fuera de ellos. De aquí fluyen los fundamentos de imputación por falta o por anormal funcionamiento del servicio y los fundamentos de imputación sin falta o por normal funcionamiento del servicio.

¿Por qué distinguir entre fundamentos de imputación con falta y sin falta?

En nuestro ordenamiento jurídico la respuesta se encuentra en la propia Constitución Política de la República, que establece dos grandes límites a la actuación de la Administración.⁽⁵⁴⁾

- El primero de ellos está dado por la necesidad de enmarcar su actividad dentro del **Principio de legalidad**, siendo los artículos 6° y 7°, los que consagran la responsabilidad en general, y dentro de ella la patrimonial, expresamente, cuando los órganos estatales actúen sin "someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella" o cuando lo hagan fuera de su competencia o sin respetar las formas que prescriba la ley.
- El segundo límite está constituido por **el respeto a los derechos esenciales** que emanan de la naturaleza humana. El artículo 5°, inciso 2°, señala que "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

Si con la transgresión de cualquiera de estos dos límites concurre el acaecimiento de un daño al patrimonio de un administrado (requisito *sine qua non* para el nacimiento de la responsabilidad), habrá responsabilidad extracontractual: en el primer caso con falta (como cuando la Administración

⁽⁵⁴⁾ Vid., a este respecto OELCKERS Camus, Osvaldo. La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio. Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, página 345.

dicta un acto jurídico ilícito); en el segundo, sin falta (como cuando la Administración con su actividad produce la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas). Necesario se hace entonces contemplar estos dos tipos de fundamentos, como resguardo impuesto por dichos límites constitucionales.

2. Fundamentos de imputación con falta o por anormal funcionamiento del servicio

Si la Administración actúa al margen del ordenamiento jurídico, si sus órganos no se someten a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y con esta actuación se produce un daño, no tan sólo podemos estar ante una ilegalidad, base de la nulidad del acto, sino que además podemos encontrarnos ante una posible causal de responsabilidad del Estado.

Y decimos posible causal de responsabilidad, porque la falta no consiste en la contravención a la norma jurídica; por el contrario, no basta que se configure la contravención para justificar la responsabilidad del Estado, pues para ello es necesario que concorra un elemento adicional que permita precisamente reprochar el obrar del Estado. Al principio, este elemento adicional lo conformaba el actuar doloso o culpable de alguno de sus funcionarios, con lo que nació la teoría de la responsabilidad indirecta del Estado, de base civilista; posteriormente, dicho elemento se perfila en función de la naturaleza de los actos que realiza el Estado, con la denominada teoría de la doble personalidad del Estado con base *ius publicista*, que distingue entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*. Por último, merced a la jurisprudencia francesa, el pensamiento jurídico administrativo admite la teoría de la falta de servicio, tesis que pone el acento en el obrar de los órganos del Estado, sin considerar la persona física que actúa o el tipo de actos de que se trate.

Estos fundamentos de imputación son la base sobre la cual se ha construido el sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública en casi todos los sistemas jurídicos de corte europeo continental, incluido el nuestro. **Existe un reproche al actuar deficiente de la Administración**, porque con él se ha causado una lesión en el patrimonio del administrado. Pero si bien se examina, no es sólo la lesión la que hace nacer el deber de indemnizar, sino que conjuntamente con ella se requiere una actuación deficiente.

Tendremos oportunidad de analizar enseguida los conceptos de falta de servicio y anormal funcionamiento del servicio, afirmando que en ambos está presente aquella actuación deficiente a que aludíamos, y continuar con el estudio de la falta personal del funcionario, que nos permitirá circunscribir la responsabilidad del Estado solamente a aquellos casos en que no es posible el reproche de la actuación funcionaria. Como esta delimitación no es absoluta, surgieron dos soluciones alternativas que buscaron dejar indemne el patrimonio del administrado: la acumulación de faltas y la acumulación de responsabilidades.

2.1. La teoría de la responsabilidad indirecta del Estado

La responsabilidad indirecta, en general, surge en contraposición a la responsabilidad directa, para dar solución al grave problema que enfrentaba la víctima del daño, pues al ejercer su acción y obtener en juicio no encontraba un patrimonio solvente que hiciera frente al pago de la indemnización. Por ello, cuando junto al directamente responsable hay un superior, padre o patrón, será éste quien deba responder por el hecho de su dependiente, hijo o empleado. A

continuación analizaremos cómo se llegó a aplicar este tipo de responsabilidad al Estado.

Partamos de la base que la organización estatal no actúa por sí misma, si no por medio de personas físicas que le prestan su voluntad para hacerla operativa.

Se consagra de este modo la responsabilidad directa del funcionario. El Estado sigue siendo irresponsable, pero el particular dañado por el acto contrario a Derecho cometido por un funcionario público tiene acción contra éste, por su actuar doloso o culpable, para reclamar la indemnización que corresponda. Este corolario corresponde a la lógica de la teoría del mandato, pues "En este sistema se considera al funcionario como un mandatario del Estado, y todo hecho que signifique responsabilidad para éste, implica una verdadera extralimitación del mandato. Extralimitación que no puede caer sobre el instituyente y cuyas consecuencias deben ser afrontadas sólo por la persona que la ha cometido."⁽⁵⁵⁾

Tomaremos dos ejemplos clásicos que ilustran esta tesis para apreciar que ocurría en el Derecho Francés y en el Derecho Inglés, que instauraron esta solución.

En el **Derecho Francés**, en un principio, el artículo 75 de la Constitución del año VIII contemplaba, a decir de **Georges Vedel**, "el sistema primitivo de la garantía de los funcionarios", al disponer:

Artículo 75. Con excepción de los ministros, los agentes del Gobierno solo pueden ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones en virtud de una decisión del Consejo de Estado. En este caso el procedimiento tendrá lugar ante los tribunales ordinarios.

Este sistema era efectivamente "una garantía de los funcionarios", considerando que el Consejo de Estado era entonces un órgano de la propia Administración. Atendido lo expresado, la regulación de la responsabilidad del funcionario constituyó sólo el primer paso dado en Francia para el perfeccionamiento de la responsabilidad del Estado.

El cambio de doctrina se produjo por efecto de las múltiples dificultades que trajo consigo la responsabilidad directa del funcionario, entre las que destacan, principalmente, la insolvencia de los funcionarios, la imposibilidad de identificar a un funcionario como autor del hecho dañoso, el desconocimiento por parte de la víctima de la identidad del funcionario y la dificultad de probar que había obrado con dolo o culpa.

En Francia la doctrina civilista fundamentó la responsabilidad del Estado en las normas sobre responsabilidad extracontractual del Código Civil, específicamente en el artículo 1384, que consagra la responsabilidad de los amos y patronos por el hecho de sus criados y dependientes. Ello implicaba reconocer, por una parte, que la responsabilidad del Estado era una responsabilidad indirecta, pues respondía del ilícito cometido por sus funcionarios, y por la otra que a él, en su calidad de persona jurídica, le era imposible obrar ilícitamente. Esta responsabilidad indirecta tenía su basamento en la falta de diligencia y cuidado desplegada por el amo o patrón —el Estado— en la elección o vigilancia de sus criados o dependientes —los funcionarios—, lo que se denomina *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*.

La aplicación de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad del Estado levantó un sinnúmero de críticas. Pero la crítica más importante que se formuló a esta doctrina fue la que sostuvo que la asimilación del Estado al amo o patrono y de los funcionarios a los criados o

dependientes desconocía la naturaleza de la relación jurídica existente entre el Estado y sus funcionarios, que era de Derecho Público y no de Derecho Privado.

Como afirma **Charles Rousseau** en su "Teoría general de la responsabilidad en Derecho Administrativo", esta tesis se demostraría como "una simple teoría de espera"⁽⁵⁶⁾, hasta que el Consejo de Estado francés, a fines del siglo XIX, construyera una nueva teoría con un fundamento de Derecho Público.

Por su parte, el **Derecho Inglés** mantenía vigente el aforismo clásico citado anteriormente: *The king can do not wrong*, por lo que era el funcionario causante de los daños quien debía responder, de acuerdo a las normas del Derecho Común –*Common Law*–. A ello cabe agregar la teoría de la *non suability*, conforme a la cual la Corona no era demandable, es decir, no podía ser llevada ante los tribunales de justicia.

El Sistema Inglés ofrece un claro ejemplo de los problemas que originaba la responsabilidad directa del funcionario y de la necesidad de darles solución, mostrando complicadas **ficciones jurídicas**, sin que ello pudiera evitar, en definitiva, que se llegara al franco reconocimiento por vía legislativa de la responsabilidad del Estado, aunque indirecta.

Hubo tres mecanismos para reparar los daños anónimos, que por una razón de justicia elemental el particular no tenía el deber de soportar:

- a) El primero de estos consistió en franquear la posibilidad de un **arreglo directo** con el lesionado, ya que si bien la Corona no podía ser demandada, sí podía contratar, es decir, celebrar un contrato de transacción.
- b) En segundo de ellos fue un procedimiento indirecto: la Corona podía designar a un funcionario para que asumiera el papel de demandado, denominándosele **testaferro procesal**. El funcionario designado debía declararse culpable, a pesar de no serlo, y de ese modo la Corona podía asumir su defensa en el juicio y afrontar el pago de la indemnización, de las costas y de la remuneración por el servicio especial prestado por éste.
- c) El último fue un procedimiento legislativo: el particular podía reclamar por daños al Parlamento, mediante una **petición de gracia**, para que se dictase una ley especial que estableciese el pago de la indemnización.

Todas estas soluciones eran, en verdad, ficticias, como se ha dicho, lo que hizo que la situación se hiciera insostenible con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como lo demostró el conocido caso ocurrido en Liverpool, que motivó incluso la reforma legislativa del sistema inglés de la responsabilidad del Estado. **Lawson**, en su estudio sobre "El Derecho Administrativo anglosajón", destaca, en efecto, que: "Con todo es posible que esta situación no hubiese sido modificada en 1947, a no ser por un desgraciado hecho que tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial. Un campo de minas, que durante la última guerra había sido colocado cerca de Liverpool, había ido perdiendo las señales que advertían del peligro, a causa de la arena acumulada por el viento. Unos muchachos que jugaban en las inmediaciones se introdujeron inadvertidamente a recoger una pelota y uno de ellos resultó muerto y los otros dos gravemente heridos. Para hacer posible la acción de responsabilidad, la Corona designó –según el uso frecuente– a uno de sus funcionarios para que desempeñase el papel de demandado. Mas, cuando el asunto llegó en apelación a la Cámara de los Lores, estos se encontraron ante

⁽⁵⁶⁾ HOYOS Duque, Ricardo. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Editorial

una dificultad insuperable, puesto que únicamente podían considerarse responsable al ocupante del inmueble donde el accidente se había producido, y como ocupante del inmueble no aparecía el funcionario, sino la propia Corona.”⁽⁵⁷⁾ Ante este problema, la propia Cámara de los Lores propuso al Parlamento inglés la dictación de una ley que estableciera la responsabilidad de la Corona y dejara sin efecto los privilegios de que hasta ese entonces era titular. Es así como en el año 1947 se dicta la *Crown Proceedings Act*, en que se somete a la Corona a la misma responsabilidad de una persona privada con plena capacidad.

En **Estados Unidos de Norteamérica**, la evolución en esta materia ha sido similar a la inglesa. El principio de la irresponsabilidad del Estado predominó por largo tiempo y los particulares afectados debían dirigir sus acciones en contra de los funcionarios causantes del daño; aunque con críticas, pues se sostuvo que ello se justificaba plenamente en el Derecho Inglés, donde había monarquía y *The King can do no wrong*, pero que no se explicaba satisfactoriamente en una república federal.

En este caso, por lo tanto, estamos también ante una responsabilidad indirecta del Estado, porque se responde del hecho de otro, es decir, del hecho de un funcionario que ha obrado con dolo o culpa. A primera vista se nos presenta como un sistema de responsabilidad más amplio que el sistema inglés, sin embargo hay una serie de excepciones que consagran la improcedencia de aceptar la responsabilidad del Estado, entre las que destacan los actos dictados para la aplicación de una ley o un reglamento y el ejercicio de poderes discrecionales, todos los cuales no dan lugar a responsabilidad, salvo que se pruebe que ha habido negligencia por parte del funcionario.

Hasta esta etapa de evolución ha llegado el derecho anglosajón en materia de responsabilidad del Estado, por lo que actualmente se sitúa dentro de los sistemas menos garantistas de los derechos de los particulares frente al Estado, que es la principal finalidad atribuida al instituto jurídico de la responsabilidad del Estado, como veremos más adelante.

2.2. La teoría de la doble personalidad del Estado

En la teoría de la doble personalidad, el Estado aparece como titular de derechos patrimoniales en cuanto persona jurídica de Derecho Privado, por un lado, y titular de derechos de soberanía, como poder público, por el otro. Este desdoblamiento de la personalidad del Estado, en privada y pública, es lo que ha dado origen a una doble forma de actuar: a través de actos de gestión o *iure gestionis* y de actos de autoridad, imperio o *iure imperii*.

Qué se entiende por uno y otro tipo de actos o cuál es el elemento que nos permite diferenciar los unos de los otros, no fue suficientemente precisado en términos jurídicos por la doctrina, de manera que permitiera identificar con claridad en un caso dado cuando concurría uno o se daba el otro, lo que implicó fuertes dificultades en su aplicación práctica.

Los **actos de gestión** o *iure gestionis*, percibidos como tales en Francia ya desde el siglo XIX, son aquellas declaraciones de voluntad reguladas por el Derecho Privado e informadas por el principio de coordinación, en consideración a que existe una igualdad jurídica entre las partes, el Estado y los particulares. Rafael Bielsa, refiriéndose a este tipo de actos, nos dice que ellos se dan respecto de las funciones “llamadas facultativas o contingentes, en el sentido de que no son esenciales para la

⁽⁵⁷⁾ LAWSON, “Le Droit administratif anglais”, *Revue Internationale de Droit comparé*, 1951, pag. 416. Citado por GARRIDO Falla, Fernando, en su obra *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, 9ª edición, 1989, volumen II, página 231.

existencia del Estado, pero que éste, no obstante, las realiza para satisfacer necesidades sociales, de progreso, bienestar y cultura.”⁽⁵⁸⁾

Los **actos de autoridad, de imperio o iure imperii**, por el contrario, son los propios de la esfera del Derecho Público y están regidos por el principio de subordinación o supraordinación, denotan una desigualdad de derechos entre la persona de la que emana el acto y quienes reciben su mandato. Por su parte, Bielsa sostiene que en estos actos se concretan las funciones llamadas “esenciales o necesarias, en el sentido de que tienden a asegurar la existencia misma del poder público (mantener el orden constitucional y jurídico)”⁽⁵⁹⁾

En su origen, esta teoría tuvo una doble finalidad. Desde el punto de vista jurisdiccional buscó radicar en la competencia de los tribunales ordinarios todos los asuntos en que el Estado actuaba como un particular más, debido a que en estos casos era el Derecho Civil el ordenamiento regulador de las relaciones de individuos colocados jurídicamente en un plano de igualdad. Por ende, dándose un acto de gestión, simultáneamente los tribunales ordinarios pasaban a ser competentes para conocer de cualquier reclamación, excluyendo a los contencioso administrativos.

También esta teoría sirvió como parámetro para determinar los casos en que el Estado debía responder por su actividad administrativa, consagrando su responsabilidad cuando realizaba actos de gestión y liberándolo de ésta cuando ejecutaba actos de autoridad.

Pero esta teoría de la doble personalidad del Estado, que de una u otra forma fue recogida por la mayoría de los países, incluido el nuestro, no se sustentaba por sí sola. Pronto diversos autores hicieron ver que la personalidad del Estado es única e indivisible y que no es posible marcar una diferencia tan tajante entre los actos de autoridad y los actos de gestión, ni mucho menos atribuirle una consecuencia tan grave como la irresponsabilidad, pues ambos son realizados con un específico fin, que no es otro que el interés público y el bienestar general.

En Francia, a principios del siglo XX, se abandonó la teoría de la doble personalidad del Estado y la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. Así, el Comisario de Gobierno **Romieu** expresaba que “Es cierto que durante un largo tiempo la jurisprudencia ha creído poder formular la regla de que los actos de policía y de poder público no eran susceptibles de generar la responsabilidad pecuniaria de la Administración. Pero se ha terminado por reconocer los inconvenientes, las contradicciones, las consecuencias inicuas a las que podía conducir esta fórmula demasiado absoluta.”⁽⁶⁰⁾ Para superar estos inconvenientes la doctrina jurisprudencial dio un nuevo gran paso y configuró el concepto de falta de servicio.

2.3. La teoría de la Falta de Servicio o del anormal funcionamiento del servicio

Como decíamos, el último de los fundamentos de imputación por falta lo constituye la teoría de la falta de servicio o por anormal funcionamiento, que se aboca al estudio del obrar de los órganos del Estado dejando a un lado la persona del funcionario y la naturaleza de los actos realizados por éste.

⁽⁵⁸⁾ BIELSA, Rafael. Op. cit., página 61.

⁽⁵⁹⁾ Ibid.

⁽⁶⁰⁾

Esta evolución se produjo fundamentalmente como consecuencia de **las nuevas teorías que explicaban la naturaleza de la persona jurídica**, aplicables plenamente a la persona jurídica Estado y que motivaron un cambio en la forma de entender las relaciones del Estado con sus funcionarios.

Siendo el Estado considerado como una persona jurídica de Derecho Público, todas las discusiones doctrinarias que se suscitaron en torno a la naturaleza jurídica de las personas morales afectaron e influyeron en las soluciones prácticas que se daban a los diversos problemas públicos, entre ellos al de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Recordemos que **la teoría de la ficción legal** afirma que las únicas personas que tienen una realidad concreta, que existen realmente, son los seres humanos, y que el legislador, fundado en el interés general, supone la existencia de otros seres, que son las personas jurídicas. Esta teoría prevaleció hasta mediados del siglo XIX, siendo sus principales sostenedores **Ducrocq** y **Savigny**. La persona jurídica ficción legal carecía de voluntad propia y para poder actuar en la vida jurídica necesitaba de las personas naturales. Se partía de la base que la primera otorgaba un mandato a las segundas y que por lo tanto todos los efectos de los actos jurídicos que el mandatario realizaba a nombre del mandante se radicaban en su patrimonio.

La aplicación de la teoría de la ficción, con su necesario correlato, la teoría del mandato, a la persona jurídica Estado en el ámbito de la responsabilidad, conllevó el hacer inexistente la responsabilidad del Estado, toda vez que se consideraba imposible que el Estado otorgara a sus funcionarios un mandato para provocar daño a sus ciudadanos. Todo daño causado constituía una extralimitación de las facultades conferidas, por lo que debía ser el propio funcionario el responsable.

Pero frente a la teoría de la ficción legal, surgió **la teoría de la realidad de las personas jurídicas** que considera que las personas morales no son seres ficticios. Una de sus expresiones más extremas es la conocida teoría orgánica u organicista. Fue sostenida por **Worms**, quien plantea la completa similitud entre un ser humano y una persona jurídica. Así como el primero posee órganos que le permiten vivir, la persona jurídica también posee órganos que le permiten funcionar, y éstos no son otros que sus propios miembros. La vida de la persona jurídica es tan independiente de la vida de los miembros que la componen como la vida del hombre es independiente de la de cada una de sus células. Otra expresión menos radical es la teoría de la voluntad de la asociación, que tiene como principal exponente a **Gierke**. Esta teoría ha reducido el concepto de personalidad al de voluntad, lo que la ha llevado a afirmar que las personas jurídicas no son seres irreales, porque tienen una voluntad propia, distinta de las de sus miembros, lo que es suficiente para sentar su personalidad. El Derecho les atribuye personalidad jurídica porque ve en las personas morales sujetos dotados de una voluntad colectiva y continua.

El efecto práctico que tuvo el surgimiento de la teoría realista de las personas jurídicas fue el reconocimiento de la responsabilidad directa del Estado en todos sus campos de acción.

a) La falta de servicio

La doctrina administrativa es unánime en reconocer la teoría realista, lo que abre paso a un nuevo fundamento de imputación: **la falta de servicio**. Si "el Estado quiere y obra por sus órganos, cuando aquéllos quieren y obran es el Estado quien quiere y obra. Cuando ellos cometen una falta, es el Estado quien la comete; le es imputable y él es directa y personalmente responsable."⁽⁶¹⁾

(61)

La teoría de la falta de servicio es una **creación jurisprudencial** del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado en Francia ⁽⁶²⁾, los que mediante sucesivos arrêts fueron dando vida a esta teoría publicista, dejando de aplicar los principios del Derecho Civil al campo del Derecho Público.

En 1873, el Tribunal de Conflictos estableció, en efecto, en el famoso **arrêt Blanco**, que “La responsabilidad patrimonial que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por culpa de las personas que emplea en el servicio público, no se rige por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Esta responsabilidad no es general ni absoluta; tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados” ⁽⁶³⁾. De esta manera dejó de aplicarse la sistemática civil al campo administrativo, sobre la base de que éste sólo regía relaciones particulares fundado en aspectos subjetivos, pasando a consagrar una responsabilidad extracontractual directa del servicio público, basada en principios de Derecho Público.

Este arrêt fue complementado ese mismo año por varias otras decisiones jurisprudenciales, entre ellas, el **arrêt Pelletier**, en el cual el Tribunal de Conflictos sostiene: “Considerando que la demanda del señor Pelletier se basa exclusivamente sobre un acto de alta policía administrativa: que fuera de este acto de incautación de los números impresos del periódico de su propiedad- no se enrostra a las autoridades que lo dictaron y lo hicieron cumplir, ninguna falta personal apta para comprometer sus responsabilidades particulares, lo que hace que en realidad la acción esté dirigida contra ese preciso acto por medio de las personas de los funcionarios que lo ordenaron o que cooperaron a su ejecución”, pero no en contra de estos como personas naturales, corresponde que el asunto sea conocido por el Consejo de Estado. ⁽⁶⁴⁾

Tres son las conclusiones que podemos extraer de estos fallos, que permitieron construir toda una teoría de la responsabilidad del Estado:

- 1) El **régimen jurídico aplicable** a la Responsabilidad extracontractual del Estado es distinto e independiente del régimen jurídico que regía las relaciones entre particulares. Son los principios propios del Derecho Público los que imperan en esta materia y no las normas del Derecho Privado.
- 2) La **competencia de los tribunales de justicia** varía dependiendo del tipo falta: falta de servicio o falta personal. Si se determina que existe falta de servicio, la competencia radica en los tribunales contencioso administrativos; por el contrario, si media una falta personal serán los tribunales ordinarios de justicia los llamados a conocer del asunto.
- 3) El **sujeto responsable** es diferente en uno y otro caso. Si hay falta de servicio será el Estado responsable patrimonialmente de los hechos o actos de sus órganos que provoquen daño; si hay falta personal, el sujeto responsable será el propio funcionario, debiendo responder de los perjuicios causados.

Son muchos los autores que han dado un determinado contenido a la falta de servicio, pero la constante evolución y la multiplicidad de los casos que día a día se presentan ante los tribunales demuestran que por tratarse de un concepto jurídico indeterminado ninguna definición de la falta de servicio es completamente errónea ni ninguna completamente correcta.

⁽⁶²⁾ Se debe tener presente la existencia en Francia de dos jurisdicciones, una compuesta por los tribunales contencioso administrativos y otra por los tribunales ordinarios de justicia, siendo el Tribunal de Conflictos el llamado a resolver los problemas de competencia que se susciten.

⁽⁶³⁾ Vid., a este respecto LONG, WEIL ... Op. cit., páginas 15 y siguientes.

⁽⁶⁴⁾

Para dar una idea general de lo que podemos entender por **falta de servicio** como criterio de imputación de la responsabilidad, a la luz de las definiciones reseñadas, diremos que es *toda falta a las obligaciones del servicio, ya sea que se trasunte en que el servicio haya funcionado mal, prematura o tardíamente o que no haya funcionado en absoluto. Esta definición, pese a su amplitud, cubre todos los posibles errores a que puede estar expuesta la Administración con resultado de daño para los administrados.*

La jurisprudencia y la doctrina francesas han atendido a la gravedad de la falta para determinar si una falta de servicio compromete o no la responsabilidad de la Administración, cortapisa precisión necesaria frente a la amplitud del término. La gravedad de la falta tiene directa relación con el grado de dificultad del servicio: una falta simple es suficiente para atribuirle responsabilidad a un servicio cuyo cumplimiento no presenta dificultades especiales, pero será exigible una falta grave para hacer responsable al poder público cuando se esté frente a una actividad de difícil realización.

b) El anormal funcionamiento del servicio

El **anormal funcionamiento del servicio**, en cuanto criterio de imputación, fue acuñado por el **legislador español**. Posteriormente fue recogido con un criterio amplio en la propia Constitución Política hispana.

La consagración constitucional de esta normativa legal, con la dictación de la nueva **Constitución Española de 1978**, llevó al constituyente a disponer, en su artículo 106, inciso 2º, que:

Artículo 106, inciso 2º. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Actualmente, desde 1992, rige en España la **Ley 30/1992**, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁽⁶⁵⁾, la que en su artículo 139, al referirse a los principios de la responsabilidad de la Administración Pública, dispone:

Artículo 139, inciso 1º. 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.

El **anormal funcionamiento del servicio** como criterio de imputación del daño a la *Administración es un funcionamiento ilegal del servicio, es una actuación de la Administración que conlleva el incumplimiento de una regla de Derecho, ya sea porque el servicio haya funcionado prematura o tardíamente, porque no haya funcionado o porque lo haya hecho defectuosamente.*

⁽⁶⁵⁾ Esta ley fue modificada el 14 de enero de 1999, por la Ley 4/1999, pero no afectó al artículo 139

Vemos que así como ocurría con la falta de servicio, la definición de anormal funcionamiento del servicio es amplia, no está limitada a casos concretos, y por ende es difícil subsumir el caso particular en el término legal. Por ello, la doctrina ha sostenido la necesidad de establecer criterios objetivos que permitan encuadrar el buen funcionamiento o el rendimiento medio del servicio.

c) Recepción de esta teoría en nuestro Ordenamiento Jurídico

La teoría de la falta de servicio como fundamento de imputación con falta, fue recepcionada en nuestro ordenamiento jurídico el año 1976. Con ello se puso término a la aplicación de la teoría de la doble personalidad del Estado por los tribunales de justicia y se dio nacimiento al desarrollo de la Responsabilidad extracontractual del Estado con base en el Derecho Público, al igual que en Francia. Su consagración no provino de la vía jurisprudencial, sino de **la vía legislativa**, como en el Derecho español. La primera norma que se dictó al respecto no se refería expresamente a la falta de servicio, pero sí a los elementos que la doctrina francesa considera integrantes de la misma, como pudimos apreciar. Estuvo contenida en el Decreto Ley N° 1.289 de 1976, aprobatorio de la Ley Orgánica de las Municipalidades, cuyo artículo 62 prescribió:

Artículo 62. La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos *no funcionan debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente.*

Sólo con posterioridad se contempló de manera expresa la falta de servicio como fundamento de imputación de los perjuicios en el ámbito local. Esto ocurrió en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, de 31 de marzo de 1988, contenida hoy día en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2/19.602, de 1999, que fijó su texto refundido. Su artículo 141 señala:

Artículo 141. Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por *falta de servicio.*

No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

En el ámbito nacional, la falta de servicio fue incorporada al ordenamiento jurídico administrativo por el artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, de diciembre de 1986.

Artículo 44. Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por *falta de servicio.*

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

La **doctrina nacional** discute si el legislador, al consagrar como fundamento de imputación la falta de servicio, buscó establecer una responsabilidad subjetiva o una responsabilidad objetiva, pues discrepan en la Naturaleza jurídica del concepto. A continuación haremos un recorrido por

diversos autores, avanzando desde los más “subjetivistas” hasta los más “objetivistas”.

- i) El profesor **Pedro Pierry Arrau** sostiene tajantemente que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, pues “ella no corresponde, al menos, a lo que en derecho civil se conoce como tal, esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista el vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño.”⁽⁶⁶⁾ Ahora, si no es una responsabilidad objetiva, señala, “el concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio, como dentro de la responsabilidad subjetiva. Como señalan Mazeaud y Tunc, la falta de servicio es considerada como “la culpa del Servicio”, de allí que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, basada en la culpa. La exigencia establecida por la ley, que implica probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva.”⁽⁶⁷⁾
- ii) El profesor **Oswaldo Oelckers Camus**, en una posición intermedia entre la responsabilidad subjetiva y objetiva, nos dice que “al consagrarse la responsabilidad por falta de servicio desaparece el elemento tradicional de dolo o culpa del funcionario para efectos de determinar la responsabilidad de la Administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la ley. Desde este punto de vista se objetiviza la responsabilidad, lo que no significa que esta sea responsabilidad objetiva, pues en estos casos necesariamente debe probarse la circunstancia que se alega derivada del funcionamiento anormal del organismo público.”⁽⁶⁸⁾
- iii) Por su parte, el profesor **Rolando Pantoja Bauzá** reconoce que la falta de servicio es una responsabilidad objetiva, pero aclara el sentido que para él tiene el término “objetiva”. Estima “que parte de la confusión que existe en la materia se debe a la imprecisión con que se emplea el “concepto de responsabilidad objetiva”. Si la “responsabilidad subjetiva” es la que establece el Código Civil, en que es preciso identificar a la persona natural autora del daño y acreditar que hubo dolo o culpa de su parte, la responsabilidad del Estado claramente no es de esta especie. Es válido concebirla, por tanto, como una “responsabilidad objetiva”, por oposición a la anterior, pero en ningún caso puede desprenderse de ese calificativo que es una forma de responsabilidad por riesgo, conforme a la cual el Estado debiese responder por todo acto u omisión, lo que equivaldría a transformarlo en una especie de “asegurador universal”.⁽⁶⁹⁾ Para él, podría decirse que la falta de servicio es una responsabilidad objetiva en la que se exige para su acreditación, un elemento subjetivo, distinto al dolo y la culpa del autor del daño. Concluye afirmando que “la responsabilidad patrimonial... supone la

⁽⁶⁶⁾ PIERRY Arrau, Pedro. La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. Revista de Derecho, editada por el Consejo de Defensa del Estado, N° 1, año 1, julio del año 2000, página 19.

⁽⁶⁷⁾ Ibid.

⁽⁶⁸⁾ OELCKERS Camus, Oswaldo. La responsabilidad civil extracontractual... Op. cit., página 349.

⁽⁶⁹⁾ Con estas palabras, Rolando Pantoja B. explicó en el Congreso Nacional, a propósito del proyecto de ley de Probidad Administrativa, el alcance de la expresión responsabilidad objetiva empleada por la Corte Suprema de Justicia en el fallo Eliana Tirado Zilleruelo con Municipalidad de La Reina, de 1981, aceptando la falta de servicio, y que fuera redactado por un distinguido profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en su carácter de abogado integrante de la Excelentísima Corte, don Luis Cousiño Mac Iver. Informe de la Comisión Mixta relativo al proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los Organos de la Administración del Estado. Boletín N° 1510-07. Senado de la República, 4 de mayo de 1999, página 8

atribución de un reproche jurídico a una persona, en este caso al órgano administrativo, por una actuación o una omisión de su parte. En ese sentido se explica, por ejemplo, en la falta de servicio, que si bien es un elemento subjetivo, se le imputa directamente a la Administración y se confronta con el deber de actuación que pesa sobre ella.”⁽⁷⁰⁾

- iv) En la posición más extrema, el profesor **Eduardo Soto Kloss** afirma que la responsabilidad del Estado, “al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende, de imposible estructuración técnica sobre la base de la culpa o dolo, resulta ser una *responsabilidad objetiva*, fundada sobre la base de la causalidad material; vale decir atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar a aquélla.”⁽⁷¹⁾ Agrega que este planteamiento ha sido recogido por nuestros tribunales de justicia, pasando a constituir unos de los principios jurisprudenciales en materia de responsabilidad del Estado.

d) La falta personal

El concepto de falta personal, señalado al analizar las conclusiones del arrêt Pelletier, de 1873, nos permitirá esclarecer en qué casos la responsabilidad debe ser imputada al autor material del daño –funcionario público– excluyendo la responsabilidad de la Administración por falta de servicio o por anormal funcionamiento del mismo.

Tanto en el Derecho francés, en el Derecho español, como en nuestro propio Derecho, la falta personal excluye, por regla general,⁽⁷²⁾ la existencia de una falta de servicio o un anormal funcionamiento y, por ende, la responsabilidad extracontractual de la Administración.

Para la doctrina, no existe mejor descripción de la falta personal que la expuesta por **Edouard de Laferrière**, al decir que “La falta personal es la que revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, su imprudencia.”⁽⁷³⁾ El funcionario que se extralimita en sus funciones, que actúa al margen del servicio público, con dolo o culpa, es responsable como cualquier particular ante un hecho suyo y se encontrará bajo las normas del Derecho Privado.

De aquí que sea de elemental importancia elaborar los parámetros delimitadores de la falta de servicio, del anormal funcionamiento de éste y la falta personal.

Podemos agrupar los parámetros de determinación de la falta de servicio y la falta personal en torno a tres criterios diferenciadores. Sin embargo, debemos tener presente que ninguno, en forma aislada, es suficiente para caracterizarlas, de modo que el juez tendrá que utilizarlos en forma simultánea y selectiva para establecer que se entiende en cada caso por falta de servicio o anormal funcionamiento del mismo, y qué por falta personal.

- 1º. **Primer criterio: la intención subjetiva del funcionario.** Para el Comisario de Gobierno **Laferrière**, la falta personal es la que “revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus

⁽⁷⁰⁾ Ibid.

⁽⁷¹⁾ SOTO Kloss, Eduardo. Op. cit., página 309 y 310.

⁽⁷²⁾ Decimos por regla general, pues más adelante veremos los casos de acumulación de faltas y acumulación de responsabilidades, en los que la falta personal no excluye la falta de servicio o el anormal funcionamiento.

⁽⁷³⁾

imprudencias.” Lo que denota la presencia de la falta personal, entonces, es la actitud subjetiva del agente, sea que al momento de cometer el hecho haya obrado con dolo o con culpa. Si en su actitud, el elemento preponderante es la intención de provocar daño en busca de un beneficio particular o para satisfacer una venganza personal, es este *animus nocendi* el que revelará la existencia de una falta personal.

- 2°. **Segundo criterio: la finalidad de la actuación del funcionario.** Afirmaba **Duguit** que los servicios públicos han sido establecidos con una finalidad específica, esa no es otra que servir a la comunidad. Si la actuación del funcionario está encaminada a ese fin específico y aún así se provoca un daño, ese daño no es imputable al funcionario sino que a la Administración. Por el contrario, si la finalidad del funcionario es satisfacer fines puramente personales, desviándose del servicio social, habrá falta personal.
- 3°. **Tercer criterio: la separabilidad de la falta personal.** Para **Hauriou**, la falta personal se presenta cuando la actuación del funcionario es separable del servicio público. Por esto para algunos autores falta personal y falta separable son expresiones idénticas, y para otros, una vez establecido que estamos frente a una falta personal habría que esclarecer si esa falta personal es separable o no del servicio.

Analicemos algunas faltas específicas a la luz de los parámetros expuestos, para evidenciar como la jurisprudencia ha ido restringiendo el concepto de falta personal con el fin de garantizar el patrimonio del sujeto afectado.

i) Falta cometida por un funcionario desligada completamente del Servicio. En estos casos se excluye la posibilidad de que exista falta de servicio, pues la actuación perjudicial del funcionario que es posible calificar como falta no tiene relación alguna con el Servicio en que se desempeña. Las consecuencias de este tipo de faltas se rigen por el Derecho Privado. Por ejemplo, un accidente automovilístico provocado por un funcionario que se encuentra gozando de permiso administrativo es una falta personal.

ii) Falta cometida por el funcionario en el Servicio o con ocasión de éste. En principio, este tipo de falta fue considerada falta personal, sea porque los actos del funcionario eran materialmente separables de la función, como podían ser los crímenes pasionales que se cometían utilizando los medios que el servicio proporciona o con ocasión del servicio mismo, o porque eran psicológicamente separables, pues podía ser que el funcionario incurrió en la falta en el ejercicio de las funciones propias del servicio o con ocasión de las mismas, pero con un fin diverso al del servicio público, enemistad personal, venganzas, odios, etcétera. Actualmente, para calificar a una falta de personal, la jurisprudencia exige que esté desprovista de toda relación o vínculo con el servicio, de manera que bien puede afirmarse que para configurar una falta como personal ha de ser separable del servicio en sus dos aspectos, material y psicológico. Será materialmente separable, por ejemplo, cuando la falta se cometa fuera del Servicio, fuera del horario de trabajo o en la vida privada del funcionario. Será psicológicamente separable cuando el funcionario, al cometerla, se propone móviles exclusivamente personales, como obtener una ganancia ilícita.⁽⁷⁴⁾

⁽⁷⁴⁾ Frente a las faltas cometidas por un funcionario en el servicio o con ocasión de éste, no hay duda que estamos frente a una falta personal que no está desprovista de todo vínculo con el servicio.

iii) **Falta que se tipifica como delito.** Podría pensarse que todo hecho que revista los caracteres de delito y por el cual se condene a un funcionario sólo compromete su responsabilidad, por ser la responsabilidad penal personalísima. De acuerdo a los criterios de intencionalidad y finalidad se estaría, en efecto, frente a faltas personales. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia niegan la pertinencia de dicha afirmación. “El Tribunal de Conflictos – francés– ha admitido en varias ocasiones que los delitos de homicidio o de heridas por imprudencia no constituyen necesariamente faltas personales –dice **Vedel**–. Aún más, incluso para las infracciones que suponen una plena voluntad del autor, el Tribunal de Conflictos, aunque se apoya en el procedimiento penal para caracterizar, en caso necesario, los elementos constitutivos de la falta personal, no establece ninguna correspondencia automática entre la infracción y la falta personal... Dicho de otra forma: los criterios de la falta personal son autónomos en relación con los criterios del Derecho Penal.”⁽⁷⁵⁾

En el **Derecho chileno** también se ha consagrado la teoría de la falta personal para excluir la responsabilidad del Estado, y haciendo suyo el punto de vista recién expuesto sólo considera personal la falta que ha sido cometida por el funcionario en forma desligada completamente del servicio. Si estamos en presencia de una falta personal que no es posible desligar del servicio, porque ha sido cometida en el servicio o con ocasión de éste, “la responsabilidad del funcionario aparece... como residual o secundaria respecto de la responsabilidad específica y principal que tiene el Estado de indemnizar por el daño que causa la acción de la Administración Pública. Naturalmente, no se desconoce la responsabilidad del funcionario, pero esta queda en un plano diferente a la principal responsabilidad del Estado.”⁽⁷⁶⁾ Todo ello teniendo presente que al Estado se le reconoce el derecho de repetición en contra del funcionario que haya incurrido en estas faltas no desligables completamente del servicio.

El artículo 38, inciso 2º, de la Constitución Política de la República, contempla en términos generales la responsabilidad del funcionario, sin referirse expresamente a la falta personal:

Artículo 38, inciso 2º: Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

A su vez, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en sus artículos 4º y 44, inciso 2º, también se refieren a la responsabilidad del funcionario, el primero al igual que la Constitución Política en términos generales y el segundo refiriéndose derechamente a la falta personal:

Artículo 4º. El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las

el criterio de la separabilidad (la falta no es absolutamente separable del servicio), y por otra, según lo que veremos más adelante, al considerar que estamos frente a una acumulación de responsabilidades.

⁽⁷⁵⁾ VEDEL, Georges. Op. cit., página 293.

⁽⁷⁶⁾

responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.

Artículo 44, inciso 2º. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en *falta personal*.

Ninguna de estas normas exige algún tipo de gravedad a la falta cometida por el funcionario para que deba entenderse comprometida su responsabilidad. Pareciera, entonces, que cualquier tipo de falta, ya sea cometida con dolo, culpa grave, leve o levisima, da derecho al Estado a repetir en su contra.⁽⁷⁷⁾

El profesor **Oswaldo Oelckers**, sin embargo, considera como falta personal aquella cometida con dolo o negligencia, imprudencia o impericia inexcusables. “La Administración –nos dice– no puede exigir a sus agentes responsabilidad pecuniaria por las faltas que no revistan excepcional gravedad, porque ello conduciría a los agentes públicos a proceder con excesiva cautela, sin la presteza necesaria, y paralizaría con ello el espíritu de iniciativa.”⁽⁷⁸⁾

Por su parte, los profesores **Rolando Pantoja** y **Pedro Pierry**, a propósito de la tramitación del proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los Organos de la Administración del Estado, “propusieron consignar expresamente que el derecho de repetición del Estado en contra del funcionario proceda solamente cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte.”⁽⁷⁹⁾

De estas posiciones doctrinarias podemos deducir que los casos de falta personal que darán derecho a repetir contra el funcionario no son todos los hechos que puedan atribuírsele, ya que para configurarla como tal se requeriría caracterizar jurídicamente su actitud, lo cual deriva, entonces, en una exclusión restrictiva de la falta personal y una inclusión ampliativa de los casos excluidos a la falta de servicio.

3. Fundamentos de imputación sin falta o por normal funcionamiento del servicio

Los supuestos de esta responsabilidad son principalmente la **creación de un riesgo administrativo** y la **desigual repartición de las cargas públicas**. En ellos se pone el acento en el **carácter objetivo** de la responsabilidad administrativa extracontractual, debido a que si la víctima del daño se enmarca dentro de algunos de estos supuestos sólo deberá probar la relación de causalidad y el daño, es decir, la causalidad material.

3.1 El riesgo administrativo

Con el advenimiento del Estado social se produjo un aumento considerable de las actividades desarrolladas por la Administración Pública, como que esta incluso llegó a realizar las mismas actividades que los privados mediante su participación en el campo económico. Este mayor intervencionismo, justificado por la finalidad del Estado de ocuparse del bien

⁽⁷⁷⁾ Esto es expresión de lo que acontece en materia de resposanbilidad extracontractual civil, donde no es admisible la graduación de la culpa.

⁽⁷⁸⁾ OELCKERS Camus, Oswaldo. La Responsabilidad Civil Extracontractual... Op. cit., página 351.

⁽⁷⁹⁾ Informe de la Comisión Mixta relativo al proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los

común, creó, a su vez, un alto número de riesgos, que de concretarse causarían graves daños a los administrados.

Es, entonces, el riesgo administrativo el que justificaría su deber de responder de los daños que ocasione su actuar. Su aplicación es el reconocimiento de la responsabilidad objetiva, responsabilidad que, como dijimos, además de encontrarse al margen de toda connotación psicológica, culpa o dolo del actor, facilita a las víctimas la obtención de la reparación de los daños a raíz de la disminución de la carga probatoria que pesa sobre ellos.

Es de particular importancia recordar una de las finalidades que debe o que la doctrina entiende que está llamada a cumplir la responsabilidad: la de seguro contra los riesgos sociales. Si el Estado opta por reconocer que la responsabilidad, además de cumplir un papel garantizador del patrimonio individual de los administrados, debe cumplir el rol de ser un seguro contra los riesgos sociales, se aceptará como criterio de imputación la teoría del riesgo administrativo.

En general, "Esta teoría pone el fundamento de la responsabilidad en el principio o consideración siguiente: **el que por lo que tiene o por lo que hace crea riesgos que causan daños a otros, se los deberá indemnizar, pues más protección se ha de dar a los que sufren perjuicios que no merecen que a los que se aprovechan del riesgo que los produce.**"⁽⁸⁰⁾

Esta mayor protección se dará, como se expresa, por dos situaciones:

- 1) **La propiedad o el uso de cosas potencialmente peligrosas:** "el que por lo que tiene". Podemos nombrar entre otros: la existencia o funcionamiento de las obras públicas, la propiedad de automóviles, aviones, armamento militar y armas de fuego.
- 2) **La realización de actividades peligrosas:** "el que por lo que hace". Son ejemplos típicos: las actuaciones de la fuerza pública y el funcionamiento de centrales nucleares.

Fuera de los casos citados o de situaciones que por analogía puedan entenderse comprendidas en estos conceptos, debemos tener presente que "la teoría del riesgo creado sólo será aplicable a la Administración en aquellos casos en los que su actividad resulte intrínsecamente peligrosa. **Peligrosidad que constituirá la excepción y nunca la regla general,**"⁽⁸¹⁾ lo que se explica al considerar que lo normal es que la Administración actúe para servir al interés nacional, de todos y cada uno de los administrados, y para protegerlos de los riesgos que creen los otros particulares.

3.2. La desigual repartición de las cargas públicas

El principio de igualdad ante las cargas públicas, expresión del principio de igualdad ante la ley, ha sido consagrado de una u otra forma en **todas las Constituciones modernas** y también en la nuestra. No se trata de una igualdad absoluta, ni aritmética, sino inspirada en garantizar a las personas un ámbito de seguridad jurídica en atención a sus circunstancias individuales.

Sabemos que la Administración, con su actuar, busca el bien común de todos y de cada uno de los individuos que son parte de la sociedad, mas, si como consecuencia de la actividad administrativa se provoca un daño a un particular, se lo estará gravando adicionalmente: ya no se tratará de una carga pública igual para todos en atención a sus circunstancias, sino que de una carga

⁽⁸⁰⁾ DE LA MORENA v. de la Morena, Luis. Op. cit., página 282.

individual, produciéndose el quebrantamiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Afirmábamos que una de las finalidades de la responsabilidad es ser el precio de las políticas y actividades del Estado. En este caso, cuando la actividad de la Administración produce una desigual repartición de las cargas públicas, la responsabilidad emana de actividades efectuadas en ejercicio legítimo de ciertas facultades o atribuciones, cuyo efecto es provocar perjuicios a los particulares. Es aquí, entonces, donde cobra importancia esta finalidad ante un daño que es cierto, no eventual. Si la Administración opta por continuar con su acción debe asumir que incurrirá en responsabilidad, y la indemnización debida será el precio que está en la obligación de pagar a los particulares por la implementación de estas políticas beneficiosas para toda la comunidad.

Se ha señalado por parte de la doctrina, como requisito esencial para que en este caso proceda la indemnización, que debemos encontrarnos frente a un perjuicio especial y desproporcionado en relación con el exigido a los demás. Esta especialidad que se predica del perjuicio implica que éste debe estar individualizado y que no puede afectar a la generalidad de los ciudadanos. Si fuere así, y afectara a todos por igual, esto es, a todo un sector indeterminado de la sociedad, la Administración se exoneraría de responsabilidad pues estaría respetándose la igualdad ante las cargas públicas. Se puede indemnizar a uno o un grupo de individuos, se afirma, pero no a la totalidad.⁽⁸²⁾

Sin embargo, otra parte de la doctrina critica este requisito. Sostiene que por regla general ningún perjuicio afecta a la generalidad de los individuos en una sociedad, sino que a un grupo determinado que se encuentre en la situación que el acto administrativo regula. Por tanto, si el acto origina un perjuicio para la generalidad de los que están en el supuesto de la norma, no podría sostenerse que esos perjuicios no son indemnizables, por no ser especiales.

Considerando que estamos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, al igual que en la teoría del riesgo administrativo, la actividad administrativa que causa el daño será el ejercicio de un poder o facultad legal de la Administración. Ahora, si en ambos casos existe imputación sin falta, cabe preguntarse cuándo se aplica uno y otro.

La respuesta la encontramos en la esencia de cada uno de estos principios: en el caso del riesgo administrativo, como la propiedad o utilización de cosas peligrosas o la realización de actividades peligrosas deja en potencia la producción del daño, existe la duda de la producción de la lesión; en cambio, cuando hay una desigual repartición de las cargas públicas, se sabe que el perjuicio se producirá y que será necesario indemnizar.

Por lo mismo, en el primer caso la responsabilidad juega el rol de seguro contra los riesgos sociales; en el segundo, el de precio de las políticas públicas.

Se ha pretendido establecer que la ruptura del principio de la igualdad ante las cargas públicas es fundamento bastante para imputar a la Administración del Estado todos los daños que se produzcan en el patrimonio de un administrado, y que los otros fundamentos de la responsabilidad pueden ser subsumidos en éste. Dentro de nuestra doctrina, **Eduardo Soto**, con un criterio de responsabilidad objetiva, plantea que todo "daño producido antijurídicamente y sufrido por la víctima implica para el ordenamiento mismo una alteración o ruptura de la igualdad en las relaciones que regula u ordena, desde el momento que significa una desigual repartición de las cargas públicas.

derecho fundamental que la constitución asegura y ampara frente a sus violaciones y, en especial, frente a aquellas cometidas por los órganos públicos, a quienes se prescribe el más estricto cumplimiento del ordenamiento fundamental, pues ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”⁽⁸³⁾ Con este planteamiento, el autor fundamenta la imputación de todo daño al Estado, fundándose en el principio de la igualdad ante las cargas públicas.

Discrepa de la opinión anterior el profesor **Pedro Pierry**, al considerar “que es excesivo sostener que cada vez que un particular soporta alguna carga, se está quebrantando el referido principio. La incorporación de este principio de la violación de la igual repartición de las cargas públicas tiende a solucionar ciertos problemas que se originan con la actuación de la Administración efectuada dentro de sus atribuciones y en forma legal, sin falta de servicio, pero que afectan igualmente a un particular por alterar el referido padrón de igualdad. Para que se indemnice será necesario no estar frente a cualquier situación de afección, sino que se requerirá, como ocurre en el derecho francés, que se haga correr “un riesgo excepcional”. Esa debería ser la interpretación de los tribunales, porque en caso contrario se estaría consagrando, lisa y llanamente, la responsabilidad objetiva del Estado.”⁽⁸⁴⁾

Son ejemplos típicos de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas como fundamento de imputación sin falta, los perjuicios originados a los propietarios de inmuebles ubicados en las proximidades de la construcción de obras públicas, especialmente de redes viales, como son la imposibilidad de un acceso expedito a los mismos, los desniveles en la calzada, la pérdida de la clientela y, en general, todos los que superan los inconvenientes cotidianos causados por dichas obras.

4. Responsabilidad por falta o sin falta: un problema de opción

La responsabilidad extracontractual del Estado administrador ha evolucionado desde la recepción de criterios de imputación con falta, en primer lugar del funcionario y luego de la Administración, hasta las formas más elaboradas de imputación que conoce la doctrina moderna, basadas en la responsabilidad objetiva.

Sin duda, establecer una responsabilidad con falta de la Administración o una responsabilidad sin falta, como criterio de general aplicación en el ordenamiento jurídico, tiene directa relación con las finalidades que se atribuyan a la responsabilidad. Cada sistema jurídico alcanzará su propia solución basándose en planteamientos filosóficos y políticos, que dicen relación con lo que se quiere, y en las políticas económicas, que aspiran a lo posible.

Si el ordenamiento jurídico consagra la teoría de la responsabilidad del Estado para la exclusiva protección del patrimonio del administrado, como una garantía de integridad subjetiva, la opción no merece dudas: deberán establecerse los fundamentos de responsabilidad sin falta, puesto que en estos casos el elemento sobre el cual gravita la responsabilidad es la producción de un daño antijurídico, es decir, un daño que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar y, por lo tanto, la amplitud de los supuestos de responsabilidad sin falta permite una mayor cobertura de los daños y una mejor indemnidad de los patrimonios.

⁽⁸³⁾ SOTO Kloss, Eduardo. Op. cit., página 307.

⁽⁸⁴⁾ Informe de la Comisión Mixta relativo al proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los

Por otra parte, si la responsabilidad se instaura con fines de orden y control del funcionamiento administrativo, siempre la responsabilidad deberá reconocer su origen en una falta que sea reprochable a la Administración, pues no se justificaría la responsabilidad si no hay falta, en circunstancias que el objetivo que se busca es que los órganos administrativos aprendan cómo deben desempeñarse en el futuro para evitar el pago de indemnizaciones por las lesiones patrimoniales causadas.

Por último, cuando la responsabilidad persigue múltiples propósitos, como ser garantía del patrimonio individual, seguro frente a los riesgos sociales, precio de las políticas y actividades del Estado y parámetro de orden y control del funcionamiento del servicio público, es necesario conciliar ambas teorías, aplicándose con preferencia la responsabilidad con falta y, en subsidio, frente a casos excepcionales, la responsabilidad sin falta.

Lo que resulta relativamente fácil exponer en términos teóricos ha sido muy difícil de determinar en términos prácticos. Los distintos ordenamientos jurídicos no se definen con exactitud por uno u otro criterio de imputación y la doctrina en estos casos se divide. Se reconoce una marcada tendencia a la objetivación de la responsabilidad, con lo que nada se dice, pues la referencia se hace con el fin de excluir la culpabilidad del funcionario y de incluir tanto la responsabilidad con falta como sin falta.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla una serie de normas sobre la materia: pero no es la ley ni menos aún la Constitución Política de la República, las que se pronuncian sobre si la responsabilidad es una responsabilidad con falta o sin falta; por ende, ese vacío normativo ha venido a verse complementado por una abundante doctrina, aunque discrepante, pues no ha podido coincidir en una determinada solución que refleje en forma armónica nuestra realidad política, económica y social, como ocurre, por ejemplo, en el sistema español antes reseñado.

Veamos las normas que invoca la doctrina nacional para sostener sus posiciones. En primer lugar, cabe citar el artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que establece:

Artículo 4º. El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.

El artículo 44 de la misma ley, que consagra como fundamento de imputación la falta de servicio, es decir, un criterio de imputación con falta, prescribe:

Artículo 44. Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio

La propia Constitución parece preocuparse del tema, si se repara en su artículo 38, inciso 2º, que establece, en términos relativamente similares al artículo 4º de la Ley de Bases, la responsabilidad de Estado:

Artículo 38, inciso 2º. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Dos posturas totalmente divergentes caracterizan a nuestra doctrina en esta materia. Por un lado se concluye que nuestro sistema jurídico

contempla como sistema general una responsabilidad sin falta: por el otro se afirma que esta regla general responde a una responsabilidad con falta.

¿Cómo se llega a tan dispar solución, sobre la base de unas mismas normas?

Dentro de los autores nacionales que señalan que nuestro ordenamiento jurídico contempla un sistema de responsabilidad sin falta, destaca el profesor **Gustavo Fiamma**. Este autor expresa que “la falta de concordancia entre el sistema previsto por el artículo 38 de la Constitución con el establecido por los artículos 44 de la Ley 18.575 y 83 de la Ley 18.695 – actual 141 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2/19.602, de 1999– es de tal entidad que es imposible la interpretación conciliatoria: dichos sistemas son esencialmente contradictorios, al extremo de ser excluyentes entre sí.”⁽⁸⁵⁾ lo que es lógico a los ojos del autor, ya que él ve en el artículo 38, inciso 2°, de la Constitución Política la consagración constitucional de la acción de responsabilidad extracontractual del Estado. “De conformidad al sistema establecido en la Constitución –dice–, **la víctima no tiene obligación alguna de carácter probatorio relacionada con la conducta de la Administración**. El establecimiento de este requisito para la procedencia de la responsabilidad, sea en el sistema flexible del artículo 83 de la Ley de Municipalidades, sea en el sistema rígido del artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, es ajeno al texto constitucional y, por lo tanto, inconstitucional.”⁽⁸⁶⁾ De esta manera, resuelve el problema asignando un contenido reparatorio al artículo 38, inciso 2°, de la Constitución Política, y privilegiando su aplicación por efecto del principio de la supremacía constitucional, lo que deriva en la consagración de una responsabilidad objetiva plenamente vigente en todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado.

En el segundo grupo de autores tenemos al **profesor Pedro Pierry**, quien defiende la tesis de la responsabilidad con falta en nuestro ordenamiento. Comienza constatando que sólo existe una aparente contradicción entre el artículo 38 inciso 2° y el artículo 44. En primer lugar, nos recuerda que el artículo 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado es perfectamente constitucional, pues así fue declarado por el propio Tribunal Constitucional al realizar el control preventivo de constitucionalidad y, por lo tanto, no puede ser tachado, ni menos declarado inconstitucional con posterioridad al examen preventivo realizado por el alto tribunal. En segundo lugar, no podría haber contradicción, señala, “ya que el artículo 38 tampoco establece la responsabilidad objetiva. En efecto, dicho artículo tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa –la contencioso anulatoria y la contencioso reparatoria–; pero no para consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado, y mucho menos un determinado tipo de la misma.”⁽⁸⁷⁾ La forma de conciliar los artículos 4° y 44 de la Ley de Bases, para él, es sosteniendo, de acuerdo a la historia fidedigna de su establecimiento, que el artículo 4° establece “un principio general, pero de acuerdo con la idea básica del legislador en el sentido que la responsabilidad se compromete únicamente tratándose de actuación antijurídica de la Administración.”⁽⁸⁸⁾ como se da en el caso del artículo 44, que utiliza la fórmula de la falta de servicio.

(85) FIAMMA Olivares, Gustavo. La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio. Revista Chilena de Derecho, vol. 16 N° 2, julio-agosto, 1989, página 438.

(86) Ibid., página 439.

(87)

De acuerdo con esta interpretación, el artículo 4º establece el reconocimiento del principio de la responsabilidad extracontractual del Estado por vía legislativa, y el artículo 44 es el fundamento de la responsabilidad o, como le hemos llamado, es el fundamento de la imputación del perjuicio a la Administración. Como decíamos al comenzar nuestra exposición y ahora lo vemos confirmado en la práctica, es importante distinguir entre los fundamentos del reconocimiento del principio de responsabilidad del Estado y los fundamentos de la responsabilidad del Estado, pues ese distingo, creemos, permite ordenar las ideas matrices que ilustran este debate.

Pareciera ser que el reconocimiento de la responsabilidad con falta como la regla general en nuestro Derecho, es el sistema más lógico. Sin embargo, el artículo 44 de la Ley de Bases no se aplica a todos los organismos de la Administración del Estado, ya que el artículo 18, inciso 2º, excluye de su aplicación a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades y a las empresas públicas creadas por ley, a las que señala un régimen constitucional y legal especial.

Artículo 18, inciso 2º. Las normas del presente título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo Superior de Educación y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.

¿Qué ocurre si dentro de esta normativa orgánica constitucional o de quórum calificado no se contemplan normas especiales relativas a la responsabilidad extracontractual?

No cabe duda que no puede aplicarse el artículo 44, pero igualmente es indudable que nada obsta a que se aplique el artículo 4º, por hallarse contenido dentro del Título I: Normas Generales de la Ley N°18.575.

4. Fallos destacados en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por su función administrativa:

a) Fallo "Mario Granja con Fisco"

En el fallo "*Mario Granja con Fisco*", del 11 de Octubre de 1938, se demandó al Estado, por los daños provocados por el disparo que efectuó un carabinero sin mediar provocación alguna. Se negó la indemnización por considerarlo un acto personal; y se dijo que el carabinero es directa y personalmente responsable de los hechos delictuosos o cuasidelictuosos, en virtud del artículo 2314 del C.C. y, que las normas del título XXXV del Libro IV del C.C., no son aplicables al Estado por ser una persona de Derecho Público. (Ver considerandos N° 4, 5 y 6.)

Por tanto, los tribunales sostuvieron que el Estado es una persona jurídica de Derecho Público y que no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes, no siéndole aplicables los artículos 2320 y 2329 del Código Civil.

b) Fallo "Eliana Tirado con Fisco"

En la causa caratulada "*Tirado con Municipalidad de La Reina*", el 23 de Marzo de 1981, la Corte Suprema confirma el fallo de la Corte de Apelaciones. En esta se demandó la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por una persona al caer en una excavación profunda situada a dos metros de un paradero de micros, en un lugar poco iluminado, sin barreras de contención y sin señales de advertencia. Se sostiene que existe **falta de servicio**, pues la municipalidad al no señalar, ni inspeccionar los lugares en que se efectúan trabajos actuó deficientemente. No es necesario acreditar negligencia de los funcionarios en el desempeño de sus funciones. Se acoge la demanda y se pagan incluso los daños morales.

Es importante destacar que en algunos considerandos se hace alusión a la **responsabilidad objetiva**, pero parece que para la Corte este tipo de responsabilidad se configura desde un punto de vista negativo, es decir, que estaremos en presencia de ésta cuando la víctima no deba probar que el funcionario actuó dolosa o culpablemente, aunque tenga que probar la falta de servicio. (Ver considerandos 4 y 5).

Este fallo marca el abandono de los criterios de Derecho Civil imperante, pasando a recepcionarse los lineamientos básicos del nuevo Ordenamiento Constitucional vigente, por lo que la responsabilidad se funda en principios y normas de Derecho Público.

c) Fallo "*Sociedad Importadora y Exportadora Hexagón con Fisco*"

Al igual que el fallo anterior, también recepciona el nuevo Ordenamiento Jurídico y basa la responsabilidad en los principios y normas del Derecho Público. Se ha señalado que este fallo recoge iguales fundamentos que el arrêt Blanco, al sostener que las normas que rigen la responsabilidad del Estado son distintas a las normas que se aplican a los particulares.

En este fallo se acoge la demanda interpuesta por la Sociedad Hexagón, declarando que el Fisco está obligado a indemnizar los daños que causó el SII al demandante con motivo de la paralización, en el año 1977, de las liquidaciones de importación de automóviles. Se desestiman las alegaciones hechas valer por el Consejo de Defensa del Estado, en orden a que la acción estaba prescrita, en virtud del artículo 2332 del CC.

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación, sostuvo que de todo lo analizado precedentemente es forzoso concluir que las normas legales de responsabilidad extracontractual del Estado, por los perjuicios causados a los particulares provenientes de actuaciones o de omisiones de los órganos de su administración emanaban y se encontraban establecidas expresamente a la época del presente litigio en las Actas Constitucionales N°s 2 y 3, y, en la actualidad, en la Constitución de 1980 y la LOC N°18.575 de 1986. En consecuencia no se han podido aplicar las normas del Título XXXV del CC, sobre delitos y cuasidelitos dentro de las cuales se encuentra el artículo 2332 sobre prescripción de las acciones provenientes de ellos.

IV. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. Generalidades:

La solución clásica recogida en el Principio de la Irresponsabilidad del Estado, en este tipo de responsabilidad, tuvo plena aplicación: basada principalmente en la presunción de verdad legal emergente de la cosa juzgada

Se decía que como la sentencia declara el derecho, el acto que contiene no determina responsabilidad, pues se supone ajustada a derecho. A esta solución también llegaba la jurisprudencia francesa. Frente a la irresponsabilidad existió la responsabilidad personal, civil y criminal de los jueces.

Se evoluciona posteriormente, y se reconoce la responsabilidad subsidiaria del Estado cuando el juez no tiene un patrimonio capaz de hacer frente al pago de la indemnización. Y por último, se llega a la última etapa en que se establece la responsabilidad directa del Estado Juez (sin perjuicio de la responsabilidad personal de los magistrados.)

En Francia el primer caso de error judicial, es el conocido proceso "Dreyfus" tramitado en Francia en el año 1894, en el que ab-initio fue condenado el capitán Alfred Dreyfus como traidor a la patria, proceso que conmovió la conciencia nacional francesa, y repercutió en todos los demás países. En 1894 el capitán Dreyfus fue acusado de espiar para Alemania y condenado a prisión perpetua en la Isla del Diablo en la Guayana Francesa. Allí vivió su condena encerrado en una pequeña casa de piedra y engrillado cada noche. Fue degradado públicamente. En 1899, se ordenó un nuevo consejo de guerra, en el que fue nuevamente encontrado culpable, pero con circunstancias atenuantes, por lo que la condena fue rebajada a diez años. Aunque años antes había conseguido el indulto, en 1906 se realizó un tercer juicio en el que por fin fue encontrado inocente.

En Francia una **ley del 8 de junio de 1895** acogió la responsabilidad del Estado por error judicial, la que dispone: "La sentencia o el juicio de revisión de donde resulte la inocencia del condenado, podrá, a petición suya, concederle indemnización por los daños o perjuicios que le hubiere causado la condena. Las sumas serán de cargo del Estado, salvo su recurso para proceder contra la parte civil."

2. Fundamento específico del principio de la Irresponsabilidad del Estado por su función jurisdiccional: La cosa juzgada

El principal fundamento que se dio por la doctrina para sostener que el Estado era irresponsable por su actividad jurisdiccional es el que se basa en que las resoluciones judiciales tienen la fuerza de la cosa juzgada.

La resolución judicial tiene la fuerza de verdad legal e integra el orden jurídico como norma particular. Por tanto, el menoscabo que de ella pueda derivar no puede ser ilícito y la culpabilidad que pueda encerrar no es investigable.

Si se aceptará el principio de la responsabilidad, se generarían una multiplicada de juicios, se señala, pues quien pierde el juicio y estima equivocada la solución inicia uno nuevo para resarcirse: el juicio por indemnización se convierte en un recurso no previsto contra la sentencia originaria.

Si el juzgamiento no ha llegado a su fin, tampoco el perjudicado tienen derecho a la indemnización, pues estando a su disposición los recursos contra las resoluciones judiciales, el daño aún no se ha concretado. Si se han intentado y perdido los recursos judiciales, la sentencia reviste el valor de cosa juzgada y no puede ser modificada.

Este carácter de verdad legal que ostenta la resolución pasada en autoridad de cosa juzgada, impide en tanto se mantenga juzgar que hay error. Si así no fuere se subvertiría el orden social, atentando gravemente contra la seguridad jurídica, frustrando la finalidad que tiene el instituto.

Frente a tan importante fundamento se ha planteado que al tratarse la cosa juzgada de una ficción legal, ella se mantiene en tanto la ley la sostenga. Por ende si un acto jurisdiccional posterior reconoce el error judicial por

permitírsele la Constitución o la ley, el valor de cosa juzgada de esa resolución que causó un daño desaparece y pierde todo valor.

3. Fundamentos de imputación del perjuicio al órgano jurisdiccional

Después de este proceso de reconocimiento de la responsabilidad, han surgido una serie de dudas, pues resulta difícil compatibilizar el derecho de los individuos con el poder-deber del Estado de administrar justicia al caso concreto. Por tanto, las soluciones que se han dado a la pregunta cuándo el Estado es responsable por su actividad jurisdiccional son diversas. Debemos dejar establecido que el actuar lícito de la administración de justicia no cabe dentro de la responsabilidad, por tanto, no es posible reclamar indemnización frente a una sentencia judicial desfavorable que sea reflejo de un funcionamiento normal de la administración de justicia.

Las constituciones y legislaciones han debido optar por un criterio restringido o un criterio amplio. En **el restringido**, la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional se ve afectada solamente en los casos de error judicial -en sentido estricto-, en ciertos procesos (Por ejemplo en el proceso penal, y no en el proceso civil), y en determinados actos (Por ejemplo en el auto de procesamiento, sentencia condenatoria de primera o segunda instancia, no en una detención). En **el amplio**, la responsabilidad del Estado se compromete, ya sea por el error judicial - en sentido estricto- como por anormal funcionamiento de la administración de justicia.

3.1. Error judicial

La responsabilidad del Estado por **error judicial** o responsabilidad in iudicando, según Carnelutti, es la que deriva de la función jurisdiccional del Poder Judicial, limitada a los supuestos de ejercicio de la potestad de juzgar. Este se produce como consecuencia de una declaración de voluntad de un magistrado. Puede reconocer como fuente de origen un *error de hecho*, caso en el cual hay una errónea apreciación de los hechos, o un *error de derecho*, en el cual hay un mal encuadramiento de las circunstancias fácticas en el ordenamiento jurídico o hay una utilización errónea de las normas legales. Ejemplo: una sentencia condenatoria en primera instancia que es revocada en segunda por haber subsumido erróneamente los hechos en el tipo penal.

En **nuestro país** se ha consagrado una responsabilidad de la administración de justicia restringida sólo a los casos de error judicial.

La *Constitución Política de 1833*, en su artículo 111 solamente consagraba la responsabilidad personal de los jueces por los delitos cometidos en el ejercicio de su ministerio, pero excluía la responsabilidad extracontractual del Estado Juez.

Luego, la *Carta de 1925*, en su artículo 84, al igual que la anterior, consagraba la responsabilidad personal de los jueces. Pero en el artículo 20 contemplaba la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad por error judicial al decir: "Todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido." A pesar de su consagración constitucional, los tribunales de justicia rechazaban las demandas indemnizatorias interpuestas por considerar que el artículo 20 era únicamente una norma programática, que consagraba una garantía de carácter simplemente doctrinaria, ya que nunca se dictó la ley que debía regular la materia.

En el *Acta Constitucional N°3*, del año 1976, se contempla expresamente la responsabilidad del Estado por error judicial en materia penal. Disposición reproducida en el artículo 19, N°7, letra i) de la Constitución Política de 1980.

La actual *Constitución Política de la República* en el **artículo 19 N°7** asegura a todas las personas el **derecho a la libertad personal y a la seguridad individual**. Una de las formas lícitas de privar o perturbar dicho derecho es mediante un auto de procesamiento o una sentencia condenatoria en materia penal. Sin embargo, si la Corte Suprema, una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria en la causa, declara injustificadamente erróneo o arbitrario dicho auto de procesamiento o sentencia condenatoria, la persona afectada con la resolución tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado. Se trata de una norma autosuficiente que no requiere de una norma legal complementaria posterior.

Este artículo contempla la responsabilidad extracontractual del Estado Juez por error judicial en materia penal cuando se ha sometido a proceso o se ha condenado a un inocente.

Artículo 19, N°7, letra i): Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por una resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.

De la norma precedente se pueden establecer los siguientes requisitos:

1) En cuanto a la **naturaleza de las resoluciones** que pueden comprometer este tipo de responsabilidad, debe tratarse únicamente de resoluciones dictadas en un proceso criminal, puede ser un auto de procesamiento o una sentencia condenatoria dictada en primera o segunda instancia. No se requiere que haya sido privado de libertad en su tramitación.

2) Es necesario, además, que **con posterioridad** a la dictación del auto de procesamiento o de la sentencia condenatoria se dicte sobreseimiento definitivo respecto del afectado o una sentencia absolutoria en la causa.

Una vez reunidos estos dos requisitos surge el derecho a accionar para obtener la indemnización. Son dos los procedimientos que se deberán intentar: un procedimiento declarativo ante la Corte Suprema y un procedimiento de determinación de los perjuicios ante un juez de letras.

3) En un primer procedimiento, el auto de procesamiento o la sentencia condenatoria debe ser declarado por la Corte Suprema **injustificadamente erróneo o arbitrario** (constituye una especie de autorización que ésta debe dar). La determinación del contenido de estos conceptos no fue dada por el constituyente, por lo que será la Corte Suprema la llamada a delimitarlos. Sin embargo, es conveniente recordar lo dicho por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Para sus integrantes no existía diferencia entre error injustificado y arbitrariedad, implican que el sometimiento a proceso o la condena fue dictada "sin motivo plausible", "por un error judicial craso", "cuando no hay elementos que intelectualmente a una mente normal pueden haberle llevado a la conclusión a que llegó el juez", etc.

4) En un segundo proceso, la indemnización debe ser determinada, según el texto constitucional, en **un procedimiento breve y sumario**. En los juicios en que tenga interés el Fisco o juicios de hacienda, el procedimiento aplicable es, por regla general, el del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía sin los trámites de réplica y dúplica. En este caso específico el procedimiento

aplicable es el Juicio Sumario, de acuerdo a lo señalado en el artículo 680 del C.P.C., ya que se ordena seguir "un procedimiento breve y sumario".

5) En lo referente a la **naturaleza de los daños indemnizables** estos pueden ser tanto los daños materiales como los daños morales. Ello porque de acuerdo a lo señalado por don Alejandro Silva Bascuñán en esta materia el daño moral es mayor que el patrimonial.

6) La prueba para determinar la especie y monto de los perjuicios se apreciará **en conciencia**.

La Corte Suprema, con posterioridad, dictó un auto acordado que reglamentó el procedimiento para obtener la declaración previa al ejercicio de la acción indemnizatoria el año 1983, y luego, dictó otro el año 1996, que modificó el anterior. Por lo que la normativa constitucional debe entenderse complementada con estas normas.

3.2. Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia

La responsabilidad del Estado por el **anormal funcionamiento de la administración de justicia** está referida a toda actuación que no sea ejercicio de la función jurisdiccional.

Para algunos autores, se refiere a toda la actividad residual desplegada no sólo por quienes juzgan u ordenan ejecutar las decisiones, sino también por quienes auxilian o colaboran de algún modo con la administración de justicia. Para otros, se refiere a la marcha lenta, inadecuada o irregular de los procedimientos judiciales, bien se deba a la propia negligencia o inadecuada lentitud del juzgador, como a los atascos o intencionadas dilaciones de la marcha del procedimiento atribuible a los órganos auxiliares de la Administración de Justicia.

Ejemplo: el extravío de un expediente, lentitud en la tramitación de los expedientes judiciales cuando se ha solicitado el auxilio en el debido tiempo y en forma, como en las medidas prejudiciales precautorias, etcétera.

4. Criterio amplio o restringido en nuestra legislación:

Cabe preguntarse, si el artículo 19, N°7, letra i), sólo se refiere a la responsabilidad del Estado por error judicial en materia penal cuando se dicte un auto de procesamiento o sentencia condenatoria injustificadamente errónea o arbitraria. ¿Implica ello que el resto de la actividad jurisdiccional es irresponsable por sus actos dañosos? ¿Que si el juez decreta una detención preventiva en forma abusiva y con ello provoca un daño no se responde? ¿Que si el juez en materia civil dicta una sentencia errónea o arbitraria no debe responder el Estado? ¿O que si el juez incurre en un retardo injustificado, o se extravía un expediente nadie responde? En nuestra legislación no hay norma expresa que resuelva el problema.

Para la doctrina mayoritaria en estos casos no cabría responsabilidad del Estado, pues la Constitución haría responsable exclusivamente al Estado en el caso específico del artículo 19 N°7, letra i). Señalan que si la responsabilidad fuera amplia los jueces se abstendrían de realizar correctamente su actividad por el constante temor de incurrir en responsabilidad. Agregan que en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución queda claramente establecido que este es el único caso en que procede la indemnización, que en las demás situaciones estamos frente a una carga pública.

A nuestro entender no parece ser esa la buena doctrina ya que si tanto el legislador como el administrador son responsables de los daños que

causen con su actuar sin distinguir de que tipo de actuación se trate. no hay razón para que respecto del actuar del juez el criterio sea diferente. Además, los artículos 6º y 7º de la C.P.R. hacen responsables de sus actos a "los órganos del Estado", sin distinguir entre órganos que ejercen funciones judiciales, administrativas o legislativas. Por lo tanto, todos son responsables de su actuar fuera de la Constitución o las leyes, fuera de su competencia, sin las formalidades que prescribe la ley o atribuyéndose otra autoridad que las que se le confieren, si con ello causan daño.

5. Fallo en que se reconoció la responsabilidad del Estado Juez:

En la causa caratulada "Salinas Gómez", de la cual conoció la Corte Suprema por la interposición de una acción constitucional de indemnización de perjuicios, con fecha 14 de Noviembre de 1985 se acogió la acción.

El caso consistió en que se había declarado reo por giro doloso de cheques al egresado de Derecho don Raúl Salinas, en circunstancias que el protesto era erróneo, pues el cheque había caducado por presentarse a cobro después de los 60 días de girado, no por no tener el cuenta correntista fondos con que hacer el pago.

La Corte Suprema dio lugar a la acción y señaló que la actuación del tribunal sólo puede explicarse por el hecho de que el juez debiendo examinar el cheque protestado y la gestión a que dio lugar su notificación judicial, omitió hacerlo, cual era su deber más elemental. En el caso que se examina el juez omitió la lectura y examen del documento, por lo que el error es injustificado cualquiera que haya sido la actividad defensiva del afectado. (Ver considerandos 8 y 12).

V. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU FUNCIÓN LEGISLATIVA

1. Planteamiento específico

Hasta fines del siglo pasado se reconoció al igual que en materia de responsabilidad del Estado Administrador y Juez, que el principio fundante era la **irresponsabilidad por la actividad legislativa**. Tal criterio se basa en que legislar implica ejercicio de soberanía, y que los agravios causados por el soberano no se reparan. Incluso llegó a decirse que la ley que causaba el perjuicio es expresión de la voluntad general, y, por consiguiente, también de la voluntad de los que sufren el daño.

No obstante ello, **Duguit** jamás reconoció la irresponsabilidad, pues, partiendo de la base de que, respecto de los administrados, el Estado actúa como asegurador de todo riesgo que resulte de su actividad general, sostuvo que dicho seguro cubre también el riesgo que es producto de la aplicación de una ley.

2. Fundamentos de la Irresponsabilidad del Estado por su función legislativa

Este problema se plantea tempranamente en Francia. La explicación la encontramos en que por regla general cuando una ley efectuaba una reforma

Pero este criterio cambia con la ley de 12 de febrero de 1835, norma dictada para asegurar el rendimiento económico del monopolio del tabaco, que prohibió la fabricación, circulación y venta de los sucedáneos de este producto, forzando el cierre de diversas fábricas. La ley no preveía indemnización alguna y la reclamación del señor **Duchatelier**, uno de los fabricantes afectados por el cierre, fue rechazada por el Consejo de Estado, en un arrêt del 11 de enero de 1838.

2.1. La ley expresión de la Soberanía

La elaboración científica de la teoría de irresponsabilidad fundada en el Principio de la Soberanía surge de la mano de los planteamientos del vicepresidente del Consejo de Estado **Laferriere**, quien señalaba que:

“Es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley, es en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación.”

Por tanto, la ley, voluntad colectiva del pueblo, no puede causar injusticia alguna, porque es ella misma la que decide lo que es justo y lo que no lo es; la ley voluntad general, no puede causar perjuicio a nadie, porque nadie se causaría un mal a sí mismo.

2.2. Carácter general de la ley

Cuando el concepto de soberanía empieza a ser criticado, por ser de la misma sustancia este derecho divino del pueblo que el derecho divino del rey, surge otra idea que sirvió para fundamentar la irresponsabilidad, se cambia el acento del carácter soberano de la voluntad legislativa a su carácter general.

Las normas, se decía, constituyen derecho objetivo, tienen por finalidad el establecimiento de **una medida de carácter general**; en consecuencia, no pueden dañar a nadie, suponiendo que el daño consiste en la violación de una situación jurídica individualizada. La inexistencia de un perjuicio especial determina la falta de responsabilidad.

3. Fundamentos de la imputación del perjuicio al Legislador

3.1. Fundamentos de imputación con falta o por ley inconstitucional

Si es promulgada y publicada una ley que adolece de un vicio de inconstitucionalidad, lo que en nuestro Derecho puede acontecer, pues el control de constitucionalidad no es obligatorio respecto de todas las leyes, podríamos decir que nos encontramos frente a un supuesto de falta, por lo que podría existir un reproche a la actividad del legislador.

Nuestra Carta Fundamental consagra en su artículo 80 un recurso o acción cuyo conocimiento es de competencia exclusiva y excluyente de la Corte Suprema. En este se solicita a la Corte declare que un determinado precepto no se ajusta al texto constitucional y que por lo tanto no puede ser aplicado al caso particular. Es el conocido **recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad**.

Si la ley es **inconstitucional**, y se ha declarado así por la Corte Suprema, hay que distinguir:

1. Si no se alcanzó a aplicar, obviamente, no habrá daño que reparar.

2. Pero si por el contrario, antes de su declaración de inconstitucionalidad se aplicó y se causó un daño, debe reconocerse la responsabilidad del Estado Legislador y fijarse la indemnización judicialmente.

3.2. Fundamentos de imputación sin falta o por ley constitucional: Teoría de la igualdad ante las cargas públicas

Este principio que es una aplicación del principio de igualdad ante la ley, sostiene que los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, por lo que los daños excepcionales que el poder público causa a los particulares deben ser indemnizados con el presupuesto de toda la colectividad.

El Estado para prestar un servicio público debe procurarse los recursos necesarios, los cuales deben obtenerse de toda la comunidad, ya sea mediante el pago de patentes, impuestos, derechos, etc. Estas **cargas deben ser repartidas equitativamente** entre los ciudadanos, por tanto, el Estado debe indemnizar a aquel que grave en forma adicional, haciéndole soportar un gravamen superior que al resto.

Por lo anterior se ha señalado como requisito, para que proceda la indemnización, que el daño debe ser **especial, singular, o particular**, es decir, que debe afectar a una persona a grupo determinado de personas. Sostiene parte de la doctrina que si el daño es general constituye una carga pública, y no se pasaría a llevar la igualdad, pues se afectaría a todos por igual.

Este criterio es válido sólo si la responsabilidad del Estado se fundamenta en el **Principio de Igualdad ante las cargas públicas**, pero sabemos que no es el único principio que se puede hacer valer ya que la Constitución contempla muchos otros. Además, debemos considerar que la carga pública tiene como límite siempre los derechos esenciales de la persona humana, luego por más que el gravamen impuesto sea general, si se pasa a llevar uno de estos derechos igual habrá responsabilidad.

En **Francia**, hasta el año 1938, no se aceptó la responsabilidad, salvo que fuese la propia ley la que reconociese su responsabilidad. El caso que sentó jurisprudencia en esta materia fue conocido por el Consejo de Estado Francés, fecha desde que se comenzó a reconocer la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Este es al arrêt "**La Fleurette**".

La sociedad La Fleurette, producía un producto denominado "**Gradine**", este consistía en una crema compuesta en un 70% de leche, y en un 30% de aceite de maní y yema de huevo. En junio de 1934 se dictó una ley protectora de los productos lácteos, para **fortalecer la industria lechera**, en la que se prohibía vender y fabricar, bajo la denominación crema, producto alguno que no proviniera exclusivamente de la leche. La sociedad que para el ejercicio de su industria había realizado una importante inversión de capital se vio forzada a paralizar su actividad. Se recurrió al Consejo de Estado el que consideró que la prohibición establecida por la ley de 1934 respondió a una exigencia de interés general, por lo que sus consecuencias debían ser soportadas por la colectividad toda. Además, el tribunal hizo presente que la actividad no era de modo alguno nociva, siendo lícito su desarrollo por cualquier particular. Por lo anterior, reconoció que la sociedad debía ser indemnizada.

Desde ese entonces hasta nuestros días la teoría de la responsabilidad

el hecho de las leyes, ha sido perfeccionada, buscando sus fundamentos en principios de Derecho Público y estudiando los casos en que procede.

4. Normativa jurídica nacional aplicable a la responsabilidad del Estado Legislador

Es importante destacar, que ninguna de nuestras Cartas Fundamentales ha consagrado expresamente la responsabilidad por actos legislativos que causen daños, por lo que la construcción de esta responsabilidad emana de normas constitucionales generales, que no se refieren exclusivamente a la actividad legislativa.

Es así, que debemos considerar primeramente, lo consagrado en el **artículo 1º, inciso 4.** que recoge los grandes parámetros fijados por la C.P.R., a los que subordina la acción legislativa, el primero es **el rol servicial del Estado** y el segundo es el **pleno respeto a los derechos de las personas**. Por ende, el legislador debe considerar que como un órgano del Estado que es, debe actuar para promover el bien común, estando al servicio de las personas, y no éstas al servicio de él, y que su actuación siempre debe reconocer como límite el respeto por los derechos de los individuos.

Lo confirman a su vez el **artículo 5º, inciso 2º**, al consagrar una **soberanía limitada** justamente por esos derechos. Es por ello, que la ley, que por esencia es expresión de soberanía, reconoce como limitación los derechos esenciales garantizados por la Constitución y por Tratados Internacionales.

A su vez, los **artículos 6º y 7º** no distinguen entre los órganos del Estado, sino que los hace a todos responsables por igual, donde también se contempla al órgano legislativo.

Y por último, tenemos el **artículo 19, N°26**, que constituye la garantía de las garantías. Al señalar como un derecho esencial “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Este precepto es un mandato directo al legislativo que lo limita en su actuar, si lo transgrede y con ello provoca un daño, además de la inconstitucionalidad deberá reconocerse la responsabilidad.

5. Fallo en que se reconoció la responsabilidad del Estado Legislador:

La Corte Suprema sentó jurisprudencia sobre el tema en la causa caratulada “*Comunidad Galletúe con Fisco*”, de la que conoció por la interposición de un recurso de casación en el fondo, el 7 de Agosto de 1984.

En este caso por decreto supremo, que se fundaba en la Convención Internacional sobre Protección a la Fauna y la Flora de los países americanos y sus bellezas escénicas, se declaró monumento nacional la araucaria araucana. La comunidad “Galletúe” explotaba esta especie.

La Corte señaló que la declaración de monumento nacional de la araucaria es un acto lícito, no tiene el carácter de expropiación, ni desconoce los atributos esenciales al dominio, es sólo una limitación al dominio. Pero, no es **equitativo** que los dueños del predio soporten el daño que les significa dejar de explotar dicha especie. Y señala, que la ley puede ser fuente de responsabilidad del Estado si dispone o si permite tomar medidas que lesionen o perjudiquen las garantías o derechos fundamentales que la Constitución asegura. El Principio de equidad, en este caso, es el fundamento del fallo (Ver

Otro fallo importante, es el fallo “**Sociedad Agrícola y Forestal Casagrande Ltda. con Fisco**”, de 1993. La sociedad mencionada celebró legítimamente con la Comunidad Galletué un contrato de explotación de un bosque de araucarias, que se ubicaba en el predio Quinquén, comuna de Lonquimay. Para dicha explotación realizó cuantiosas inversiones y posteriormente comenzó los trabajos. Después de declarada la araucaria araucana monumento nacional la CONAF canceló la autorización de explotación con lo que se le causaron diversos perjuicios y demandó responsabilidad extracontractual del Estado.

El tribunal de primera instancia acogió la demanda, fallo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones. Señala que se estima de **equidad** hacer lugar a la demanda en cuanto se solicita se declare que debe indemnizarse los perjuicios sufridos por ésta con motivo de dictarse el decreto supremo N°43 (el que declara monumento natural a la araucaria). Agrega que esta razón de equidad se reafirma al constatar que la propia Constitución Política del Estado, junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre ellos el dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la administración o de los legisladores. (Ver considerando 13° del fallo de primera instancia).