

Enrique Barros Bourie

**TRATADO DE
RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL**



CAPÍTULO VII

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

§ 39. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS ÓRGANOS PÚBLICOS

a. *Introducción*¹

332. Diferencias y analogías entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil. a) El derecho de la responsabilidad civil adopta la perspectiva del derecho privado, que es el orden de la igualdad (*supra* N° 13), donde ninguna de las partes tiene una *potestad de derecho o de supraordenación* respecto de la otra. Por el contrario, este tipo de relaciones es característico del derecho público, en la medida que éste establece funciones que a menudo envuelven la potestad de afectar intereses privados y modificar situaciones jurídicas. Esta peculiaridad de las relaciones de derecho público, que recorre las funciones legislativa, administrativa y judicial, obliga a plantearse las condiciones específicas bajo las cuales responde el Estado.²

¹ El autor agradece el invaluable consejo especializado y los informados comentarios y notas al texto original de este capítulo hechos por José Miguel Valdivia, antiguo ayudante de derecho civil, académico de la Universidad de Chile y master en *droit public interne* de la Université Panthéon-Assas Paris II y candidato a doctor en derecho público en esa misma universidad. El profesor Valdivia ha contribuido con información sobre doctrina y jurisprudencia francesa que van más allá de las referidas en los tratados generales en la materia consultados por el autor. Asimismo, expreso mi reconocimiento a Manuel Daniel, de cuya natural sabiduría aprendí mucho acerca de la forma de pensar de un administrativista sabio y prudente, cuando compartimos funciones como abogados integrantes en la Corte Suprema.

² En este capítulo se hará referencia a la responsabilidad de las municipalidades y de los demás órganos de la Administración del Estado, en atención a que su actuación plantea las preguntas más generales y frecuentes en la materia. En un apartado especial serán analizadas las responsabilidades por actos legislativos y judiciales. Las municipalidades forman parte de la Administración del Estado, según dispone el artículo I II de la ley N° 18.575, sobre bases generales de la Administración del Estado (Ley de bases), y, como se verá, la ley N° 18.695 sobre municipalidades (Ley de municipalidades) sujeta a estas corporaciones a un estatuto de responsabilidad análogo al de los demás órganos de la Administración del Estado. En atención a que las circunstancias bajo las cuales responden, así como los tipos de conductas que generan responsabilidad no son esencialmente diferentes, en este capítulo serán tratadas conjuntamente, a menos que se diga lo contrario. En consecuencia, cuando se alude a la 'administración' se entiende hecha una referencia tanto a las municipalidades como a los otros órganos de la Administración del Estado.



b) El derecho civil ha desarrollado a lo largo de la historia institutos suficientemente flexibles y generales para concebir problemas muy diversos de la responsabilidad por daños. A ello se agrega el reconocimiento más bien tardío en muchas jurisdicciones de la responsabilidad del Estado. Así se explica que en la mayoría de los sistemas jurídicos, con los ajustes necesarios, el derecho privado haya servido de base para construir una doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado.³ Por cierto que no hay dificultad conceptual en que los institutos del derecho privado sean aplicados a la responsabilidad del Estado cuando éste actúa como gestor o empresario.⁴ Pero cuando el daño es atribuible a una actuación del Estado en ejercicio de sus funciones públicas, normativas o de servicio, la configuración del hecho que da lugar a la responsabilidad tiene que hacerse cargo de la naturaleza de esas funciones.

Sin perjuicio de esas especiales condiciones de responsabilidad de la Administración del Estado y de las municipalidades, el complejo ordenamiento de la responsabilidad extracontractual actúa como *estatuto general y supletorio* en las materias que no son objeto de conceptos y reglas especiales de derecho público.⁵ Así ocurre en materias técnicamente tan impor-

³ Así, el Estado responde de acuerdo a categorías del derecho civil en Alemania (Deutsch/Ahrens 2002 156, con referencia al § 839 del BGB, en relación con el artículo 34 de la Constitución federal); en Inglaterra (Fleming 1985 66, con referencia a la *British Crown Proceedings Act*); en Estados Unidos (Prosser/Keeton *et al.* 1984 1034, con referencia a la *Federal Tort Claims Act* de 1946, que terminó con la inmunidad de jurisdicción del antiguo *common law*); en Italia (Cian/Trabucchi 1992 artículo 2043 XIX, en relación con el artículo 28 de la Constitución italiana); información comparada adicional en Guichot 2001 126. En Francia, tempranamente el Consejo de Estado estimó que la responsabilidad de la Administración está sujeta a un estatuto de derecho público (*arrêt Blanco*), pero la práctica enseña que las categorías centrales del derecho civil (culpa, daño, causalidad) son utilizadas en el planteamiento del tema; en Francia hay doctrina relevante que habla de una *responsabilidad civil del Estado* y califica la culpa como un requisito general de responsabilidad. Disunto es el caso español, donde la ley especial ha desarrollado una doctrina de la responsabilidad de las administraciones públicas que se sustenta en la antijuridicidad del daño (García de Enterría/Fernández 2002 II 378; más distanciado Busto en Reglero 2002 a 1456; ácidamente crítico de este desarrollo, Pantaleón en Pantaleón 2001 182 y Pantaleón 2000 79); la actitud crítica parece haberse generalizado en la doctrina administrativista (Mir 2002 30).

⁴ Así se infiere de las reglas constitucionales sobre el Estado empresario. El artículo 19 N° 21 de la Constitución señala, en efecto, que las actividades empresariales que ejecuten el Estado o sus organismos "estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley".

⁵ Así, por ejemplo, CS, 15.5.2002, GJ 263, 29 y CS, 7.5.2003, F, del M. 510, 751. Sobre la base de una errónea calificación de la responsabilidad civil como un orden retributivo, E. Soto Kloss ha procurado desde la década de 1970 sustraer la responsabilidad del Estado de toda conexión con el derecho civil (véanse especialmente Soto 1977 y Soto 1983); por determinante que haya resultado su contribución doctrinaria en la consolidación del principio de responsabilidad del Estado, estimo que esa equivocada percepción de la actual doctrina de la responsabilidad civil, así como un injustificado celo autonomista en el desarrollo de una responsabilidad del Estado, que pretende construirla solamente sobre la base de las



antes como el daño, la causalidad, la titularidad de la acción y su extinción por la prescripción.⁶ Por ello, una visión global de la responsabilidad civil requiere un examen de las particularidades de la responsabilidad del Estado, con acento tanto en las diferencias específicas, como en las analogías que presenta con el estatuto general de la responsabilidad civil.⁷

333. Desde la inmunidad del soberano hacia la responsabilidad patrimonial del Estado. a) La confluencia de tradiciones políticas y jurídicas que se remontan al derecho público romano y que se consolidan con la doctrina de la soberanía ilimitada del poder público (monárquico o democrático), llevó por siglos a la consagración del principio de que el Estado no es responsable de sus actos (*the king can do no wrong*). Por eso, no es extraño que tampoco haya existido tradicionalmente una doctrina jurídica de la responsabilidad del Estado.

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

ideas generales expresadas en la Constitución, ha creado innecesarias confusiones en la formulación en concreto de las numerosas preguntas que plantea la materia, las que recién en el último tiempo han comenzado a ser dilucidadas por la jurisprudencia superior que se analiza en este capítulo y por una nueva corriente doctrinaria. Sobre la dificultad de aplicar directamente la Constitución a cuestiones de responsabilidad civil, *supra* § 22; sobre la dificultad de construir un ordenamiento de la responsabilidad del Estado sobre la base de las normas de la Constitución, *infra* N° 337. Un análisis publicista de la responsabilidad, que permite conexiones con la tradición del derecho civil, en Pierry 1995 a, Pierry 2000, R. Letelier 2002 y Ferrada en Marín 2004 a.

⁶ *Infra* N°s 342 y 371.

⁷ Es por esa razón que las obras generales de responsabilidad civil nacionales también se refieren a la responsabilidad del Estado (Alessandri 1943 314, Corral 2003 298); la misma sistematización de la responsabilidad de las administraciones públicas en el marco general de la responsabilidad extracontractual, en el excelente y comprensivo tratado colectivo coordinado por F. Reglero (Busto en Reglero 2002 a).



Inglaterra, Estados Unidos). A eso se agrega que, con independencia de la forma que adopte en concreto, la idea de que el Estado es responsable suele estar reconocida expresamente en las Constituciones aprobadas desde mediados del siglo XX;⁸ asimismo es ampliamente reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos.⁹

b) Aunque no esté en discusión la procedencia de la responsabilidad patrimonial (civil) de la Administración, de igual modo es necesario desarrollar algún concepto acerca de las *relaciones entre las funciones de gobierno y de adjudicación judicial*. En efecto, una de las tareas básicas en el ámbito de la responsabilidad de la administración es la demarcación entre la sujeción de la autoridad administrativa al derecho, y la responsabilidad jurídica que ello significa, por un lado, y la discreción que el ordenamiento constitucional le reconoce al gobierno nacional y comunal en materias de gestión y de manejo presupuestario, por el otro.

334. Criterios de atribución de responsabilidad al Estado. La pregunta por la responsabilidad del Estado se refiere esencialmente al hecho que genera esa responsabilidad. A efectos de aclarar conceptualmente las maneras alternativas en que puede ser definido ese hecho condicionante, a continuación se intentará una somera descripción de los principales criterios de atribución de responsabilidad que conoce el derecho comparado. Estos criterios rara vez dan lugar a modelos puros, porque, como ocurre en el derecho chileno, lo normal es que el Estado esté sujeto a distintos criterios de atribución de responsabilidad, que se hacen cargo de la diversidad de actividades y funciones asumidas por las administraciones modernas.¹⁰

a) Responsabilidad por ilegalidad. La conducta ilegal del órgano es la más general de las condiciones de responsabilidad por daños causados por la Administración del Estado. La ilegalidad es una forma de *culpa infraccional*,¹¹ que tiene particular relevancia en el derecho público, porque las normas constitucionales de los artículos 6° y 7° establecen que la ley es la fuente y límite de la actuación legítima de las autoridades públicas (*infra* N° 346). La responsabilidad por daños puede tener por antecedente tanto el hecho ilegal propiamente tal, como la declaración de nulidad (*infra* N° 347).

b) Responsabilidad por culpa. La responsabilidad por culpa constituye al menos una forma residual de responsabilidad de los órganos de la Admi-

⁸ Una espléndida mirada histórica a la evolución de la responsabilidad del Estado en García de Enterría/Fernández 2002 II 359; un panorama del derecho europeo contemporáneo en Guichot 2001 125.

⁹ Véase la recopilación de fallos en la materia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Nash 2004; sobre los fundamentos doctrinarios de la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional de los derechos humanos, ídem 10; sobre las obligaciones reparatoras decretadas por ese tribunal a los estados por violaciones a los derechos a la vida y a la integridad personal. C. Medina 2003 115, 190.

¹⁰ Ferrada en Marín 2004 a 107.

¹¹ Sobre el concepto de culpa infraccional, *supra* N° 53.



nistración del Estado. La culpa civil se refiere al incumplimiento de deberes generales de cuidado en nuestras relaciones con los demás. Los órganos del Estado están naturalmente sujetos a los deberes de cuidado que tienen por objeto impedir que ocurran accidentes que *debieron* ser prevenidos con el cuidado ordinario. No es una responsabilidad que surja del ejercicio de una potestad o función pública (como ocurre con la falta de servicio), sino simplemente del ejercicio material de una actividad cualquiera, como es administrar un consultorio médico.¹² La responsabilidad por culpa, que es el régimen ordinario de responsabilidad administrativa en muchos sistemas jurídicos desarrollados, tiene en el derecho chileno una función residual, al menos respecto de las actividades de la Administración que sean homologables a las realizadas por sujetos privados (*infra* N° 353).

A efectos de desterrar algunos equívocos que han provocado infértiles confusiones conceptuales en el derecho chileno, conviene reiterar que *la culpa civil es objetiva*, en el sentido de que responde a un estándar de cuidado que prescinde del juicio moral de reproche al sujeto que incurre en responsabilidad. Por eso, es equívoca la oposición entre *responsabilidad objetiva*, que prescindiría de todo juicio de valor respecto del sujeto responsable, y *responsabilidad subjetiva*, que tendría por antecedente la culpa, porque también en esta última la valoración de la conducta se realiza de conformidad con un estándar de conducta y en consideración objetiva de las circunstancias (*supra* N° 42). La oposición relevante, tanto para la responsabilidad por culpa, como para la por falta de servicio, es la responsabilidad basada en la sola relación causal entre el hecho de la Administración y el daño que se sigue de ese hecho, como ocurre con la responsabilidad estricta, por riesgo u objetiva en sentido propio.

La cercanía entre el concepto civil de culpa, así entendido, y la falta de servicio, se muestra en que la mayoría de los casos de responsabilidad administrativa resueltos bajo este último concepto podrían ser calificados con el mismo resultado bajo el criterio civil de la culpa (*infra* N° 349); ello ha llevado también a la jurisprudencia superior a no cuestionar los fallos que califican la responsabilidad municipal o administrativa bajo la categoría civil de la culpa.¹³

c) Responsabilidad por falta de servicio. La responsabilidad por falta de servicio cumple, en el ámbito de actividad propia de la administración, una función análoga a la responsabilidad por culpa en el derecho privado. Como en el caso de la culpa civil, no exige un juicio de reproche personal respecto del agente del daño, sino supone una valoración objetiva de la conducta de la Administración.¹⁴

La responsabilidad por falta de servicio exige calificar de *defectuoso* el funcionamiento del servicio público. Y esa calificación supone comparar

¹² Corte de Puerto Montt, 24.3.1999, rol N° 8.332 (citada y comentada por Baraona en Baraona 2003 b 78).

¹³ Véase la jurisprudencia referida en *infra* N°s 349 a y 353.

¹⁴ Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; CS, 15.9.2003, GJ 279, 79, publicada también en F. del M. 514, 2230; y CS, 27.11.2003, GJ 281, 64.



el servicio efectivamente prestado con el que se *debió* ejecutar por el municipio u otro órgano de la Administración del Estado. En consecuencia, la responsabilidad por falta de servicio *no es estricta u objetiva* en un sentido propio, porque no basta acreditar que el daño fue causado por la acción u omisión del demandado (en este caso de la Administración), sino supone un *juicio de valor* acerca del nivel y calidad de servicio que era exigible del municipio o del órgano de administración. Una de las mayores fuentes de confusión en el derecho chileno radica en no haber tenido presente la distinción entre estos dos tipos de estatutos.¹⁵

Por otro lado, la *responsabilidad por falta de servicio no es subjetiva*, como tampoco lo es el juicio civil de culpa o negligencia (*supra* N° 334 b). Ante todo, porque para acreditarla no es necesario que el juez formule un juicio de reproche a la persona o al órgano de la Administración que realizó la acción u omisión, sino que le basta comparar el servicio que se *debió* prestar con el efectivamente ejecutado. En un segundo sentido, aun más fuerte, la falta de servicio tampoco es subjetiva, porque se muestra en los hechos que condujeron al daño, y ni siquiera es necesario individualizar el agente público preciso a quien resulta imputable el hecho. En otras palabras, en la responsabilidad por falta de servicio es por completo indiferente saber quién incurrió en el hecho que da lugar a la responsabilidad; con mayor razón, es también indiferente la justificación que el agente de la Administración pueda tener para su comportamiento objetivamente impropio.

Atendida esa calificación, no existe una diferencia cualitativa entre la falta de servicio y la manera en que se construye la culpa de cualquiera empresa u organización.¹⁶ Por lo mismo, el concepto más feliz parece ser el que ha dado la jurisprudencia: la falta de servicio no es otra cosa que una *culpa en el servicio*.¹⁷

¹⁵ Así, por ejemplo, el fallo de casación en el conocido caso *Tirado con Municipalidad de La Reina*, donde se afirma, por un lado, que el municipio demandado incurrió en una acreditada falta de servicio al mantener un hoyo destapado donde podían caer los transeúntes y, por otro, que la ley funda la responsabilidad por falta de servicio en la mera causalidad material (CS, 24.3.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ª, 35); más consistente y previsor del desarrollo jurisprudencial posterior es el fallo de primera instancia de la jueza civil de Santiago M. Antonia Morales (14.8.1979), luego confirmado, pero que en un considerando eliminado por la Corte de Santiago, expresaba que si bien la víctima sólo debía “acreditar que el perjuicio se *debió* a un servicio deficiente que la corporación edilicia *debió* subsanar”, el ilícito de la municipalidad también podía ser construido a la luz de la presunción por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil, en atención a que el hoyo que provocó el accidente muestra negligencia en la ejecución de las funciones que son propias de las municipalidades (considerando 17).

¹⁶ En tal sentido, la falta de servicio presenta cercanas analogías con la culpa en la organización que se hace valer al empresario, que puede tener una fuente difusa o indeterminada y que se muestra en que la actuación de la empresa no corresponde objetivamente a los estándares de cuidado que en las circunstancias resultan exigibles (*supra* N° 129). En este sentido, Eisenmann 1949 751 y Chapus 1954.

¹⁷ CS, 15.9.2003, GJ 279, 79; es sintomático que el concepto de ‘falta de servicio’ provenga del derecho francés, donde falta y culpa se expresan con la misma palabra (*faute*); véase *infra* N° 349.



La diferencia esencial entre la *falta de servicio* y la *culpa* radica en la naturaleza de la función que genera los deberes de cuidado. En ambos casos se requiere comparar la conducta real con la debida. Pero, mientras el derecho privado es el orden basado en la igualdad jurídica de las partes, la función pública supone el deber de servir, así como la potestad de afectar intereses de los administrados. De ello se siguen las diferencias correlativas entre la construcción de la culpa y de la falta de servicio como condiciones de la responsabilidad extracontractual.

d) Responsabilidad estricta ('objetiva') por riesgo. La actividad de la administración también puede estar sujeta a regímenes de responsabilidad estricta (objetiva en un sentido propio); esto es, a una responsabilidad que tenga por solo antecedente el daño provocado por su actuación lícita y normal. Ante todo, la administración está sujeta a la responsabilidad estricta que rige ciertos daños específicos en virtud de *leyes especiales*, sea que se apliquen indiferentemente a sujetos privados y públicos (como la responsabilidad del propietario de un vehículo motorizado por accidentes del tránsito), sea que establezcan una responsabilidad por riesgo sólo para la Administración (como ocurre en otros ordenamientos con los daños provocados por hechos terroristas).

e) Responsabilidad por imposición desigual de cargas públicas. Más específicamente vinculada a la naturaleza de la función pública es la segunda forma general de responsabilidad de la Administración. El Estado está facultado para imponer cargas a las personas en procura de bienes de interés general. Buena parte de la actividad normativa del legislador y de la Administración consiste precisamente en regular el tránsito, los mercados, las actividades que pueden tener efectos en el medio ambiente, y así sucesivamente. Muchas de esas cargas y limitaciones deben ser soportadas por los destinatarios de las reglas, aunque afecten sus intereses y expectativas. Pero hay un cierto umbral prudencial en que la carga privada en beneficio público atenta contra los derechos adquiridos y contra la igualdad de *distribución de las cargas públicas* (Constitución, artículo 19 N^{os} 3, 20 y 24). En esta situación, se impone a los afectados una carga que no les resulta exigible soportar y el derecho da lugar a una acción indemnizatoria, que funcionalmente presenta analogías con el derecho a ser indemnizado que se reconoce al expropiado por causa de interés público (*infra* N^o 356). La indemnización no surge en estos casos de la falta de servicio, de la cual se sigue el daño, sino del ejercicio legítimo de una potestad pública en cautela del interés general, cuya carga, sin embargo, no resulta exigible que sea soportada por el sujeto privado que es afectado; por eso, a pesar de que se hable de indemnización por expropiación o por la imposición de cargas públicas excesivas, en verdad la finalidad de la reparación es esencialmente restitutoria: la suma es pagada en retribución de aquello de lo cual el administrado es privado.



b. *La responsabilidad del Estado en el derecho chileno*

335. Evolución de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno. El reconocimiento jurídico de que el Estado debe ser responsable por los daños provocados por sus actuaciones ha sido progresivo, y en Chile particularmente azaroso. En este párrafo se intenta una breve reseña de esa evolución.

a) En épocas en que el Estado aún estaba amparado por poderosas inmunidades,¹⁸ que conducían a un régimen bastante generalizado de irresponsabilidad (*supra* N° 333), la jurisprudencia chilena no veía inconvenientes para hacer valer su responsabilidad civil, ya sea fundándose en las reglas generales del Código Civil,¹⁹ ya en el principio de igualdad en la repartición de cargas públicas.²⁰

b) En circunstancias que el régimen general en el derecho francés era la irresponsabilidad de la Administración, la distinción introducida a mediados del siglo XIX entre *actos de autoridad* y *actos de gestión* constituyó un paso hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en ciertos ámbitos.²¹ Se entendía que cuando el Estado realizaba actos de gestión (operando ferrocarriles, por ejemplo), actuaba como sujeto de derechos y obligaciones civiles y se sometía al derecho común, sin que pudiese oponerse la excepción de incompetencia. Pero los actos de autoridad seguían siendo considerados como una expresión típica del poder soberano y, en consecuencia, no podían comprometer su responsabilidad. Esta doctrina fue recogida tardíamente en Chile, y, contrariamente al sentido que ella tuvo en el derecho francés, de donde fue extemporáneamente tomada, tuvo por efecto establecer un amplio ámbito de irresponsabilidad del Estado en todo lo que supusiera su actuación como poder público.²²

¹⁸ 'Lo propio del soberano es imponerse a todos sin compensación', según la conocida expresión de Laferrière 1888 12 y 174.

¹⁹ CS, 11.1.1908, RDJ, t. V, sec. 1ª, 213; Corte de Santiago, 11.1.1908, RDJ, t. V, sec. 2ª, 55; CS, 22.10.1908, RDJ, t. VI, sec. 1ª, 61; CS, 22.7.1914, RDJ, t. XII, sec. 1ª, 313; y CS, 11.9.1920, RDJ, t. XIX, sec. 1ª, 292.

²⁰ CS, 10.12.1889, G. de los T., 1889, 2º sem., N° 5.185, 835; CS, 8.1.1930, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 744.

²¹ La distinción francesa entre actos de autoridad y de gestión sólo tenía sentido procesal, en tanto criterio de distribución de competencias entre los tribunales administrativos y ordinarios; pero al no haberse desarrollado un derecho administrativo autónomo en materia de responsabilidad civil, los actos de autoridad gozaban *de facto* de un estatuto de irresponsabilidad. Sobre esta distinción, Bigot 2002 46; una reseña de este desarrollo de la responsabilidad de la Administración en esa época en Francia, en Laubadère/Venezia/Gaudemet 1992 834. En cualquier caso, ya el fallo *Tomaso Grecco*, Consejo de Estado, 10.2.1905 (*Grands arrêts administratifs* 1999 81) implicó el abandono definitivo de esa concepción, al aceptar que los actos de autoridad son susceptibles de comprometer la responsabilidad del Estado (Moreau 1987 4).

²² Esta doctrina subsistió por un tiempo que coincide con el desarrollo del Estado administrador en el orden político chileno; entre los fallos que la acogieron pueden citarse Corte de Santiago, 2.6.1937, confirmada por la CS [cas. fondo], 11.10.1938, RDJ, t. XXXVI, sec. 1ª, 277; CS, 15.11.1941, RDJ, t. XXXIX, sec. 1ª, 343; Corte de Santiago, 8.6.1943, RDJ, t. XL, sec. 2ª, 50;



c) En una tercera etapa de esta evolución, se declara al Estado responsable, sin distinciones, por la actuación de sus funcionarios, pero también de sus órganos, a condición de que éstos hayan actuado en infracción a un deber general de cuidado (culpa civil) o, conforme a las reglas del derecho público, hayan incurrido en una *falta de servicio*. Se abandona así esa concepción fuerte de la soberanía, juzgada contraria a la noción del estado de derecho y a las normas constitucionales que han previsto la responsabilidad del Estado (artículos 6 III, 7 III, 19 N° 7 letra i y 38). En Chile, la adopción del criterio específico de la *falta de servicio* ha sido obra del legislador, que tomó el concepto del derecho francés.²³

336. Fundamentos normativos de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno. En el último cuarto de siglo ha llegado a ser banal la pregunta acerca de si el Estado es responsable por sus actos. Se trata de un cambio jurídico importante, que ha sido impulsado por la doctrina administrativa,²⁴ que se ha formalizado en la Constitución y en la legislación orgánica constitucional, y que la jurisprudencia ha ido concretando paulatinamente. En este párrafo se hará referencia a las principales normas constitucionales y legales pertinentes.

a) **Constitución Política.** La Constitución vigente introdujo expresamente reglas que se refieren a la responsabilidad civil del Estado. Ante todo, al consagrar el *principio de legalidad*, que da forma a la idea de estado de derecho, y que presenta los aspectos esenciales de la sujeción material de los órganos del Estado a la Constitución y las leyes (artículo 6 I), y su sujeción formal a las competencias definidas por la ley (artículo 7 I). En uno y otro caso, se expresa que la infracción acarreará las responsabilidades que determine o prescriba la ley (artículos 6 III y 7 III).

Al establecer las bases esenciales de la Administración Pública, la Constitución establece una regla específica que alude a la *responsabilidad patrimonial*, al reconocer una acción a "cualquier persona que sea lesionada en

y CS, 8.11.1944, RDJ, t. XLII, sec. 1ª, 392. Esta tendencia jurisprudencial comenzó a revertirse a partir de una sentencia de la Corte Suprema que estimó que "tratándose de actos de autoridad o poder, sólo el examen de cada caso en particular determinará si este acto produce o no responsabilidad para el Estado" (CS, 13.1.1965, RDJ, t. LXII, sec. 1ª, 6). Sin embargo, años después algunas sentencias aún la acogían (CS, 29.8.1974, RDJ, t. LXXI, sec. 4ª, 261, publicada también en F. del M. 190, 181, y CS, 4.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 206).

²³ Sobre el desarrollo jurisprudencial previo a los cambios legislativos, véase la nota anterior. Sin perjuicio de las normas constitucionales, la concreción del principio de la responsabilidad del Estado tuvo lugar en la legislación sobre municipalidades y sobre Administración del Estado (Ley de municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL 1-19.704/2001; Ley de bases, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL 1-19.653/2001).

²⁴ Véanse especialmente Pierry 1977/78, 1987, 1998 y 2000; Soto 1977, 1981 y 1996; Hernández 1978, Caldera 1982 y Fiamma 1989.



sus derechos por la Administración de Estado, de sus organismos o de las municipalidades” para “reclamar ante los tribunales que determine la ley sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño” (artículo 38 II). Como se verá enseguida, tanto la Ley de bases, como la Ley de municipalidades y las principales leyes sobre la organización de la Administración del Estado, han seguido el principio constitucional y han establecido reglas relativas a esa responsabilidad.²⁵

A lo anterior se agregan importantes normas que establecen dos principios concurrentes que tienen importancia decisiva en la formulación de una doctrina sobre la responsabilidad del Estado por actos jurídicamente lícitos. Por un lado, la función natural que tiene el Estado de imponer cargas a las personas para procurar la obtención de bienes generales, puede traducirse en que ellas sean atribuidas sólo a algunos en beneficio del resto de la comunidad. Esta situación, por justificada que resulte desde el punto de vista formal y jurídico-material, puede afectar la garantía de *igual distribución de las cargas públicas*, que reconoce el artículo 19 N° 20, en relación con el principio de igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2. Vinculadas a las normas anteriores, se encuentra la garantía de que la *privación de la propiedad por razones de interés general da lugar a indemnización*, según dispone el artículo 19 N° 24 III. Del conjunto de estas normas se sigue una pretensión indemnizatoria del particular que se ve expuesto a sufrir una carga pública excesiva que le es impuesta en razón de un interés general (*infra* N° 356).

El Tribunal Constitucional, con fundamento en esas disposiciones, ha declarado expresamente que “la Constitución de 1980 ha establecido la responsabilidad del Estado como un principio general”.²⁶

b) Leyes administrativas básicas. Siguiendo lo dispuesto por el artículo 38 II de la Constitución, la Ley de bases establece un principio de responsabilidad: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado” (artículo 4°). Luego, ese mismo ordenamiento establece un criterio de atribución de responsabilidad al disponer: “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” (artículo 42).²⁷ De este modo,

²⁵ La responsabilidad por *decisiones judiciales* erróneas es objeto de una norma expresa (Constitución, artículo 19 N° 7 letra i), que ha dado lugar a abundante jurisprudencia (*infra* N° 363). La responsabilidad por *actos legislativos* no es objeto de regla expresa, de modo que debe ser construida sobre la base de las normas de los artículos 6 y 7, tomando en consideración, como ha ocurrido en el derecho comparado, las particularidades de la potestad legislativa (*infra* N° 360).

²⁶ Trib. Const., 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 6ª, 138.

²⁷ El actual artículo 42, de acuerdo con el DFL 1-19.653/2001, corresponde al antiguo artículo 44 de la Ley de bases.



el más general de los ordenamientos administrativos del derecho chileno concede una acción de contenido patrimonial a cualquier persona lesionada en sus derechos por la falta de servicio incurrida por los órganos de la Administración del Estado.²⁸

A su vez, la Ley de municipalidades establece: “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” (artículo 141).

De este modo, si bien el principio de responsabilidad de la Administración del Estado tiene en Chile un inequívoco fundamento constitucional, la tarea de concreción corresponde a la ley y a la jurisprudencia.

337. ¿Existe un régimen general de responsabilidad estricta u objetiva del Estado con fundamento constitucional en el derecho chileno? a) Sobre la base de las actas constitucionales, y luego de la Constitución de 1980, parte de la doctrina nacional ha afirmado que la responsabilidad del Estado sería estricta u objetiva, esto es, el principio sería que si un daño es causalmente atribuible a la actividad del Estado, éste debe responder.²⁹ Según esta doctrina, el único requisito adicional a la causalidad sería que se trate de un daño *antijurídico*, esto es, de un perjuicio que el sujeto administrado

²⁸ El artículo 21 II de la Ley de bases excluye a ciertos órganos de la Administración del Estado de la aplicación de las normas del Título II de esa ley (Contraloría General de la República, Banco Central, Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, Gobiernos regionales, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión y empresas públicas creadas por ley); entre las normas excluidas se encuentra el referido artículo 42; sobre esta exclusión Pierry 1995 a 21. Descartado el caso de las municipalidades, que están sujetas a una regla legal análoga, cabe preguntarse si estos órganos excluidos responden de conformidad a principios diferentes. Como se verá en el análisis jurisprudencial, los jueces someten la responsabilidad del Estado por hechos de las Fuerzas Armadas y Carabineros a las reglas generales de la falta de servicio. Atendida la generalidad del artículo 38 II de la Constitución y 4 de la Ley de bases, no hay razón para pensar que el legislador haya pretendido sustraer a esas instituciones o someterlas a un régimen diferente de responsabilidad, salvo que por su propia naturaleza (como ocurre con las empresas públicas, que quedan sujetas al régimen general del derecho privado) o por norma legal expresa, tengan un régimen especial.

²⁹ En sustento de esa tesis, véanse especialmente Soto 1977 y 1981. Fiamma 1989 435 infiere la responsabilidad estricta de la Administración del Estado de la ‘clara concepción iusnaturalista y republicana de la Constitución de 1980’, que permitiría arrojar una nueva luz para interpretar el artículo 38 de la Constitución, reconociendo, sin embargo, que existe una clara contradicción entre esa interpretación y las normas de los artículos 44 (hoy 42) de la Ley de bases y 83 (hoy 141) de la Ley de municipalidades. El argumento muestra las dificultades de la aplicación directa de la constitución en materias de responsabilidad patrimonial (*supra* § 22): ¿debe estimarse que los jueces deben omitir la aplicación de las leyes orgánicas constitucionales que se refieren a la responsabilidad administrativa y municipal?; ¿cómo es posible que otros ordenamientos, que adoptan una forma republicana y que protegen de manera más eficaz los derechos fundamentales, no establezcan un régimen de responsabilidad estricta del Estado?



no tenga la obligación de soportar.³⁰ Los fundamentos normativos, así como el sustento doctrinario de esta tesis son en extremo discutibles.

b) Si bien está fuera de discusión que la responsabilidad patrimonial del Estado está reconocida por la Constitución, no es posible inferir de las normas constitucionales el régimen jurídico concreto que la rige.³¹ Si la Constitución pretendiera establecer un régimen concreto de responsabilidad, tendría que hacerlo por medio de una norma expresa (como lo hace en el artículo 19 N° 7 letra i, respecto de la responsabilidad por actuaciones judiciales). Los artículos 6°, 7° y 38 de la Constitución son demasiado generales, como es usual en los preceptos constitucionales, para inferir de ellos un sistema concreto de responsabilidad. Y si bien es cierto que el artículo 38 no establece las condiciones para hacer valer la responsabilidad, ello se explica precisamente por su propósito de establecer un régimen de acciones eficiente, que permite a cualquiera persona reclamar contra los actos de la Administración, sin que de ello se siga el propósito de definir el régimen jurídico en concreto.³² El contenido de esa norma, por tanto, es más bien procesal que sustancial.³³ Así se explica que la juris-

³⁰ Esta es la opinión sostenida desde temprano por E. Soto (un desarrollo tardío de su doctrina en Soto 1996 309, y en comentario a Corte de Concepción, 18.12.2003, RDJ, t. C, sec. 5ª, 163); pueden verse también Caldera 1982, Fiamma 1989, López 1997 y J. Martínez 2002. Así también ha sido declarado ocasionalmente por la jurisprudencia: al respecto es sintomática la sentencia dictada en el caso *Béraud* (Corte de Santiago, 21.9.1995, rol N° 49.556-1993 citado por López 1997 36), donde se afirma que la responsabilidad médico-hospitalaria sería estricta (aunque el caso presentaba inequívocas notas de negligencia del órgano asistencial); así también los fallos dictados en contra del Servicio Agrícola y Ganadero (Corte de Santiago, 27.12.1993, GJ 162, 58, y Corte de Santiago, 8.11.1994, GJ 173, 95). Respecto de estos dos últimos fallos, *infra* N° 358. Aunque la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones ocasionalmente sigue hablando de responsabilidad objetiva basada en la causalidad y en la antijuridicidad del daño (así, Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96, con prevención del abogado integrante Hernández en el sentido indicado en esta nota), por lo general se trata de casos en que la responsabilidad podría ser construida sobre la base de fundamentos más acotados (en ese caso, el disparo ilícito por un carabinero condenado por sentencia ejecutoriada en un proceso penal militar).

³¹ CS, 15.5.2002, GJ 263, 29, caso *Domic*. Al respecto conviene precisar que el artículo 38 II de la Constitución fue modificado en el año 1989, según una proposición formulada por la Comisión Técnica de Reformas a la Constitución; la reforma, a su vez, fue propuesta por el autor de este libro en el seno de esa comisión técnica, que discutió aspectos esenciales de esa reforma, y fue apoyada por la unanimidad de sus miembros. El fundamento que se tuvo presente por los comisionados fue evitar que la antigua redacción de la norma de la Constitución de 1980 generara los problemas de competencia de la judicatura ordinaria para conocer de acciones en contra de la Administración del Estado, que ya se habían suscitado bajo la Constitución de 1925; en ningún caso se pretendió establecer un sistema específico de responsabilidad patrimonial, que se sustentara sólo en esa norma constitucional.

³² Categóricamente en este sentido, CS, 30.4.2003, GJ 274, 59.

³³ Pierry 1995 a 24, Ferrada en Marín 2004 a 109. Por lo demás, la responsabilidad estricta, determinada por el resultado dañoso, es excepcional en el derecho comparado. Ello vale incluso en ordenamientos donde la Constitución consagra expresamente la responsabilidad del Estado (*supra* N° 333).



prudencia superior haya tendido a expresar que a falta de normas especiales o generales sobre responsabilidad de las administraciones, debe entenderse que se aplica el estatuto de derecho común.

c) Más allá de que la doctrina carece del fundamento normativo invocado, un régimen de responsabilidad estricta, basado en la antijuridicidad del daño, no puede ser generalizado sin incurrir en graves *dificultades prácticas y conceptuales*.³⁴ En un régimen de ese tipo se asume que todo daño provocado por la actuación de órganos del Estado debe ser reparado, a menos que se muestre que se trata de una carga que el ordenamiento hace soportar al sujeto privado. En la medida que el concepto de daño es amplísimo, es evidente que una regla de ese tipo altera el orden práctico más razonable para el peso argumentativo, porque es usual que los actos lícitos de la Administración afecten intereses de los sujetos privados. El resultado es la inversión de la regla justificatoria, porque cada vez que un órgano afecta un interés privado en el ejercicio lícito de sus competencias (como, por ejemplo, en razón de una regulación urbanística o ambiental), deberá justificar que se trata de un daño que el administrado debe soportar;³⁵ y cada vez que ocurre un accidente en que haya tenido alguna participación causal un servicio público, queda comprometida la responsabilidad (como sería el caso, por ejemplo, de un accidente circunstancial en una piscina pública).³⁶

d) La responsabilidad *objetiva o estricta*, propuesta como régimen general en materia de responsabilidad del Estado, desplazaría sobre la colectividad la generalidad de los perjuicios en que haya intervenido causalmente algún órgano de la Administración. Los efectos de esa regla son absurdos, tanto desde la perspectiva de la *justicia correctiva*, como de la asignación racional de los recursos públicos. Así, por ejemplo, en el derecho español el instituto ha conducido a que un hospital público gratuito responda en términos notablemente más exigentes que una clínica privada, incluso en casos en que todo indica que el riesgo pertenece naturalmente al enfermo, por tratarse de un riesgo general de la vida que no puede ser imputado a la administración sanitaria.³⁷ Por lo demás, no hay razón alguna de

³⁴ Un excelente desarrollo de esta idea, en contraste con la doctrina desarrollada en el derecho español en Mir 2002 *passim* (especialmente 196 a 251).

³⁵ En el derecho español, que parece ser el único ordenamiento que ha asumido el criterio que aquí se analiza, la doctrina ha reemplazado el concepto de *daño* por el de *lesión*, entendiéndolo por tal precisamente la que no puede ser excusada sobre la base de una causal de justificación (García de Enterría/Fernández 2002 II 379); incluso este autor, que influyó en el establecimiento de esa doctrina, reconoce que este sistema de responsabilidad debe ser reconsiderado (prólogo a Mir 2002 25).

³⁶ En contraste, véase Corte de Santiago, 1.4.1999, GJ 226, 84, donde el criterio de la falta de servicio se muestra determinante en la impecable argumentación para negar lugar a la responsabilidad por un accidente fortuito ocurrido en una piscina municipal.

³⁷ Como ocurre con un paciente que llega a un hospital aquejado de una gravísima enfermedad, que los médicos optan por combatir con una intervención riesgosa, pero técnicamente correcta, que sin embargo no logra salvarle la vida, resultando la administración sanitaria obligada a pagar una indemnización por daño reflejo (Pantaleón en Pantaleón



justicia correctiva que justifique aquella asimetría, que sólo se explica por la transformación de la responsabilidad del Estado en una especie de sistema previsional caro y discriminatorio (porque favorece aleatoriamente a las víctimas de accidentes en que haya tenido alguna intervención un servicio público).

Por otra parte, desde el punto de vista del bienestar general, la definición del tipo de responsabilidad, dentro del ámbito de discreción que abre la Constitución, es materia de políticas públicas que no pueden ser definidas por la doctrina jurídica a espaldas de las *decisiones prudentiales adoptadas por el legislador*, sobre la base de una ponderación de las potestades y de los deberes de cuidado que corresponden a la Administración. Y esa decisión legislativa ha sido adoptada en un sentido diverso a la responsabilidad estricta u objetiva, al establecerse como condición general de la responsabilidad que la Administración haya incurrido en una *falta de servicio*, según disponen tanto la Ley de bases, como la Ley de municipalidades.

e) *La responsabilidad estricta u objetiva de la administración sólo procede respecto de riesgos y daños específicos.* Ante todo, ello ocurre respecto de situaciones de riesgo definidas por el legislador, de modo análogo a la forma como opera la responsabilidad estricta en el derecho privado.³⁸ Pero también respecto de decisiones públicas lícitas que conduzcan a resultados manifiestamente injustos, como ocurre con la imposición de cargas desproporcionadas sobre algunas personas en procura legítima del bien general (*infra* N° 356). En definitiva, de la circunstancia de que haya situaciones en que la actuación normal del Estado puede dar lugar a obligaciones indemnizatorias, no se sigue la necesidad de asumir un estatuto de responsabilidad estricta como principio general de responsabilidad de la Administración.

f) La jurisprudencia nacional, siguiendo la teoría que aquí se discute, ha declarado en varias oportunidades que la responsabilidad del Estado sería objetiva o estricta. Pero si se analizan en detalle esos fallos, se constata que –salvo contadas excepciones– en cada uno de esos casos se acreditó suficientemente en el juicio la existencia de una falta de servicio, caracterizada por un funcionamiento deficiente del servicio público (es

2001 184, Pantaleón 2000 84). El resultado es que el régimen es extraordinariamente caro para los órganos públicos que disponen de presupuestos limitados, distraiendo recursos escasos al pago de indemnizaciones por daños que razonablemente debieron ser soportados por quienes sufren los daños (Busto en Reglero 2002 a 1458, Atiyah 1997 80). En sentido contrario al aquí sostenido, la memoria de A. Vásquez 1999 *passim*.

³⁸ El derecho francés conoce, sin embargo, una serie de regímenes de responsabilidad estricta por riesgo, de origen jurisprudencial. A pesar de la variedad de estos regímenes, no existen dudas respecto de su carácter excepcional (o subsidiario) frente a la responsabilidad por falta de servicio. Así, Llorens-Fraysse 1987 70, Deguergue 1994 706 y Deguergue 2003 a 105.



decir, de una culpa en el servicio).³⁹ En esta contradicción entre lo que se suele decir en los fallos (responsabilidad 'objetiva' de la Administración) y los hechos que sirven de antecedente a la condena (inequívoca 'falta de servicio'), se muestran las dificultades de una doctrina simplista de la responsabilidad del Estado, que pretende basarse exclusivamente en principios generales de la Constitución, y que, por lo mismo, no puede proveer de un desarrollo dogmático suficientemente complejo como para hacerse cargo de los diversos aspectos de la responsabilidad del Estado.

³⁹ Véanse, por ejemplo, las *declaraciones* de que se trata de una responsabilidad objetiva, en casos donde los hechos invocados muestran la *culpa* o la *falta de servicio* en: CS, 4.11.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 226; Corte de Santiago, 12.12.1994, GJ 174, 118; y Corte de Concepción, 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 132, todos en accidentes provocados por el mal estado de vías públicas o por defectos de señalización atribuidos al incumplimiento de obligaciones del municipio, o de rechazo a una falta de servicio; Corte de Concepción, 31.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 59, en un accidente causado por la caída de un mástil instalado en una plaza pública, atribuible a falta de servicio o culpa de una municipalidad; y CS, 26.1.2005, GJ 297, 58, referido a un conscripto baleado por un cabo mientras efectuaba el servicio militar obligatorio. Es muy sintomático que cada uno de los casos que López 1997 3 designa como ejemplares de la aceptación argumental por la jurisprudencia de la responsabilidad objetiva en el derecho chileno, corresponden en verdad a casos de falta en el servicio, entendida como inobservancia de la conducta debida o culpa del servicio, tales como: la caída en una excavación profunda situada a menos de dos metros de un paradero de buses (*Tirado con Municipalidad de La Reina*, CS, 24.3.1981, F. del. M. 268, 8, publicado también en RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ª, 35); el uso desviado por la autoridad administrativa de la Ley general de bancos para realizar una emisión de acciones en un banco intervenido (*Banco Continental con Fisco*, Corte de Santiago, 26.1.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 2ª, 11); la actuación ilegal del Servicio de Impuestos Internos al paralizar liquidaciones de importaciones de vehículos (*Hexágono con Fisco*, CS, 28.7.1987, F. del M. 344, 355); la deficiente práctica médica (*Quezada con Servicio de Salud*, 8º Juzg. Civ. de Valparaíso, 6.8.1992, citada en López 1997 35); el mal funcionamiento de un hospital público al dejar al interior del cuerpo de un paciente dos compresas y haber incurrido en otras negligencias (*Reyes Orrellana con Servicio de Salud*, 3er Juzg. Civ. de Valparaíso, 30.8.1994, citado en López 1997 35); la inoculación de sangre contaminada con sida en una transfusión postparto, con declaración expresa de que el accidente era evitable con la debida prevención (*Urbe y otros con Fisco y otro*, 3er Juzg. Civ. de Valparaíso, 28.11.1995, citado en López 1997 36); y la intervención quirúrgica en la cadera equivocada (*Béraud con Fisco*, Corte de Santiago, 21.9.1995, rol N° 49.556-1993). Pueden verse también Corte de Concepción, 31.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 59; Corte de Concepción, 28.11.2001, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 4.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 77, que afirma que la responsabilidad de la Administración es objetiva para luego aplicar el artículo 2320 del Código Civil, que supone la responsabilidad por culpa; Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61; y Corte de Concepción, 18.12.2003, RDJ, t. C, sec. 5ª, 163. De la misma debilidad adolece el argumento de J. Martínez en Baraona 2003 b 154, cuando expresa que la jurisprudencia asumiría una responsabilidad estricta de los servicios de salud: tal responsabilidad estricta de los hospitales públicos, además de económicamente insostenible, no resulta de los *hechos* de los casos que relata, sino de la confusión conceptual que ha dominado la materia, cuya fuente está en la arrogante pretensión de construir una responsabilidad del Estado sin base dogmática alguna a partir de disposiciones generales de la Constitución que carecen de contenido normativo. El resultado no puede ser sino una especie de vulgarismo jurídico. El problema ha sido expresamente resuelto en materia sanitaria por la ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud, conocido como 'Plan AUGE', que en su artículo 38 I dispone que "los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen por falta de servicio".



La Corte Suprema, en jurisprudencia que puede ser entendida como una importante definición conceptual en la materia, finalmente ha rechazado categóricamente que la responsabilidad del Estado sea una responsabilidad objetiva o estricta, sosteniendo que debe probarse en el proceso la *falta de servicio*.⁴⁰

§ 40. RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
Y DE LOS MUNICIPIOS

a. *Naturaleza de la responsabilidad*

338. La responsabilidad de la Administración es directa y personal.

a) De las normas que establecen la responsabilidad por falta de servicio se sigue que la responsabilidad de la Administración y de las municipalidades es *directa y personal*. Es la falta de servicio el hecho determinante de la responsabilidad y no necesariamente la conducta de algún funcionario en particular. En consecuencia, aunque usualmente la responsabilidad tenga por antecedente hechos ilegales o contrarios a los deberes de cuidado de sus órganos o de sus funcionarios, la responsabilidad del Estado recae directa y personalmente sobre el Fisco, la municipalidad o el otro órgano con personalidad jurídica propia a efectos patrimoniales.

Por eso, aun en casos en que la responsabilidad tenga por antecedente el inequívoco hecho ilícito de un funcionario (en oposición a una abstracta falta de servicio), técnicamente se trata de una responsabilidad vicaria (*supra* N° 104), que prescinde de todo juicio relativo a si el órgano de la Administración pudo evitar el daño provocado por el funcionario que tenía bajo su autoridad.

De ello también se sigue que en el ámbito de la responsabilidad de la Administración no es necesaria la distinción, formulada a propósito de las personas jurídicas de derecho privado, entre la actuación de los *órganos* (que da origen a la responsabilidad personal y directa de la persona jurídica) y la actuación de los *dependientes* (que da lugar a la responsabilidad por el hecho ajeno).⁴¹ Siguiendo una doctrina desarrollada en el derecho francés, la relación del funcionario con la Administración es funcional, de modo que no se

⁴⁰ Así, por ejemplo, CS, 30.4.2003, GJ 274, 59; CS, 29.9.2004, GJ 291, 80. Ciertas sentencias de la Corte de Santiago continúan razonando sobre la base de una responsabilidad 'objetiva', pero sin que los hechos muestren que se trate de una responsabilidad que tenga por fundamento la mera causalidad (Corte de Santiago, 21.3.2005, GJ 297, 77; Corte de Santiago, 21.4.2006, GJ 310, 82).

⁴¹ CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68. Es así como la jurisprudencia ha considerado que la obligación del Fisco de indemnizar los daños no es solidaria, sino directa (Corte de Antofagasta, 6.6.1998, GJ 216, 85; CS, 27.4.1999, GJ 226, 56, publicado también en F. del M. 485, 276).



trata de una responsabilidad por el hecho ajeno.⁴² Tampoco es necesario individualizar el acto concreto que constituye la falta de servicio, porque basta que ésta sea atribuible a la organización del servicio público.⁴³

b) El conocido caso *Tirado con Municipalidad de la Reina*, que usualmente es tenido por un fallo líder en materia de responsabilidad municipal, puede servir de ejemplo para apreciar cómo la falta de servicio es atribuible directamente a la Administración. La demandante cayó en una excavación profunda situada a menos de dos metros de un paradero de buses, que no estaba debidamente señalizada, sufriendo graves lesiones.⁴⁴ El tribunal de primera instancia resolvió, aplicando la regla de responsabilidad existente en la Ley de municipalidades de la época,⁴⁵ que la víctima sólo

⁴² Así, Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149. Con todo, no es infrecuente que los fallos, siguiendo el planteamiento efectuado por los actores, construyan la responsabilidad sobre la base de una presunción de culpa por el hecho ajeno (artículos 2320 y 2322); aunque ello sea técnicamente incorrecto, no cabe duda que cumpliéndose las condiciones para dar por establecida esa presunción, con igual razón se puede dar por acreditada la responsabilidad directa y personal del Estado. Esa cercanía entre la responsabilidad del Estado por el hecho de sus funcionarios y la responsabilidad por el hecho ajeno del derecho civil fue percibida tempranamente por la jurisprudencia nacional. Pero también se utilizó para dar por establecida la responsabilidad la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329. En un fallo de 1952, la Corte Suprema confirmó una sentencia de la Corte de Valparaíso, uno de cuyos considerandos señalaba: "Que la I. Corporación demandada no ha comprobado la imposibilidad de proveer a las medidas de seguridad a que por la ley se encuentra obligada, y, por consiguiente, le afecta la presunción de culpa resultante del artículo 2329 del Código Civil" (Corte de Valparaíso, 3.12.1948, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.8.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 1ª, 281); véase *infra* N° 370.

⁴³ CS, 15.9.2003, GJ 279, 79; en esta materia acierta el fallo de la Corte de Santiago, 21.9.1995, rol N° 46.556-93 (caso *Béraud*), al expresar "que no altera esa responsabilidad del Estado la naturaleza del vínculo laboral o régimen que gobierna las relaciones laborales [del personal (...)], pues la única condicionante legal de la responsabilidad del Estado está constituida en la especie por la exigencia de que el daño se cause actuando el órgano respectivo en el ejercicio de sus funciones". Sobre la responsabilidad del Estado como persona jurídica de derecho público, Soto 1996 310. Ese razonamiento tiene su origen en la doctrina de L. Duguit, quien sostuvo que su naturaleza de persona jurídica de derecho público impedía juzgar los actos del Estado con los parámetros de las personas naturales (Duguit 1930 468, Duguit 1913 222). La distinción entre el derecho público y el derecho privado también ha perdido relevancia en esta materia, en razón del desarrollo de la idea de culpa en la organización en la responsabilidad del empresario (*supra* N° 129). En algunos fallos se habla de una responsabilidad basada en la 'teoría del órgano' (Corte de Concepción, 10.8.2000, GJ 259, 38), pero pareciera que esa construcción es innecesaria: la administración es responsable por la falta de servicio, cualquiera sea la forma como llegó a producirse. Con fundamento en el principio de especialidad, se ha considerado que el Estado no responde por infracciones a la Ley del tránsito por parte de sus funcionarios según el estatuto de derecho público, sino como propietario del vehículo y empleador (CS, 13.7.2004, GJ 289, 68).

⁴⁴ Corte de Santiago, 23.4.1980, confirmado por la CS [cas. fondo], 24.3.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ª, 35.

⁴⁵ Esta ley establecía: "La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente" (DL 1289/1975, artículo 62 II).



debía “acreditar que el perjuicio se debió a un servicio deficiente que la corporación edilicia debió subsanar”. La Corte de Santiago afirmó que la municipalidad no había sido eficiente en desempeñar el servicio de inspección de las obras a que estaba obligada por mandato legal, permitiendo que se realizara la excavación en una zona poco iluminada, sin barreras de protección y sin señales de advertencia. Aunque la Corte Suprema incurrió en una contradicción, al expresar, por una parte, que la responsabilidad del municipio se basaba en la mera causalidad material (responsabilidad estricta u objetiva en sentido propio) y, por otra, que su decisión se fundaba en el artículo 62 II de la Ley de municipalidades de la época, que establecía explícitamente la *responsabilidad por falta absoluta o funcionamiento defectuoso de un servicio*, el caso muestra que la noción de *falta de servicio* corresponde a una especie de *responsabilidad por culpa difusa o de la organización* (*supra* N^{os} 123 y 129). Los fallos no hacen un juicio de reproche a la conducta concreta de los funcionarios municipales o del órgano de la Administración del Estado, sino se limitan a calificar si, atendidas las circunstancias, *el servicio público debió funcionar de una manera que evitara el daño*. De esta manera, la jurisprudencia nacional no ve obstáculo para que un comportamiento anónimo sea calificado como *falta de servicio*.⁴⁶ De ello no se sigue, como se ha visto, que la responsabilidad pueda ser calificada como estricta u objetiva en sentido propio (*supra* N^o 302).

c) A pesar de no ser indispensable individualizar al funcionario culpable, cuando los hechos muestran una falta de servicio, corresponde a la víctima probar que el daño provino precisamente de una ejecución anormal o deficiente de la función pública, esto es, que se cometió una *falta de servicio* (*infra* N^o 369).

339. Responsabilidad de la Administración por el hecho del funcionario.

a) En la falta de servicio está siempre implícito que alguien de carne y hueso actuó con negligencia en sus deberes funcionarios. Sólo si no se ha cumplido con esos deberes, al nivel jerárquico que sea, el Fisco o la municipalidad pueden resultar responsables; de lo contrario no se podría imputar una falta de servicio. De este modo, si se reconduce el daño a sus

⁴⁶ En este sentido, CS, 9.5.1991, GJ 131, 78, refiriéndose a la conducta negligente y descuidada del ‘equipo médico y auxiliar paramédico’ dependiente de un servicio de salud al ejecutar una operación quirúrgica; CS, 24.1.2002, GJ 259, 38, publicada también en F. del M. 497, 370, sobre la falta de servicio consistente en no haber tomado el ‘personal’ de un hospital público las medidas de precaución correspondientes o los cuidados debidos en la mantención de los niveles y controles de asepsia durante y después de la operación a que fue sometida una paciente, provocándole una infección intrahospitalaria; CS, 30.4.2003, GJ 274, 59, que declara, reproduciendo los términos de la sentencia de segunda instancia, que tratándose de una falta de servicio, los perjudicados “no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta”; y Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149, calificando la negligencia de ‘los dependientes’ de un servicio de salud en diagnosticar la tuberculosis de la demandante. En el mismo sentido, véase también CS 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1^a, 80.



orígenes, siempre se encontrará una conducta que debió ser otra. De hecho, la mejor manera de probar que ha habido falta de servicio es mostrando cómo se debió actuar por los funcionarios de la Administración o de la municipalidad en las precisas circunstancias.

Aunque la falta de servicio sea reconducible a la actuación de personas concretas, esto es, al acto individualizado de uno o más funcionarios (un disparo efectuado por un carabinero; una mala maniobra ejecutada por el conductor de una ambulancia), cuando se reclama la responsabilidad del Estado, la conducta del funcionario no se imputa a su persona, sino a la función pública que ejecuta. Lo anterior no impide que la responsabilidad del funcionario pueda ser hecha valer por la víctima o la Administración, según se verá (*infra* § 42 a). Pero ese hecho puede dar lugar a una responsabilidad del Estado en la medida que *el acto del funcionario sea objetivamente atribuible a la función administrativa*. La responsabilidad del Estado es una especie de garante cuya obligación indemnizatoria tiene por antecedente un acto de agentes que lo compromete en el ejercicio de sus funciones (Ley de bases, artículos 4 y 42); esto es, tiene que haber alguna relación significativa, que la ley no define, entre el hecho del funcionario y las funciones que desempeña. Por el contrario, el Estado no responde si el funcionario ha actuado desligado de su función de servicio.⁴⁷

En circunstancias que la ley no da criterios para determinar cuándo existe una relación significativa entre el hecho del funcionario y la Admi-

⁴⁷ CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1^a, 68, imputa al Estado la responsabilidad según el criterio de estar el funcionario en servicio. Así había ya ocurrido en el conocido caso *Becker con Fisco* (CS, 13.1.1965, RDJ, t. LXII, sec. 1^a, 6). En Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149, se estimó que el Estado era responsable por los disparos que un cabo efectuó sobre un conscripto dentro de un recinto militar; en Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, CJ 282, 61, se falló que el Estado responde por la muerte de un individuo que recibe un disparo por parte de un policía que imprudentemente saca su arma durante un alboroto público con ocasión de un espectáculo artístico; y en Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 121, se resolvió que el Estado responde por la muerte de un detenido a causa del disparo de un policía que lo interrogaba en una comisaría. Por el contrario, en CS, 17.1.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4^a, 11, se declaró que si los hechos invocados “ninguna relación tienen con los deberes y labores funcionarias pues no fueron cometidos durante el servicio ni con ocasión de él (...) se trata de hechos jurídicos de carácter personal que se rigen enteramente, en lo que a la indemnización se refiere, por el derecho común y no por el derecho público”; en el caso no concurría ninguna relación con el servicio, pues los funcionarios de Carabineros que incurrieron en ilícitos no se hallaban al cuidado del servicio, actuaron en horas en que estaban de franco, sin uso alguno de sus uniformes ni de armas fiscales; en sentido análogo, más recientemente, CS, 15.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4^a, 95; un paso más allá dio la Corte de Santiago al entender que la sola circunstancia de portar un arma proporcionada por el Fisco no constituye una relación suficiente para comprometer la responsabilidad de este último (Corte de Santiago, 13.1.1997, GJ 199, 87). En otros ordenamientos se ha entendido que compromete la responsabilidad del Estado que un policía o militar utilice armas de servicio (para Francia, nota siguiente; para España, Busto en Reglero 2002 a 1453).



nistración, corresponde a la jurisprudencia definirla. Un camino es llegar a asumir que es suficiente que el acto se haya realizado con ocasión de las funciones (como el conductor que utiliza el vehículo fiscal para una gestión privada) o incluso, como se ha resuelto por la jurisprudencia francesa, cuando el funcionario ha utilizado medios que la Administración ha puesto a su disposición.⁴⁸ En el otro extremo, el límite a la responsabilidad del Estado está dado por los actos puramente personales del funcionario.⁴⁹

Existiendo esta relación significativa entre la comisión del hecho que genera la responsabilidad y las funciones que desempeña el funcionario, el Estado responderá personalmente por los daños que resulten, y sólo poseerá una acción de repetición en contra del funcionario si éste cometió un acto que pueda ser calificado en sí mismo como ilícito, esto es, sea susceptible de calificarse como *falta personal* (Ley de bases, artículo 42; Ley de municipalidades, artículo 141).⁵⁰

b) Tratándose de funciones públicas que son ejercidas privadamente, con independencia de la organización jerárquica del Estado (notarios, conservadores de bienes raíces, martilleros), no se cumple el presupuesto para que su actuación comprometa la responsabilidad pública, porque no se satisface el requisito de que el daño pueda ser atribuido a la administración, como es la inserción del agente de daño en una organización.⁵¹

340. Tipos de actos que pueden dar lugar a responsabilidad. La responsabilidad del Estado procede tanto respecto de la actuación jurídica de los poderes públicos, como de actos materiales de la Administración.

⁴⁸ Este estado de cosas ha sido construido en el derecho francés a partir de los casos *Lemonnier*, y *Mimeur* (*Grands arrêts administratifs* 1999 201 y 426, respectivamente). En el primero se acepta que el Estado responda si un funcionario ha cometido una falta personal en ejercicio de sus funciones (produciéndose así un cúmulo de responsabilidades). El segundo extendió la responsabilidad estatal al caso de una falta personal 'no desprovista de todo vínculo con el servicio' (como ocurre, por ejemplo, cuando ha sido cometida con ocasión del servicio o, lo que es más discutible, ha empleado medios provistos por la administración, tales como armas de fuego). Con posterioridad, el Consejo de Estado ha estimado que atendida la obligación de portar el arma a la casa, el accidente producido por esa arma fuera del servicio no puede ser considerado desligado de ese servicio (Consejo de Estado, 26.10.1973, RDP 1974, 554); luego se falló que el dolo penal en actividades privadas del funcionario interrumpía el vínculo con el servicio, de modo que compromete sólo la responsabilidad personal del funcionario (Consejo de Estado, 12.3.75, RDP 1975, 1754).

⁴⁹ García de Enterría/Fernández 2002 II 399; en el derecho español también se señala como causal de imputación que el daño haya sido cometido 'con ocasión de las funciones' (Busto en Reglero 2002 a 1433).

⁵⁰ Si en hipótesis de ilícitos cometidos con ocasión de funciones públicas o de utilización de medios provistos por la administración se da lugar a la responsabilidad del Estado, este puede repetirse contra el funcionario, de modo que aquella responsabilidad cumple una función de garantía frente a las víctimas (Lochak 1993 275). Respecto de la distinción entre *culpa o falta personal* y *falta de servicio*, Chapus 1998 1272. Sobre la acción restitutoria en el derecho chileno, Pierry 1995 b. Sobre la materia se volverá en *infra* N° 365; véase también Valdivia 2005.

⁵¹ Busto en Reglero 2002 a 1447, Palandt/Thomas § 839 101 y 112.



La *actuación jurídica* puede dar lugar a responsabilidad por la ilicitud del acto dañoso, o porque se ha producido daño con ocasión de la declaración de su ineficacia (*infra* N^{os} 346 y 347); también pueden dar lugar a acciones reparatorias de actos lícitos, si de ellos se siguen efectos expropiatorios o cargas desproporcionadas para una persona o grupo de personas (*infra* § 40 f). La jurisprudencia, como se verá en cada caso, ha reconocido lugar a acciones indemnizatorias en todas estas hipótesis.

La *actuación material* de la Administración se vincula esencialmente a la provisión de servicios públicos. Tanto a nivel general de la Administración del Estado, como de las municipalidades, el criterio de atribución de responsabilidad es la falta de servicio (*infra* N^{os} 348 y 349).

341. Formas que puede adoptar la responsabilidad de la Administración. Sobre la base de la legislación y la jurisprudencia, la responsabilidad de las administraciones públicas puede ser ordenada en cuatro conceptos principales: la responsabilidad por actos ilegales, la responsabilidad por falta de servicio, la responsabilidad estricta u objetiva en sentido propio y la responsabilidad por desigual atribución de cargas públicas. Luego de analizarse brevemente los elementos comunes a los diversos tipos de responsabilidad (sección siguiente), serán analizados por separado estos conceptos de responsabilidad.

b. *Características comunes con la responsabilidad civil extracontractual*

342. Aplicación subsidiaria de las reglas de la responsabilidad civil. Luego de un período de vacilaciones, la jurisprudencia superior ha asumido que las reglas sobre responsabilidad civil se aplican supletoriamente en materia de responsabilidad patrimonial del Estado.⁵² En circunstancias que las normas del derecho público se limitan a definir el criterio de imputación que da lugar a la responsabilidad (falta de servicio), aspectos esenciales de la responsabilidad de la Administración forman parte del derecho común de la responsabilidad extracontractual. Ello vale especialmente para los elementos del daño y la causalidad (que son referidos en esta sección) y para la extinción de la acción por prescripción (*infra* N^o 371).

⁵² CS, 7.11.2000, F. del M. 504, 4126, entendió que la acción patrimonial que surge del hecho de la Administración se rige por el derecho común de la responsabilidad civil, a diferencia de la nulidad de derecho público, que no sería prescriptible porque el principio de jerarquía de normas permitiría en cualquier momento reclamar la ilegalidad de un acto administrativo (mientras una ley especial no prescriba lo contrario); el criterio de que la prescripción de la acción indemnizatoria se rige por el derecho privado ha sido acogido ampliamente por la jurisprudencia (*infra* N^o 371). Rompiendo con la jurisprudencia anterior (CS, 28.7.1987, F. del M. 344, 355). El principio de que las normas del derecho de la responsabilidad civil reciben aplicación subsidiaria en materia de responsabilidad del Estado ha sido desarrollado en CS, 15.5.2002, GJ 263, 29; Corte de Santiago, 24.10.2002, GJ 268, 111; CS, 21.2.2004, GJ 284, 47; y Corte de Santiago, 16.12.2004, GJ 294, 91. A esta conclusión llegan, desde una perspectiva civil, Corral 2003 306 y, desde una administrativa, Ferrada en Marín 2004 a 116; en materia municipal, J. Fernández 2000 7 y Baraona en Baraona 2003 b 86.



La *actuación jurídica* puede dar lugar a responsabilidad por la ilicitud del acto dañoso, o porque se ha producido daño con ocasión de la declaración de su ineficacia (*infra* N^{os} 346 y 347); también pueden dar lugar a acciones reparatorias de actos lícitos, si de ellos se siguen efectos expropiatorios o cargas desproporcionadas para una persona o grupo de personas (*infra* § 40 f). La jurisprudencia, como se verá en cada caso, ha reconocido lugar a acciones indemnizatorias en todas estas hipótesis.

La *actuación material* de la Administración se vincula esencialmente a la provisión de servicios públicos. Tanto a nivel general de la Administración del Estado, como de las municipalidades, el criterio de atribución de responsabilidad es la falta de servicio (*infra* N^{os} 348 y 349).

341. Formas que puede adoptar la responsabilidad de la Administración. Sobre la base de la legislación y la jurisprudencia, la responsabilidad de las administraciones públicas puede ser ordenada en cuatro conceptos principales: la responsabilidad por actos ilegales, la responsabilidad por falta de servicio, la responsabilidad estricta u objetiva en sentido propio y la responsabilidad por desigual atribución de cargas públicas. Luego de analizarse brevemente los elementos comunes a los diversos tipos de responsabilidad (sección siguiente), serán analizados por separado estos conceptos de responsabilidad.

b. *Características comunes con la responsabilidad civil extracontractual*

342. Aplicación subsidiaria de las reglas de la responsabilidad civil. Luego de un período de vacilaciones, la jurisprudencia superior ha asumido que las reglas sobre responsabilidad civil se aplican supletoriamente en materia de responsabilidad patrimonial del Estado.⁵² En circunstancias que las normas del derecho público se limitan a definir el criterio de imputación que da lugar a la responsabilidad (falta de servicio), aspectos esenciales de la responsabilidad de la Administración forman parte del derecho común de la responsabilidad extracontractual. Ello vale especialmente para los elementos del daño y la causalidad (que son referidos en esta sección) y para la extinción de la acción por prescripción (*infra* N^o 371).

⁵² CS, 7.11.2000, F. del M. 504, 4126, entendió que la acción patrimonial que surge del hecho de la Administración se rige por el derecho común de la responsabilidad civil, a diferencia de la nulidad de derecho público, que no sería prescriptible porque el principio de jerarquía de normas permitiría en cualquier momento reclamar la ilegalidad de un acto administrativo (mientras una ley especial no prescriba lo contrario); el criterio de que la prescripción de la acción indemnizatoria se rige por el derecho privado ha sido acogido ampliamente por la jurisprudencia (*infra* N^o 371). Rompiendo con la jurisprudencia anterior (CS, 28.7.1987, F. del M. 344, 355). El principio de que las normas del derecho de la responsabilidad civil reciben aplicación subsidiaria en materia de responsabilidad del Estado ha sido desarrollado en CS, 15.5.2002, GJ 263, 29; Corte de Santiago, 24.10.2002, GJ 268, 111; CS, 21.2.2004, GJ 284, 47; y Corte de Santiago, 16.12.2004, GJ 294, 91. A esta conclusión llegan, desde una perspectiva civil, Corral 2003 306 y, desde una administrativa, Ferrada en Marín 2004 a 116; en materia municipal, J. Fernández 2000 7 y Baraona en Baraona 2003 b 86.



343. Daño. El Estado responde de todo daño, según las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, de modo que su responsabilidad puede ser tenida por integral.⁵³ En la materia no hay norma especial ni razón jurídica alguna para establecer discriminación entre la reparación civil y la administrativa.⁵⁴ La jurisprudencia extiende indistintamente la reparación al daño patrimonial y al moral, en términos tales que no existen diferencias respecto de los criterios de determinación de los perjuicios indemnizables, incluida la discutible tendencia a considerar la solvencia del Fisco al fijar el monto de la indemnización (*supra* N° 201). En circunstancias que en Chile existe unidad de jurisdicción para la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil propiamente tal, no es probable que se desarrollen algunas sutiles diferencias que se conocen en otros ordenamientos (que en verdad tampoco alteran los aspectos esenciales de la definición del daño).⁵⁵ En consecuencia, corresponde en la materia hacer referencia extensiva a lo expresado en el capítulo sobre daño (*Capítulo IV*).

344. Causalidad. Como en el caso del daño, las preguntas de causalidad y de imputación objetiva del daño a la falta de servicio o a la conducta ilegal de la Administración no presentan particularidades especiales respecto del estatuto general de la responsabilidad extracontractual, de modo que cabe hacer referencia extensiva a lo expresado en el capítulo sobre causalidad (*Capítulo V*), a menos que la naturaleza del hecho determinante de la responsabilidad exija calificaciones especiales.⁵⁶

Las preguntas más importantes en la materia se refieren a la relación que debe haber entre la falta de servicio del órgano de la Administración y el daño sufrido por el demandante. Para construir la falta de servicio en el caso concreto se requiere atender al fin regulador de la norma que regula la actividad del órgano respectivo. Sólo si el fin de la norma que establece esas funciones y deberes (a menudo sin desagregarlos) tiene por fin evitar el daño que la víctima ha sufrido, habrá lugar a responsabilidad (*supra* § 29). De particular importancia en este análisis es determinar si el órgano de la Administración del Estado o la municipalidad tenían un *deber*

⁵³ Soto 1996 310, J. Martínez en Baraona 2003 b 169.

⁵⁴ Chapus 1998 1137 señala que la responsabilidad del poder público 'es en sí misma una responsabilidad civil, en tanto es una especie de responsabilidad que se opone a las responsabilidades penal y disciplinaria', lo que lo lleva a reiterar la exigencia de que el daño sea cierto y a extender la responsabilidad a todo tipo de daños, incluidos los reflejos.

⁵⁵ Ferrada en Marín 2004 a 125.

⁵⁶ Chapus 1998 1145; para algunos casos de atribución causal del daño derivado de actos ilegales de la Administración municipal véase Baraona en Baraona 2003 b. Se ha fallado que "para que semejante especie de responsabilidad pueda ser reclamada deberá existir –y acreditarse en juicio, cuando se exigiere por vía jurisdiccional– un vínculo de causalidad entre la falta de servicio –producida por vía de acción u omisión– y el resultado nocivo, en términos que aquélla sea determinante en la generación del evento dañoso (CS, 25.4.2006, rol N° 5.826-2005); para un caso en que se rechaza la acción deducida por estimarse que no se encuentra establecida la relación de causalidad entre la muerte de un detenido y una posible falta de servicio de parte de funcionarios del Estado, véase CS, 18.5.2006, GJ 311, 61.



de servicio, lo que no debe confundirse con la mera potestad legal para actuar, ni con las disposiciones meramente programáticas, cuya ejecución corresponde definir al órgano público respectivo en el marco de sus políticas presupuestarias (*infra* N° 351).

345. Exposición imprudente de la víctima al daño. Un peculiar caso de aplicación del principio de que a la responsabilidad del Estado se le aplican supletoriamente las reglas de la responsabilidad civil está constituido por los casos en que la víctima se expone de manera imprudente al daño. En verdad, atendido el carácter indemnizatorio (en oposición a un crédito de seguridad social) que tiene la responsabilidad por falta de servicio, nada justifica que no se apliquen las reglas generales sobre compensación de culpa (artículo 2330 y *supra* § 34 a). La jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido.⁵⁷

c. Responsabilidad por ilegalidad (falta de servicio infraccional)

346. Actos administrativos ilegales. a) El Estado responde por la *culpa infraccional* de sus órganos, si éstos actúan en contravención a las disposiciones de la ley o de la Constitución. Así se desprende de lo dispuesto por los artículos 6° y 7° de la Constitución, como lo ha confirmado el Tribunal Constitucional.⁵⁸

En verdad, toda la actuación de la Administración está sujeta a la ley, de conformidad con esas disposiciones constitucionales, de modo que genéricamente toda responsabilidad de los órganos públicos tiene por antecedente el incumplimiento de un deber legal. Sin embargo, el legislador se limita usualmente a reseñar las competencias de los órganos del Estado, sin especificar sus deberes concretos, de modo que, por lo general, esta determinación en concreto corresponde al juez (*infra* § 40 d). A pesar de ello, la forma más directa de dar por constituida una falta de

⁵⁷ CS, 29.1.2002, GJ 259, 17, publicada también en F. del M. 498, 660; Corte de Concepción, 28.11.2001, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 4.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 77. Incluso se ha estimado que una grave exposición imprudente de la víctima puede tener por efecto excluir la responsabilidad del Estado (CS, 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 80; CS, 29.5.2003, F. del M. 510, 674); sobre la materia, *supra* N° 290. En contrario, véase la prevención del ministro Muñoz en Corte de Santiago, 19.6.2003, GJ 276, 111, en orden a que no procedería la compensación de culpas en materia de responsabilidad del Estado; en el caso concreto, parece que el argumento principal es que el intento de fuga no debe tenerse por excusa para la acción policial que tiene un resultado de muerte, más aún si se atiende a que al autor se le atribuyó dolo (*supra* N° 289 c).

⁵⁸ Para el Tribunal Constitucional de los artículos 6° y 7° de la Constitución “se concluye que los órganos del Estado, cualquiera sea su actividad tienen responsabilidad si infringen la Constitución. Estas normas se complementan con otras disposiciones de la Constitución, de donde resulta que si se afectan derechos constitucionales y se causa daño cabe responsabilidad del Estado” (Trib. Const., 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec 6ª, 138). En el mismo sentido, Corte Presidente Aguirre Cerda, 16.1.1986, GJ 67, 60.



servicio es acreditando que el órgano de la Administración estatal o municipal actuó en contravención de una norma legal expresa.

b) Es interesante el camino seguido por la jurisprudencia francesa en la materia, al dar lugar a una falta de servicio infraccional cuando se incurre en incumplimiento de *deberes de servicio claramente establecidos por la ley*. A falta de texto explícito, como ocurre con frecuencia, la jurisprudencia se esmera por otorgar un contenido a las obligaciones de servicio, atendiendo al objeto y los fines con que ellas han sido instituidas, con el fin de precisar si se infringió algún deber.⁵⁹

A la inversa, puede ocurrir que el ejercicio de la función pública observe literalmente las facultades concedidas, pero se traduzca en una *desviación del fin* para el cual fueron concedidas. En tal caso, la actuación del órgano adopta la forma de un abuso de derecho en el ejercicio de tales facultades, que da lugar a responsabilidad de conformidad con las reglas generales.⁶⁰

c) De acuerdo con la exigencia general de que exista una *conexión de ilicitud* entre la infracción a la regla de conducta que da lugar a la responsabilidad y el daño (*supra* N° 251), se debe matizar la relación existente entre ilegalidad y responsabilidad: si bien toda ilegalidad revela una culpa infraccional, esto es, una falta de servicio en sentido amplio, ello no es suficiente para dar lugar a la responsabilidad del Estado, pues es necesario que el daño provocado sea atribuible precisamente a la infracción legal (*supra* N° 252).

347. Responsabilidad por la revocación o anulación de un acto administrativo. a) Es objeto de discusión la potestad de invalidar mediante decisión administrativa los actos ilegítimos de la Administración: por un lado, se ha señalado que esa facultad es una garantía de cabal observancia del orden jurídico, sin perjuicio de quedar sujetos los actos administrativos respectivos al control jurisdiccional *ex post* de acuerdo con las reglas generales;⁶¹ por otro lado, se ha estimado que la facultad de invalidación es exclusivamente judicial.⁶² No corresponde pronunciarse en este libro acerca del criterio que debe prevalecer. Pero, cualquiera sea el camino, siempre se puede reclamar de la ilegalidad de un acto administrativo, porque esa es la más fuerte garantía de que la Administración estará sujeta a derecho, según está establecido por los artículos 6° y 7° de la Constitución.

El acto ilegal debidamente invalidado puede haber producido perjuicio en los administrados y no hay discusión acerca de la procedencia de la acción indemnizatoria, tanto en casos de decisiones de la Administración

⁵⁹ Paillet 2003 a y Paillet 2003 b; relacionando la falta de servicio con una obligación de la Administración, Richer 1978 *passim*.

⁶⁰ Sobre la desviación de poder (*détournement de pouvoir*), Chapus 1998 964.

⁶¹ U. Marín 2000 53; CS, 20.10.1999, Rev. Consejo 1, 2000, 151.

⁶² Soto 1988 166 y Soto 1996 210.



en sentido estricto,⁶³ como de las municipalidades (como lo permite el artículo 140 letra i de la Ley de municipalidades).⁶⁴

b) Por otra parte, el acto ilegal puede haber producido efectos y generado confianza acerca de su eficacia. Como ocurre con la nulidad de un acto jurídico privado, es posible, entonces, que de la declaración de nulidad se sigan perjuicios para terceros. En estos casos, corresponde una acción indemnizatoria a quienes de buena fe sufren esos perjuicios.⁶⁵

348. Responsabilidad por actos materiales ilegales. a) La ley no sólo establece el marco legítimo de la actuación jurídica del Estado, sino también de su actividad material. En virtud del principio de legalidad, las administraciones públicas sólo están facultadas para realizar las actividades que les han sido autorizadas por ley. En materia empresarial, la limitación incluso adquiere la forma de una garantía constitucional (artículo 19 N° 21 II). En consecuencia, si la actuación material del Estado es contraria a la ley general que rige ese tipo de actividad o contraviene el ordenamiento legal especial que la autoriza o regula, habrá lugar a responsabilidad de conformidad con las reglas generales de la culpa infraccional.

b) En el derecho nacional existen algunas leyes que definen situaciones que determinadamente dan lugar a la responsabilidad, fijando anticipadamente el estándar de cuidado que será exigible a la Administración, como ocurre en la Ley del tránsito, que establece la responsabilidad fiscal y municipal por accidentes provocados por el *mal estado de las vías públicas o por falta o inadecuada señalización* (artículo 174 V). En este caso, el funcionamiento anormal del servicio está definido como el 'mal estado de la vía' o la 'falta de señalización' que condicionan la producción del accidente.⁶⁶

⁶³ Innumerables sentencias han acogido la responsabilidad del Estado derivada de actos ilegales declarados nulos. Los casos más conocidos corresponden a aquellos originados en actos de confiscación ilegal de bienes con fundamento en el DL 77/1973: CS, 20.11.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 1ª, 126; Corte de Santiago, 27.4.1998, GJ 214, 78; Corte de Santiago, 26.5.1998, RDJ, t. XCV, sec. 5ª, 114; CS, 21.7.1998, GJ 217, 77; CS, 12.8.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 116; CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 139; CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 69; CS, 12.8.1999, GJ 230, 57; CS, 7.11.2000, GJ 245, 17, publicada también en F. del M. 504, 4126; CS, 27.11.2000, Rev. Consejo 3, 2001, 221; CS, 13.12.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 185; y Corte de Santiago, 5.7.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2ª, 77. Si bien la jurisprudencia ha tendido a entender que las acciones indemnizatorias están prescritas, ello no altera las condiciones de fondo de la responsabilidad.

⁶⁴ CS, 20.7.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 1ª, 90; CS, 15.10.1998, F. del M. 479, 1997; CS, 21.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 163; y CS, 5.3.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 27.

⁶⁵ El respeto a la confianza ha sido reconocido por una jurisprudencia administrativa consolidada (U. Marín 2000 57). En materia tributaria la confianza en los dictámenes del Servicio de Impuestos Internos está amparada por el artículo 26 del Código Tributario. Sin embargo, la idea de protección de la confianza ha recibido un apoyo mitigado en la doctrina y jurisprudencia francesas, que en materia de responsabilidad prefieren recurrir a las categorías tradicionales (Calmes 2001 615).

⁶⁶ CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94; CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 88; CS, 29.1.2002, GJ 259, 17; CS, 5.3.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 27, publicada también en F. del M. 496, 1. Sobre la necesidad de criterios normativos precisos para delimitar la responsabilidad de la administración, Mir 2002 287 a 308.



d. *Responsabilidad por falta de servicio establecida por el juez*

349. Noción de falta de servicio. a) La más general de las condiciones de responsabilidad de la Administración y de las municipalidades está definida genéricamente, sin mayores precisiones, como *falta de servicio* (Ley de bases, artículo 42; Ley de municipalidades, artículo 137).⁶⁷

El estatuto de responsabilidad de la Administración vigente en Chile se ha construido sobre la base del modelo francés de responsabilidad del Estado,⁶⁸ donde la jurisprudencia ha concebido la falta de servicio como la infracción a un deber objetivo de conducta, que es análogo al concepto civil de culpa.⁶⁹ Como se ha visto (*supra* N° 334), ambas nociones suponen un juicio objetivo de reproche sobre la base de un patrón de conducta: mientras en la *culpa civil* se compara la conducta efectiva del agente con el estándar abstracto de conducta debida en nuestras relaciones recíprocas, en la *falta de servicio* tal comparación se efectúa entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública.

En la práctica, existe una gran proximidad entre estos enfoques, pues ambos atienden al *comportamiento que la víctima tiene legítimamente derecho a esperar*, aunque en un caso se tenga en consideración el hecho negligente de un agente privado (culpa civil) y, en el otro, el funcionamiento impropio de un órgano de la Administración Pública (falta de servicio). Así se

⁶⁷ El artículo 141 de la Ley de municipalidades expresa que estas corporaciones responden 'principalmente por falta de servicio'. A falta de una precisión mayor, podría entenderse que el universo restante está dado por un estatuto general de responsabilidad estricta. Sin embargo, esta inferencia resulta extravagante: ante todo, por las dificultades antes expuestas para asumir un estatuto de ese tipo (*supra* N° 337); enseguida, porque una decisión jurídica fundamental, como es establecer un sistema de responsabilidad que no tiene precedentes en el derecho chileno, no puede ser construida a partir de una inferencia tan indirecta; finalmente, desde un punto de vista lógico, si esa inferencia fuera correcta, la regla no tendría necesidad de hacer referencia a la falta de servicio como condición de responsabilidad, porque cada vez que haya 'falta de servicio' también existe esa relación causal entre el hecho de la Administración y el daño, que es el único requisito exigido bajo un estatuto de responsabilidad estricta (u objetiva en sentido propio). Todo indica, en consecuencia, que la norma se refiere a las demás hipótesis concretas que determinan la responsabilidad de las administraciones públicas.

⁶⁸ Es lo que demuestran las referencias a los conceptos, de origen francés, de *falta de servicio* y *falta personal*, contenidas en el artículo 42 de la Ley de bases (el primero está reiterado en el artículo 141 de la Ley de municipalidades), así como la historia de la adopción legislativa de ese precepto. Sobre este último aspecto se insiste con razón en Pierry 1995 a y Pierry 2000.

⁶⁹ La analogía entre la culpa civil y la falta de servicio se muestra con claridad cuando se atiende al origen francés de este último concepto. La palabra francesa *faute* significa culpa, y en materia administrativa designa la *falta de servicio* (*faute de service*). Por eso, en la doctrina francesa la *falta de servicio* suele ser identificada con la responsabilidad por culpa y, en tal carácter, es reconocida como régimen general de responsabilidad del Estado. Así, Chapus 1998 1454. Respecto de la objetivación de la *falta de servicio* en el derecho francés, que sigue analógicamente a la objetivación de la culpa en el derecho civil, Waline 476 1995.



explica que muchos sistemas jurídicos hayan podido construir una doctrina de la responsabilidad del Estado sobre la base del concepto civil de culpa; y que la jurisprudencia chilena haya aceptado la invocación por el demandante de normas de derecho privado como fundamento de la acción indemnizatoria por actuaciones de las administraciones públicas.⁷⁰ En definitiva, la particularidad del concepto de falta de servicio es que pone al juez en la necesidad de precisar la conducta que debe observar la administración a efectos de prevenir accidentes.⁷¹

b) La falta de servicio denota el *incumplimiento de un deber de servicio*. Ese incumplimiento puede consistir en que no se preste un servicio que la Administración tenía el deber de prestar, sea prestado tardíamente o sea prestado en una forma defectuosa de conformidad con el estándar de servicio que el público tiene derecho a esperar.⁷²

350. Determinación jurisprudencial de los deberes de servicio. El deber de servicio resulta de la ley. Sin embargo, las leyes que establecen el estatu-

⁷⁰ Así, Corte de Santiago, 28.12.1999, GJ 234, 63, que concluyó que un mismo hecho puede ser constitutivo de *culpa civil* y de *falta de servicio*. En opinión de esa Corte, el diagnóstico tardío de una enfermedad, la impericia en su tratamiento y otros errores de diagnóstico atribuibles a negligencia del personal de un hospital público, hacen "responsable a la demandada en los términos tanto del artículo 2320 del Código Civil, según el cual, y en lo pertinente, los empresarios responden del hecho de sus dependientes, cuanto del artículo 44 de la ley N° 18.575, según el cual los órganos de la Administración del Estado, como ocurre en la especie, serán responsables del daño que causan por falta de servicio". En otros casos se ha aceptado la invocación exclusiva de normas de derecho privado, en el entendido que si se ha acreditado la culpa civil, debe entenderse que el hecho también constituye una falta de servicio; en este sentido: CS, 27.4.1998, F. del M. 473, 244; CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68, publicado también en GJ 226, 56, y F. del M. 485, 276; CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, 88; CS, 24.1.2002, GJ 259, 38; Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133; y CS, 7.1.2003, GJ 271, 96.

⁷¹ En el derecho francés la homologación de la falta de servicio a la culpa civil fue formulada por Ch. Eisenmann 1949 751 y establecida por la influencia de Chapus 1954. En la doctrina chilena, por esta analogía entre la culpa y la falta de servicio, Pierry 2000 19, Oelckers 1998 351, Ferrada en Marín 2004 a 114. En el sentido indicado en este párrafo, Corte de Santiago, 14.4.2005, GJ 298, 87.

⁷² Tal fórmula es asumida usualmente por la jurisprudencia (así, por ejemplo, Corte de Santiago, 13.9.1991, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 226, publicada también en GJ 161, 21; Corte de Santiago, 30.10.1996, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 13; Corte de Concepción, 31.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 59; Corte de Santiago, 1.4.1999, GJ 226, 84, publicada también en F. del M. 489, 1610; Corte de Concepción, 10.8.2000, GJ 259, 38; CS, 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 80; CS, 30.4.2003, GJ 274, 59; CS, 15.9.2003, GJ 279, 79, publicada también en F. del M. 514, 2230; CS, 25.4.2006, rol N° 5.826-2005; y Corte de Santiago, 14.7.2006, GJ 313, 76). Esta tipificación tripartita fue formulada originalmente por Duez 1927 15; Paillet 1980 308 la critica porque, a pesar de su elegancia, carece de estructura racional (el funcionamiento defectuoso es una categoría amplísima frente al funcionamiento tardío, que parece marginal; el funcionamiento tardío y la ausencia de funcionamiento podrían fundirse en una sola categoría, pues ambas consisten en que el servicio no funcionó como debía) y descuida otras distinciones relevantes, en particular entre actividad jurídica y material. Un análisis de la noción de falta de servicio a la luz de la jurisprudencia reciente en Valdivia 2005.



to orgánico de los servicios públicos se limitan, por lo general, a definir sus funciones. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de municipalidades, que contiene una larga enumeración de funciones que corresponden a esas corporaciones, algunas privativamente (artículo 3º) y otras en concurrencia con otros órganos de la Administración del Estado (artículo 4º), para lo cual la ley las dota de diferentes atribuciones (artículo 5º) y de potestades normativas y de ejecución (artículo 6º). Algo semejante ocurre con los demás órganos de la Administración del Estado.

Una de las mayores dificultades para la determinación de los deberes de servicio radica en la necesaria distinción entre las materias que son de *competencia* de las municipalidades y de los demás órganos de la Administración del Estado, y aquellas que constituyen sus *deberes de servicio*. La diferencia entre ambos conceptos establece la línea divisoria entre la función pública entendida como potestad y como deber de servicio (*infra* N° 351).⁷³

Una vez analizada esa pregunta, que se relaciona con la distribución de funciones públicas en una democracia constitucional, en los párrafos siguientes serán analizados los criterios de determinación de la falta de servicio.

351. Falta de servicio y facultades discrecionales. a) La distinción conceptual entre la función pública y el deber de servicio es tarea que puede resultar difícil, aunque es indispensable a efectos de determinar si el hecho de la autoridad da lugar a responsabilidad. En la dificultad influyen principalmente dos órdenes de razones: los vacíos legales respecto de la definición precisa de los deberes de servicio de los órganos de la Administración del Estado y la inevitable necesidad de ponderar el ámbito de discrecionalidad que la ley reconoce a los órganos políticos y administrativos.

⁷³ Esta idea sólo me ha resultado clara luego de revisar una centena de fallos sobre la responsabilidad de órganos públicos y de haber participado como abogado integrante en acuerdos que me parecen discutibles precisamente por haber inferido directamente el *deber de servicio* de las *funciones* que la ley encomienda a los municipios (CS, 3.5.2001, RDJ, t. XXVIII, sec. 5ª, 87). En el sentido que aquí se prefiere puede verse CS, 29.9.2004, GJ 291, 61, que afirma “que no existe norma legal que fije plazo a los municipios para concretar una expropiación de un bien que, como consecuencias de la aprobación del plan regulador comunal, ha sido declarado de utilidad pública. La circunstancia de que no se concrete la expropiación puede tener muy diversas causas, incluso, falta de recursos económicos por parte del municipio, o por la priorización de otra necesidad o aun, por determinarse que ha de llevarse a cabo la expropiación de otros bienes; (...) la Ley General de Urbanismo y Construcciones ha otorgado a los municipios la potestad jurídica para realizar la expropiación de los terrenos declarados de utilidad pública, pero (...) dicha potestad es discrecional, de modo que no cabe la posibilidad legal, a los administrados, de exigir el ejercicio de esa potestad en cualquier tiempo”; véase también Corte de Rancagua, 13.1.2004, GJ 294, 138. La doctrina es discutible si de su aplicación se sigue una carga pública desproporcionada para el propietario, si de ello se sigue que no puede gozar de su propiedad, ni recibir la indemnización por expropiación (*infra* N° 358).



b) El legislador incurre frecuentemente en *vaguedad* al expresar sus propósitos normativos, lo que conduce a la persistente *omisión de establecer estándares de servicio*.⁷⁴ Ante la carencia de estándares legales, el juez se ve en la necesidad de definir el punto de división entre la discrecionalidad política de la Administración en la asignación socialmente más eficiente de los recursos que le son asignados y la conducta que constituye su deber de cuidado respecto de los administrados, cuya infracción da lugar a responsabilidad.

c) La función pública de administrar requiere un ámbito *político* de discrecionalidad, tanto en el ejercicio de la potestad pública como en el manejo presupuestario. Sólo en ese marco de restricciones, que impone la distribución de funciones en un Estado constitucional, los jueces deben determinar la *extensión del control jurídico* de la eficiencia del funcionamiento de los servicios públicos. El supuesto esencial en esa tarea es que “los jueces ciertamente no pueden estar autorizados para dejar sin efecto decisiones relativas a la asignación de recursos a los órganos públicos”.⁷⁵ Por eso la responsabilidad de la Administración traza la delgada línea divisoria entre el ámbito de decisión prudencial de la Administración y aquello que está obligada a hacer por mandato del derecho. En el fondo, cada vez que un juez condena a la Administración por no haber hecho aquello que se declara tenía el deber de hacer, está imponiendo un costo al ejercicio de esa función pública y determinando prioridades en la asignación de los fondos públicos.⁷⁶

Por eso, al analizar la ley que organiza un servicio o establece sus competencias y tareas, es necesario distinguir la *función pública*, que establece la competencia del órgano administrativo o municipal para actuar, y el *deber concreto de actuación*, que puede ser hecho valer ante un tribunal.

d) El alcance de la pregunta se muestra, por ejemplo, a propósito de las competencias que tienen los municipios, en conjunto con otros órganos de la Administración del Estado, en materias de educación y salud (Ley de municipalidades, artículo 4 letra a y letra b, complementadas por las leyes especiales sobre esas materias). Por cierto que los municipios tienen deberes correlativos a las competencias que la ley les confiere, pero la forma como distribuyen fondos escasos para satisfacer necesidades ilimitadas es una decisión política (esto es, discrecional) y no jurisdiccional. Por eso, el límite de la responsabilidad en estos casos está dado por la *conducta tan poco razonable en que ninguna autoridad consciente de sus deberes hubiera incurrido*, caso en el cual inequívocamente el órgano respectivo extralimita el ámbito de su discreción y existe incumplimiento de un deber en senti-

⁷⁴ Busto en Reglero 2002 a 1457.

⁷⁵ Atiyah 1997 79; un refinado análisis jurídico de la cuestión en Cane 1996 238. Puese verse Corte de Santiago, 23.7.2002, GJ 265, 78.

⁷⁶ En el mismo sentido Mir 2002 143, quien habla de la función de control y demarcatoria de la responsabilidad patrimonial de la administración.



do jurídico;⁷⁷ o por el abuso de las facultades conferidas, en la medida que atribuciones legales otorgadas para un determinado fin son desnaturalizadas en la forma de una *desviación de poder*.⁷⁸

e) Sólo una vez precisado el límite de las facultades discrecionales, que sólo excepcionalmente pueden dar lugar a responsabilidad, es tarea de la jurisprudencia definir el nivel de servicio exigible.

352. Factores determinantes de una falta de servicio. a) Con los correctivos y precisiones de los párrafos precedentes, los hechos que pueden dar lugar a la responsabilidad se pueden ordenar en dos grupos. Ante todo, puede ocurrir que el servicio no haya sido prestado a pesar de que el órgano respectivo tenía el deber jurídico de prestarlo. Enseguida, que se haya incurrido en una falta con ocasión de la prestación del servicio, porque no se ha observado el estándar de servicio exigible, sea porque ha sido prestado tardía o imperfectamente.

b) El *deber de prestar un servicio* surge de la interpretación de la norma legal que establece la función pública respectiva. El primer problema que el intérprete debe resolver se refiere al ámbito de los servicios que el Estado *debe* prestar y no solamente está *facultado* para prestar. Los casos más claros son aquellos en que la ley establece un deber determinado, como ocurre en materia de mantención de caminos y vías públicas en buen estado y de adecuada señalización, según dispone el artículo 174 V de la Ley del tránsito (*supra* N° 348 b). En otros casos, como se ha visto, la ley se limita a establecer una función, sin especificar el punto en que la potestad o competencia converge con el deber de satisfacerla (*supra* N° 351).

c) De distinta naturaleza es la pregunta por el nivel de servicio que debe ser prestado por el órgano sobre el cual recae la respectiva función.

⁷⁷ Especialmente clara respecto de la distinción entre potestad discrecional y deber de servicio del órgano público y su relevancia en la determinación de la responsabilidad patrimonial, CS, 29.9.2004, GJ 291, 61. En el sentido expuesto es establecido el estándar de negligencia (falta de servicio), por ejemplo, en Inglaterra para actividades que envuelven facultades de apreciación discrecional, según el precedente *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, 1 KB 223 (1948), citado por Cane 1996 244. En el derecho francés, respecto de ciertas actividades, se ha sostenido que la responsabilidad del Estado se encontraría supeditada a la concurrencia de una culpa grave; aunque hay acuerdo en que la exigencia de culpa grave se encuentra en retirada (Chapus 1998 1200), su subsistencia como condición de responsabilidad es justificada precisamente por razones de oportunidad: los jueces dejan a la administración grados importantes de libertad para el cumplimiento de sus funciones, cuando la naturaleza de sus potestades o las dificultades de su ejercicio exigen un grado importante de discrecionalidad; en este sentido, Richer 1978 113 y Deguergue 1994 637. La tesis de esta última demuestra que, desde su origen en la jurisprudencia francesa, la falta de servicio necesariamente debe cumplir un cierto grado de gravedad (*ídem* 176).

⁷⁸ Sobre la desviación de poder (*détournement de pouvoir*), Chapus 1998 964; en general, sobre la dificultad de transformar los poderes discrecionales en fuentes de responsabilidad civil, los finos análisis de Atiyah 1997 78 y Cane 1996 238.



Como en el caso de la culpa (*supra* N° 58), es inevitable que la calificación de ese nivel de servicio esté dada por consideraciones pragmáticas que consideran factores como la magnitud de los riesgos y el costo de establecer una medida de precaución eficiente. Pero también está dado por las convenciones que rigen en el tiempo y lugar acerca de lo que resulta exigible de la Administración como un servicio normal, atendida la riqueza relativa y las prácticas en la materia.

La determinación de una falta de servicio no excluye la necesidad de determinar en concreto, de acuerdo con un estándar de conducta explícito, los deberes de cuidado de la Administración. Un par de ejemplos pueden aclarar la índole de la pregunta. Es obvio que si las carreteras tuvieran doble vía y se evitaran curvas mediante la construcción de túneles, se disminuirían los accidentes, pero no es usual que esa decisión pueda derivar en una falta de servicio; y si existiera un sistema extremadamente inteligente de semáforos, se podrían evitar marginalmente algunos accidentes, pero de la sola posibilidad de que ello *pueda* ocurrir no se sigue un deber del municipio de implementar una tecnología que le imponga una carga desproporcionada.⁷⁹

La *normalidad* del servicio tiene que ver con expectativas normativas de la comunidad: no se refiere a aquello que uno *quisiera* como servicio eficiente (que es un estándar que tiende al infinito y que daría lugar a responsabilidad estricta u objetiva en sentido propio), sino a aquello que *se tiene derecho a esperar*. Así, por ejemplo, no cabe duda que la municipalidad incurre en una falta de servicio si expone a las personas al riesgo de caer a un pozo que no está señalizado;⁸⁰ es discutible, por el contrario, que las municipalidades tengan que mantener las aceras libres de cualquier defecto que pueda ocasionar una caída a un transeúnte.⁸¹ La revisión de la jurisprudencia sobre falta de servicio muestra que los jueces tienden a tener presente esta importante calificación, que hace diferente el estatuto legal vigente de responsabilidad por falta de servicio y un estatuto general de responsabilidad estricta u objetiva del Estado, que carece de sustento normativo en el derecho vigente, y es ampliamente desechado en el derecho comparado (*supra* § 39 a).

⁷⁹ Ese parece ser el caso, sin embargo, en CS, 13.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 236, donde se dio lugar a la responsabilidad municipal por no tener un semáforo de varios tiempos que asegure el cruce a los peatones sin que nadie esté autorizado para virar (aunque exista una regla general que otorga preferencia a aquéllos).

⁸⁰ Como ocurrió en el conocido caso *Tirado con Municipalidad de La Reina* (CS, 24.3.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ª, 35); véanse también CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 88, y CS, 5.3.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 27, publicada también en F. del M. 496, 1.

⁸¹ Así, sin embargo, CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94; Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por la CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 132; Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104; y CS, 24.11.2003, GJ 281, 80.



353. La falta de servicio y la culpa como criterios de atribución de responsabilidad. Descartada la distinción entre actos de gestión y de autoridad como criterio limitante de la responsabilidad del Estado, subsiste una diferencia entre el Estado regulador y el Estado servidor al momento de calificar el cuidado debido. Se ha visto que el otorgamiento de una potestad a la autoridad pública no supone necesariamente el deber jurídico de ejercerla. Y al juzgar su ejercicio como conforme al derecho o como constitutivo de una falta de servicio, se debe atender al ordenamiento de derecho público que establece esas potestades y deberes. Específicamente en este punto reside una diferencia esencial en la construcción del hecho que da lugar a la responsabilidad patrimonial privada y de la Administración del Estado.

Sin embargo, esta distinción se debilita cuando la Administración realiza actividades que resultan homologables a las de sujetos privados (la policía conduce vehículos en rondas rutinarias, los hospitales públicos atienden enfermos). Una de las preguntas críticas que debe responder una doctrina jurídica sobre la responsabilidad de la Administración se refiere a si hay alguna razón que justifique que hechos análogos sean calificados de manera diferente por la sola circunstancia de ser el demandado una persona jurídica de derecho público.

Así, por ejemplo, si un órgano del Estado mantiene un consultorio médico, y allí se incurre en un descuido profesional, no hay razón alguna para someter esa responsabilidad a condiciones más exigentes que las aplicables a la responsabilidad de un consultorio privado que ofrece servicios en condiciones de recursos semejantes.⁸² En definitiva, es indiferente que sea un consultorio público o privado el que incurra en la negligencia de tener en el patio trasero una cámara de alcantarillado descubierta, donde se ahoga un niño que escapa por algunos minutos al control de su madre.⁸³ Buena parte de los casos de responsabilidad de los órganos públicos resueltos por nuestra jurisprudencia pueden ser subsumidos bajo el concepto de *culpa en el servicio*,⁸⁴ que funcionalmente presenta los mismos caracteres de la culpa

⁸² Es en este grupo de casos donde se muestran con particular agudeza los efectos de una doctrina de la responsabilidad del Estado construida sobre la idea de antijuridicidad del daño. Una crítica a la legislación, doctrina y jurisprudencia españolas, que permiten discriminar a efectos de responsabilidad entre ambos tipos de situaciones, en Pantaleón en Pantaleón 2001 182, Pantaleón 2000 84; entre los administrativistas españoles, Parada 1999 677.

⁸³ Corte de Puerto Montt, 24.3.1999, rol N° 8.332 (citada y comentada por Baraona en Baraona 2003 b 78).

⁸⁴ Es el caso, por ejemplo, de la confusión de identidades entre dos personas (CS, 27.4.1998, F. del M. 473, 244); de la caída sobre un niño del mástil ubicado en un parque municipal, porque le faltaba un perno de sujeción (Corte de Concepción, 31.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 59); del disparo accidental de un policía que alcanza a un transeúnte (CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68); de la cirugía negligentemente ejecutada que debe ser luego corregida varias veces (CS, 27.4.1999, GJ 226, 56, publicado también en F. del M. 485, 276); o del tablón que cubría sin señalización una acera en mal estado (CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94); de la muerte de un menor a causa de la mantención de una piscina pública con infracción a los reglamentos sobre la materia (Corte de Santiago, 14.1.2002, GJ



del derecho civil contemporáneo, caracterizada por no haberse observado el *estándar objetivo de cuidado de quien actúa con prudencia y diligencia* al realizar una actividad o mantener a su cargo una instalación susceptible de causar daño a terceros (*supra* N° 42).

354. La calificación de una conducta como falta de servicio es una cuestión normativa. Como en la responsabilidad por culpa, es tarea judicial la determinación del estándar o patrón de conducta que debe observar la Administración Pública y municipal, a menos que la propia ley defina ciertas situaciones que *per se* den lugar a la responsabilidad (falta de servicio infraccional). En todo caso, se trata de una cuestión esencialmente *normativa*, que debiera estar sujeta al control jurídico por vía de casación. Inevitablemente, en la determinación judicial del *estándar de servicio* influyen factores análogos a los determinantes de la culpa civil (*supra* N° 58); a ellos se agrega, en este caso, la necesidad de una definición jurisprudencial del nivel de servicio que se *debe* exigir de las administraciones públicas y de las municipalidades, con la consecuencia de que si no lo observa el Fisco o la municipalidad respectiva, resulten responsables.

En ciertos casos la calificación de una falta de servicio exige la correcta interpretación de una ley especial, que establece el respectivo deber, como ocurre con la norma del artículo 174 V de la Ley del tránsito, por los daños causados por accidentes debidos al mal estado de las calzadas o a falta de adecuada señalización.⁸⁵ Como se ha visto (*supra* N° 352), se trata

271, 96); de una infección intrahospitalaria adquirida sin relación causal presumible con la cirugía que dio lugar al tratamiento (CS, 24.1.2002, GJ 259, 38, publicada también en F. del M. 497, 370); de la administración descuidada de un sedante (Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133); y de la pavimentación que causa inundación de las viviendas circundantes (CS, 27.11.2003, GJ 281, 64; CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87).

⁸⁵ La jurisprudencia vincula la responsabilidad con los deberes legales de la administración, especialmente comunal, respecto de la conservación de las vías públicas y de una adecuada señalización (CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 88; CS, 29.1.2002, GJ 259, 17), deberes previstos por el artículo 174 V de la Ley del tránsito, que se relacionan con el propósito de evitar lesiones o daños a los usuarios de los bienes nacionales o comunales (CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94; CS, 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 132). En ocasiones, la jurisprudencia llega incluso a calificar la suficiencia o adecuación de las medidas de señalización adoptadas por el municipio, a fin de acreditar la falta de servicio o el incumplimiento a sus obligaciones; así, CS, 13.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 236, en que un semáforo y la demarcación de un paso peatonal son estimados insuficientes, tratándose de una vía ubicada en un sector donde hay diez colegios; y Corte de Santiago, 14.7.1994, GJ 169, 62, en que una señalización que anunciaba la existencia de un 'pavimento en mal estado' es juzgada inadecuada para dar cuenta de la rotura de dicho pavimento en una pista, originada en trabajos de reparación, y que la hacía intransitable. La calificación del defecto envuelve un juicio de valor acerca del servicio que las personas tienen derecho a recibir en razón de las funciones que la ley ha impuesto al órgano respectivo, según las consideraciones hechas valer en esta sección a propósito de la responsabilidad por falta de servicio.



de conceptos normativos ('mal' estado de los caminos; 'adecuada' señalización), que suponen la determinación de un estándar de calidad, aunque existen buenas razones para presumir esa falta de servicio si el accidente se ha debido al estado de los caminos o a la señalización (*infra* N° 370).⁸⁶

e. *Responsabilidad estricta u objetiva por riesgo de la actividad*

355. Responsabilidad por riesgo. En el derecho de la responsabilidad patrimonial la responsabilidad propiamente estricta u objetiva es excepcional. Su establecimiento por el legislador responde a ciertas razones típicas que han sido tratadas en el *Capítulo VI* (actividades especialmente peligrosas, protección de víctimas que se encuentran en una posición estratégica disminuida para controlar el riesgo o hacerse cargo de los efectos dañinos del accidente). Cualesquiera sean las razones que justifican su introducción, siempre se requiere de norma expresa.⁸⁷

Los estatutos de responsabilidad estricta son establecidos en razón de la materia, de modo que es indiferente que el demandado sea una persona jurídica o natural, pública o privada. En consecuencia, las reglas sobre responsabilidad por daños causados por vehículos motorizados, instalaciones nucleares, navegación marítima o aérea, o cualesquiera otros, se aplican al Estado, a menos que éste sea expresamente excluido.

Por otra parte, también pueden existir estatutos especiales de responsabilidad estricta que comprometen precisamente al Estado. Se trata de políticas legislativas que persiguen asegurar que la sociedad asuma ciertos riesgos.⁸⁸ Como en el caso de la responsabilidad estricta de efectos generales, la asunción por el Estado de ciertos riesgos específicos supone una especial decisión legislativa.

f. *Responsabilidad por desigual atribución de cargas públicas*

356. Planteamiento y fundamento constitucional. a) Existen hipótesis en que el funcionamiento normal y regular del poder público puede dar lu-

⁸⁶ Sobre la responsabilidad de las municipalidades y de la Administración del Estado por el mal estado de las vías y por falta de señalización, véase *infra* N°s 535 y siguiente.

⁸⁷ Así, para el derecho chileno, R. Letelier 2002. Las hipótesis de responsabilidad por riesgo en el derecho administrativo francés, en cambio, tienen origen jurisprudencial. Aunque la doctrina se esfuerza por sistematizarlas en torno al riesgo creado por cosas, procedimientos o situaciones especialmente peligrosas (Chapus 1998 1228), esas categorías no desempeñan el rol de condiciones de la responsabilidad. Tras las decisiones que han consagrado estos tipos de responsabilidad parece hallarse más bien una 'política jurisprudencial de equidad' que busca ante todo corregir las limitaciones de un régimen exclusivamente basado en la falta de servicio (Amselek 1977 233 y 256).

⁸⁸ Así ocurre, por ejemplo, en el derecho francés con las víctimas del terrorismo, de manifestaciones públicas y de contaminación con Sida a consecuencia de transfusiones de sangre contaminada (Chapus 1998 831 y 1246, Carbonnier 2000 375).



gar a obligaciones reparatorias, en cuya virtud el Estado se ve en situación de compensar ciertas cargas que impone a los particulares en razón del interés general. Aunque se suele tratar estas obligaciones bajo el epígrafe general de la responsabilidad del Estado, su naturaleza es más bien restitutoria.⁸⁹ El fundamento normativo de estos deberes se encuentra en el principio de igual distribución de las cargas públicas, que en el derecho constitucional chileno tiene reconocimiento explícito en el artículo 19 N° 20 I.⁹⁰

b) La extensión y condiciones de esta obligación plantean delicadas preguntas, porque, en general, los particulares se encuentran sujetos a las cargas normales de la vida en sociedad, muchas de ellas impuestas por la autoridad (restricciones al uso de fuentes contaminantes, obligaciones cívicas, ordenanzas de construcción). Como es obvio, no todas estas cargas dan derecho a exigir una compensación de parte del Estado. En efecto, ellas tienen naturalezas e intensidades muy diversas, que van desde las limitaciones al ejercicio de los derechos que se deben soportar en razón de la vida en común (como ocurre, en derecho civil con las turbaciones ordinarias de vecindad),⁹¹ hasta la privación de atributos esenciales de un derecho, que resulta contraria a las normas constitucionales a menos que intervenga una expropiación autorizada por la ley (artículo 19 N° 24 III).

En verdad, la expropiación por causa de utilidad pública es el caso más fuerte de una intervención legítima del Estado en el derecho de un particular, y por lo mismo es también el evento más característico de atribución

⁸⁹ Existen fuertes analogías entre la responsabilidad del Estado por imposición de cargas públicas y el instituto civil de la compensación por cargas que una persona privada tiene derecho a imponer a otra, atendidas las circunstancias. Es el caso, especialmente, del estado de necesidad: para evitar un mal mayor, se tiene derecho a intervenir en un bien ajeno, pero no es justo que la víctima tenga que soportar las consecuencias de esa intervención, una vez pasadas las circunstancias que la motivaron (*supra* N° 82). En la doctrina francesa, la analogía fue expresada por Hauriou, quien llegó a considerar el enriquecimiento sin causa como fuente de la obligación de reparar los daños causados sin culpa (Hauriou 1911 481); sin embargo, la doctrina posterior ha rechazado ese punto de vista, aun cuando no niegue la existencia de un cierto 'aspecto restitutorio' de la responsabilidad administrativa (Deguergue 1994 608 y 476). En el derecho alemán, el instituto de la carga excesiva (*Aufopferung*) tiene un desarrollo dogmático independiente (Deutsch/Ahrens 2002 188).

⁹⁰ En el derecho francés, la doctrina administrativa tradicionalmente hizo referencia a un principio general del derecho aplicable aun a falta de texto expreso; el Consejo Constitucional le ha atribuido carácter positivo, entendiendo que se trata de un caso de aplicación de la garantía de igualdad ante la ley de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Chapus 1998 1252).

⁹¹ Ni siquiera un régimen de responsabilidad estricta del Estado escapa a esta restricción, como ocurre en el derecho español. En efecto, aun cuando se proclama el derecho del ciudadano a ser indemnizado por los daños provocados por el *funcionamiento normal* de los servicios públicos, paradójicamente se entiende que los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos son, por lo común, cargas no indemnizables que los administrados tienen el deber jurídico de soportar a causa de su generalidad, salvo en cuanto esa carga entrañe un sacrificio excesivo y desigual para algunos (García de Enterría/Fernández 2002 II 378).



de una carga que el sujeto privado no tiene que soportar patrimonialmente. En el rango intermedio están las demás intervenciones lícitas que constituyen una carga que afecta el goce del derecho y la justa distribución de las cargas públicas. En estos casos, el Estado debe indemnizar si el costo privado asociado al logro del bienestar general ha excedido los límites que razonablemente *debe* tolerar el titular del derecho.⁹²

c) Es característico de esta obligación reparatoria que tenga su origen en un *acto consciente y lícito del Estado*, en cuya virtud se impone una carga pública. Por eso, resulta esencial determinar el objeto perseguido con la imposición de la carga (cuya naturaleza determina el derecho a reparación).⁹³ La lógica económica que existe tras estos casos es sencilla: para obtener un beneficio mayor se requiere sacrificar un derecho de menor entidad, para lo cual el derecho autoriza a la autoridad a actuar en procura del interés mayor, pero a condición de que repare el costo privado que irroga alcanzarlo.⁹⁴ Desde el punto de vista de la justicia distributiva y retributiva, se plantea la pregunta decisiva acerca de los límites entre los derechos subjetivos y el bien general; a

⁹² Es interesante como en el derecho alemán se conjugan en un conjunto la acción dirigida a compensar un sacrificio grave y especial (*Aufopferungsanspruch*) y la que tiene por objeto reparar una intervención cuasi-expropiatoria (*enteignungsgleicher Eingriff*), donde el ilícito del daño está dado precisamente por el gravamen específico al derecho de una persona o de un grupo definido de personas en procura del interés general; al respecto, en castellano, Ossenbühl 1996 931. En la doctrina chilena, la idea de sacrificio especial ha sido recogida por Oelckers 1987 67.

⁹³ Es sintomático que en un ordenamiento político que tiene un fuerte acento en el estado administrador, como el francés, la doctrina intente justificar el escaso impacto práctico de esta especie de responsabilidad recurriendo a la función que cumple el *interés público* que legitima la imposición de la carga. Así, frente a la reducida aplicación de esta responsabilidad en casos de medidas de orden público económico o aun policial, algunos han entendido que si la carga ha sido impuesta para la protección de un *interés general preeminente*, no procede reparación por parte del Estado (en este sentido, Devolvé 1969). Análisis recientes indican que la jurisprudencia estudia ante todo la intención perseguida por la norma, pues las discriminaciones queridas por el regulador, en la medida que pertenecen a su ámbito de atribuciones, no debieran abrir derecho a reparación (así, Broyelle 2003). La reparación sólo cabría tratándose de efectos anómalos, no buscados por la norma aplicable. Se trataría más bien, como dicen Vedel/Delvolvé 1990 639, de un 'régimen de reparación aceptado' por el legislador o por la autoridad administrativa en cuestión. Ese razonamiento, sin embargo, niega efecto jurídico autónomo al instituto de la reparación por cargas públicas desproporcionadas, pues antes de distinguir entre beneficios públicos y costos privados es preciso determinar si el fin perseguido por la reglamentación admite la reparación. Con esas importantes reservas, que son expresivas de una específica jerarquización de las posiciones jurídicas del Estado y del administrado en el derecho francés, se ha desarrollado una abundante jurisprudencia, precisando las condiciones de que la carga debe ser especial y grave para que dé lugar a reparación (Chapus 1998 1253).

⁹⁴ Epstein 1999 67 ve en estos casos una analogía con el alivianamiento de la nave en el derecho marítimo: ante un riesgo de naufragio, se bota al mar la carga menos valiosa, con cargo a formar un *pool* de beneficiarios que indemnicen proporcionalmente a los perjudicados.



estos efectos, la cuestión radica en determinar el umbral que separa el sacrificio del derecho, que debe ser tolerado como contribución a la vida en sociedad, y el sacrificio que la sociedad no puede imponer al titular, porque ello significaría la obtención de ese bien general a costa de que algunos soporten una carga extraordinaria.

357. Requisitos para que proceda la reparación. En general, procede la indemnización si la carga impuesta por la autoridad es *excepcional* y *grave*. La *excepcionalidad* supone que el costo de la medida administrativa sea atribuido a un conjunto limitado de personas, sin que existan razones que justifiquen que sean precisamente ellas quienes deben soportarla. De ahí que el fundamento de la acción se encuentre en la *injusta distribución* de cargas (y no en la circunstancia de que haya sido impuesta una carga dentro del ámbito de atribuciones de que dispone la autoridad). El requisito de *gravedad*, a su vez, supone que se afecte un derecho del demandante más allá de los límites de tolerancia que la sociedad nos exige en razón de la mera convivencia en una sociedad organizada políticamente.

Un caso típico, en el derecho chileno, de turbaciones que usualmente se entiende que deben ser soportadas por quien las sufre han sido las provocadas por trabajos en las calles, que obstaculizan por períodos de tiempo limitados la actividad de negocios o el acceso a residencias. En casos como éstos, la definición de los límites entre los inconvenientes ordinarios que debemos soportar y las cargas graves que dan lugar a reparación es una cuestión prudencial. Allí se muestra, en definitiva, el nivel de protección que cada sistema jurídico otorga a los derechos de las personas (en particular, a la propiedad) y, por el contrario, cuánto se exige de sacrificio gratuito de lo propio con justificación en el interés general.⁹⁵

358. La obligación de reparar cargas desiguales en el derecho chileno. En pocas materias del derecho de la responsabilidad patrimonial el derecho chileno tiene precedentes jurisprudenciales tan fuertes como en materia de obligaciones reparatorias que tienen por antecedente la imposición legítima de cargas públicas desiguales.

La primera decisión importante parece ser *Ábalos con Fisco* (1889). El caso tuvo su origen en una decisión de la Intendencia de Aconcagua, que

⁹⁵ Al respecto, un análisis desde una teoría política libertaria, en Epstein 1982. La distinción entre cargas que el propietario debe soportar en razón del interés general y las que constituyen un gravamen que debe ser reparado, como si fuera expropiatorio, es una pregunta necesariamente abierta en todo sistema jurídico. Así, a diferencia de lo fallado en los casos que más adelante se refieren, en que se da lugar a la reparación por la imposición de cargas excesivas y desiguales, se ha estimado que la declaración de una propiedad como monumento nacional no da lugar a indemnización alguna, aunque de ello se siga que ella pierda parte sustancial de su valor (CS, 22.12.1982, RDJ, t. LXXIX, sec. 5ª, 194). Por el contrario, se ha estimado que la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente vías de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio que da lugar a indemnización (Trib. Const., 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 6ª, 138).



ordenó a un destacamento militar y a ciertos funcionarios administrativos destruir los sandiales que el señor Ábalos tenía en la ciudad de San Felipe, como una medida tendiente a detener una epidemia de cólera. El señor Ábalos demandó al Fisco por los perjuicios sufridos, fundándose en las normas del Código Civil, y en los artículos 12 y 151 de la Constitución de 1833, que garantizaban la inviolabilidad de la propiedad.⁹⁶ El tribunal de instancia, en un fallo confirmado por la Corte Suprema, resolvió que si bien la autoridad administrativa no contaba con autorización legal expresa para ordenar esa destrucción, es indiscutible que las leyes la facultan para adoptar las medidas que la prudencia aconseja para disminuir los efectos de una epidemia, aunque esas medidas menoscabaran ciertos intereses individuales.⁹⁷ Sin embargo, el tribunal estimó “que si la destrucción de los sandiales, cuyo pago reclaman los demandantes, fue una medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República, el Fisco, como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de todos”.⁹⁸

Con posterioridad a *Ábalos con Fisco* otras sentencias han seguido la misma doctrina, a pesar de haber sido dictadas bajo ordenamientos constitucionales distintos. Es el caso de *Lapostol con Fisco* (1930),⁹⁹ *Comunidad Galletué con Fisco* (1984)¹⁰⁰ y *Quintana Olivares y otros con Servicio Agrícola y*

⁹⁶ Juzg. de San Felipe, 5.6.1889, confirmada por la CS, 10.12.1889, G. de los T., 1889, 2º sem., Nº 5185, 835.

⁹⁷ En el juicio se probó que el Intendente actuó a solicitud de la junta de salubridad y con la opinión unánime de todos los facultativos del departamento, que aprobaron la medida como absolutamente necesaria para atenuar los efectos de la epidemia que amenazaba la vida de los habitantes del lugar.

⁹⁸ Fundando su decisión en las Siete Partidas de Alfonso X (Partida 3), en el artículo 1437 del Código Civil y en otras disposiciones del mismo Código, se resolvió que el Estado debía pagar al señor Ábalos el valor del sandial destruido.

⁹⁹ El señor Lapostol estableció una servidumbre en su predio para la instalación de una cañería de abastecimiento de agua potable para el poblado de Penco. Tiempo después fue privado de la explotación de canteras y de cortar árboles para asegurar el suministro. La sentencia de segunda instancia señala que “se irrogó un daño individual, en beneficio de la comunidad, protegiéndose un servicio fiscal, y el Fisco, como representante de la comunidad, está obligado a indemnizarlo”. Resaltando el carácter confiscatorio de la decisión administrativa, la Corte Suprema rechazó los recursos deducidos contra ese fallo, con fundamento en el derecho de propiedad (Corte de Santiago, 9.11.1923, confirmada por la CS [cas. fondo], 8.1.1930, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 744).

¹⁰⁰ Este caso se originó en una prohibición de corte y explotación de la araucaria, impuesta mediante un decreto supremo que declaró la especie ‘monumento natural’, afectando la propiedad de la demandante, dueña de un predio de gran extensión cuyo único giro era la explotación comercial de bosques de esa especie. La Corte Suprema señaló que dicho decreto, aunque legal, “redunda en graves daños para los propietarios de Galletué, que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia” (CS, 7.8.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 5ª, 181). Véase también Corte de Santiago, 21.11.2003, GJ 281, 122.



Ganadero (2001).¹⁰¹ El factor común ha sido la obtención de un beneficio general, por medios perfectamente legales, pero a costa de una carga grave y excepcional impuesta a un particular.

No existe, por tanto, en estos casos un funcionamiento anormal del órgano estatal, una *falta de servicio*; la indemnización se funda en una idea análoga a la expropiación por causa de utilidad pública, que impone al Estado la obligación de restituir el valor de aquello de que es privado un particular por un acto lícito y regular, realizado en interés general.¹⁰² Por ello, el fundamento legal de estas sentencias puede encontrarse en las garantías constitucionales de *igualdad en la distribución de las cargas públicas*, actualmente consagrada en el artículo 19 N° 20, y del *derecho de propiedad*, garantizado por el artículo 19 N° 24.

Atendida la lógica normativa específica que inspira a estos fallos, no se puede concluir que ellos establezcan el fundamento para una especie de teoría general de la responsabilidad objetiva o estricta del Estado, sino que expresan un principio particular de reparación de lo que el administrado ha sido privado por una decisión legítima de la autoridad (*supra* N°s 334 a y 356).

§ 41. RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS Y JUDICIALES

359. Antecedentes constitucionales. La responsabilidad por actos jurídicos del Estado está referida en las normas generales de los artículos 6° y 7° de la Constitución. Pero mientras existen normas especiales para la reparación del error judicial (artículo 19 N° 7 letra i) y para la responsabilidad de la Administración (artículo 38 II), en la Constitución no existe referencia normativa alguna a la responsabilidad por actos legislativos.

¹⁰¹ Se demandaba en este caso la indemnización de los perjuicios provocados por la prohibición de uso de un predio dedicado a la ganadería, motivada por la necesidad de erradicar la fiebre aftosa. La Corte Suprema fijó en estos términos el principio de la obligación reparatoria del Fisco: "se ha permitido que en definitiva la carga pública de alcanzar un objetivo de bien común, cual es impedir la propagación de una enfermedad animal, sea soportada por algunos ciudadanos, alterando con ello el principio de la igualdad en la repartición de dichas cargas establecido en el artículo 19 N° 20 de la Constitución" (CS, 23.1.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 13). En esta sentencia parece adquirir forma una jurisprudencia anterior algo errática en cuanto a los fundamentos de la reparación (CS, 2.4.1998, F. del M. 473, 202). Puede verse un desarrollo posterior de la doctrina en Corte de Santiago, 21.11.2003, GJ 281, 122. En un fallo reciente se ha considerado que la destrucción de cierta plantación por parte del Servicio Agrícola y Ganadero para controlar una plaga no da derecho a reparación porque tales consecuencias negativas al patrimonio de la demandante habrían consistido en la necesaria carga y gravamen impuesto por un ordenamiento especial dado al sector agrícola, conforme a las reglas que regulan tal especial actividad (Corte de Santiago, 3.5.2004, GJ 287, 62).

¹⁰² Sobre la cercanía y necesaria distinción entre las instituciones de la expropiación, delimitación de derechos y responsabilidad patrimonial de la administración, Mir 2002 71.



Sin perjuicio de esas reglas específicas, la responsabilidad por resoluciones judiciales erróneas y por actos legislativos tiene por fundamento sustantivo las garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución, cuya función histórica y política fundamental es precisamente establecer un límite jurídico eficaz a la actuación legítima del Estado.

a. *Responsabilidad por actos legislativos*

360. Responsabilidad por actos legislativos. a) Bajo el principio de la soberanía política del legislador, resulta inimaginable la responsabilidad del Estado por actos de legislación. Sin embargo, ese principio está en colisión con el de la supremacía del derecho, característico del constitucionalismo y del estado de derecho. La propia Constitución se encarga de establecer los procedimientos para velar por la supremacía de sus preceptos, por medio del control preventivo de carácter general, que se aplica antes de la entrada en vigencia de la ley (artículo 93 N° 3), y del control correctivo de carácter particular, por medio del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 93 N° 6), ambos a cargo del Tribunal Constitucional.

Los límites que el derecho impone al legislador están garantizados por estos instrumentos procesales, cuya finalidad es impedir que entre en vigencia o sea aplicada a un caso concreto una ley que vulnere derechos garantidos por la Constitución. Fuera de este ámbito de correctivos para las leyes inconstitucionales, la cuestión de la responsabilidad del Estado se presenta en extremo imprecisa. Muchas razones explican que el derecho comparado se muestre muy tímido en reconocer responsabilidad por decisiones legislativas que no adolecen de inconstitucionalidad, pero la más importante parece ser que los efectos de una ley inconstitucional pueden ser enervados precisamente mediante las acciones que persiguen su ineficacia.¹⁰³

b) En principio, nada obsta para que la obligación reparatoria que pesa sobre el Estado administrador por la imposición de cargas graves y especiales (por lícitas que sean desde el punto de vista de la eficacia normativa de

¹⁰³ La jurisprudencia francesa es sumamente restrictiva en materia de responsabilidad por actos legislativos; son muy escasas las sentencias que han concedido una indemnización a las víctimas del 'hecho de las leyes' o de convenciones internacionales. Chapus 1998 1267 es expresivo al señalar que esta especie de responsabilidad es "un producto de lujo: algo que no se usa todos los días". Algo semejante ocurre en el derecho español, donde se exige que la propia ley acuerde la indemnización, de modo que a falta de norma en ese sentido sólo proceden las acciones que se derivan de las normas constitucionales y legales sobre expropiaciones (García de Enterría/Fernández 2002 II 390). En el derecho alemán e italiano, la construcción de la responsabilidad del Estado a partir de las normas del derecho civil cierra el camino para una responsabilidad por actos del legislador (sin perjuicio de la amplia facultad de impugnar su eficacia si contravienen derechos constitucionales). Una reseña comparada en Guichot 2001 133.



la disposición), se extienda en casos excepcionales a la ley.¹⁰⁴ Aunque no existe jurisprudencia más concreta en la materia, tempranamente bajo la vigencia de la Constitución de 1980 se declaró que el sistema de responsabilidad del Estado hacía reparables los daños que se siguieran de atentados del legislador en contra de garantías constitucionales.¹⁰⁵

Si lo que se reclama es el efecto dañino de una ley que afecta un derecho constitucionalmente protegido, pareciera que los caminos más transitables son los que parten con las acciones de impugnación de eficacia antes referidas y, si se trata de una intervención que produce efectos expropiatorios, la aplicación de las normas especiales sobre esta materia (Constitución artículo 19 N° 24 III; DL 2186/1978, sobre procedimiento de expropiaciones);¹⁰⁶ sólo una vez declarada la inconstitucionalidad, queda el camino abierto para reclamar la reparación de los perjuicios sufridos durante su vigencia.

c) Tampoco parece tener lugar en el derecho chileno el reconocimiento de una acción contra el Estado cuando el legislador actúa de un modo que afecta la confianza de personas privadas que tienen la expectativa de que el marco legal de su actividad permanecerá constante por algún tiempo. No es posible que el legislador asuma un compromiso, siquiera implí-

¹⁰⁴ En el derecho francés el caso más representativo de la responsabilidad del legislador tiene su origen en una ley de 1934 que, para proteger la industria lechera, prohibió todos los productos susceptibles de reemplazar la crema natural, que tuvo por efecto impedir el funcionamiento de una empresa que tenía el giro que la ley había limitado. El Consejo de Estado estimó que “ni la ley, ni los trabajos preparatorios, ni el conjunto de circunstancias del asunto permiten pensar que el legislador ha pretendido hacer soportar al interesado una carga que normalmente no le incumbe; esta carga, creada en interés general, debe ser soportada por la colectividad” (caso *La Fleurette*, 14.1.1938, *Grands arrêts administratifs* 1999 325). Sobre la base de esta jurisprudencia, se hace responsable al Estado, además, por los perjuicios provocados por la aplicación de convenciones internacionales. Respecto del derecho español, García de Enterría 1996 131.

¹⁰⁵ Así lo ha señalado la Corte Suprema, aunque sólo circunstancialmente: “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” (CS, 7.8.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 5ª, 181).

¹⁰⁶ Distinto ha sido el caso del derecho comunitario europeo, en la medida que impone a los ordenamientos nacionales ciertos estándares mínimos, aunque no una homogenización (Guichot 2001 677). De especial importancia resultó el precedente establecido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 19.11.1991, en el caso *Francovich* (*Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes* 1991 I-5357), donde se falló que las directivas comunitarias no eran directamente aplicables, sino que exigían su transposición al derecho nacional, pero que la omisión de un Estado miembro de efectuar esa incorporación daba lugar a responsabilidad patrimonial (Guichot 2001 458). En este caso, la responsabilidad del Estado por omisiones legislativas proviene de un ordenamiento supranacional con jurisdicción autónoma, pero sienta un precedente cuya aplicación quedará confiada a los tribunales nacionales.



cito, de que mantendrá el orden legal vigente.¹⁰⁷ Sin perjuicio de los instrumentos para comprometer contractualmente la responsabilidad del Estado por cambios legislativos (contratos leyes),¹⁰⁸ la regla general es que el Estado no responde por cambios legislativos, en la medida que actúe dentro del marco de protección de los derechos patrimoniales del artículo 19 N° 24 de la Constitución.¹⁰⁹

b. *Responsabilidad por actuaciones judiciales*

361. Responsabilidad por actuaciones materiales e ilícitos funcionarios.

a) La responsabilidad por actuaciones judiciales se puede plantear en diversas hipótesis. Se puede sufrir daño por actuaciones materiales realizadas con ocasión de un proceso o de una investigación, por delitos funcionarios y por error judicial.

b) La responsabilidad por *actuaciones materiales* de la policía, del ministerio público¹¹⁰ o de otros órganos que participan en la investigación criminal o con competencias en materias de seguridad ciudadana se rige por las reglas generales de la falta de servicio, con debida consideración de los usos y exigencias de cuidado que rigen las respectivas actividades (policía, gendarmería, servicios de protección de menores y cualesquiera otros cuya actividad se relacione con la jurisdiccional).

c) Si los jueces incurrir en *delitos funcionarios*, son personalmente responsables de los daños que se provoquen a terceros. La responsabilidad es por el hecho personal y se rige por las reglas generales. Sin perjuicio de ello, habrá acción contra el Estado en la medida que la actuación ilícita se realice en ejercicio de las funciones judiciales, en virtud del principio de la responsabilidad directa y personal, analizado a propósito de la responsabilidad de la Administración (*supra* N° 338), y que debe entenderse expansivamente aplicable en este caso. Es lo que ocurriría, por ejemplo, si un funcionario judicial se apropia de dineros consignados o si un juez incurrir en el delito de prevaricación.¹¹¹ El principio en juego es que aun el juez corrupto actúa en ejercicio de una función pública, que compromete al Estado en cuya agencia interviene.

¹⁰⁷ Una reticencia análoga se encuentra en la jurisprudencia francesa, que antes de recurrir a la idea de una protección de la confianza prefiere los mecanismos tradicionales de la responsabilidad del Estado; sobre la materia, Calmes 2001 615.

¹⁰⁸ Sobre la intangibilidad del contrato ley por actos legislativos posteriores en la doctrina y jurisprudencia chilenas, López 1998 208.

¹⁰⁹ El instituto tiene su antecedente en la legislación española (Busto en Reglero 2002 a 1503; críticos, creo que con razón, García de Enterría/Fernández 2002 II 391).

¹¹⁰ El artículo 5 I de la ley N° 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, dispone expresamente que "el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público".

¹¹¹ García de Enterría/Fernández 2002 II 394.



362. Responsabilidad por error judicial en materias civiles. a) Mayores dificultades plantea la responsabilidad por simple *error judicial*. En materia criminal, existe norma expresa, según se verá en el párrafo siguiente. Pero los argumentos para establecer criterios especiales de responsabilidad son análogos en materia civil.

El error de apreciación jurídica no puede ser excluido en juicios civiles. El derecho procesal ha establecido recursos para cautelar la observancia del derecho, pero, en definitiva, incluso la decisión que se adopte en un recurso de casación, aunque establezca una certeza jurídica, puede resultar materialmente discutible desde un punto de vista jurídico. Algo semejante ocurre con la apreciación de la prueba y la determinación de los hechos. En definitiva, el ordenamiento procesal establece un conjunto de garantías y recursos para neutralizar el error (incluso a costa excesiva de la eficacia). Estos resguardos internos permiten que las resoluciones sean revisadas por diversos jueces y no excluyen, en casos extremos, su corrección por vía disciplinaria (recurso de queja). El control que exceda estos límites puede producir por efecto que se deteriore la independencia de los jueces, ante el riesgo de que sus resoluciones generen consecuencias civiles.¹¹²

b) La pregunta por la responsabilidad sólo se puede plantear, en consecuencia, cuando existe un error manifiesto, establecido judicialmente en un juicio posterior, que resulte imputable a la conducta inexcusablemente negligente de los jueces y que no resulte reparable por algún medio jurisdiccional que impugne la resolución lesiva. Ante la dificultad de establecer un criterio de responsabilidad que se condiga con las dificultades que plantea el establecimiento de la verdad y la correcta aplicación del derecho, el derecho comparado es generalmente escéptico acerca del establecimiento de una responsabilidad por mero error judicial. Siguiendo una línea adoptada en la materia por el derecho francés, que resulta consistente con el criterio constitucional respecto del error en materia criminal, podría asumirse que en el derecho chileno la responsabilidad por error judicial en materias civiles exige que se haya incurrido en una grave negligencia o en denegación de justicia.¹¹³

¹¹² Cane 1996 231.

¹¹³ Sobre el derecho francés, Laubadère/Venezia/Gaudemet 1992 874, Chapus 1998 1221, Deguergue 2003 b. El principio de que los jueces no responden (ni la corona por ellos), salvo en el caso de malicia o 'falta de fundamento probable o razonable' es muy fuerte también en el *common law* (Cane 1996 230). En el derecho alemán, el § 839 I y II del BGB incluso exige que se haya incurrido en un delito con ocasión de una resolución, lo que no se extiende a las actuaciones judiciales distintas de las propiamente jurisdiccionales (Palandt/Thomas § 839 66). El derecho español, como es usual en esta materia, amplía la responsabilidad más allá de los cánones usuales en el derecho comparado; la constitución ha establecido una responsabilidad basada genéricamente en el 'error judicial', así como en el 'funcionamiento anormal' de la Administración de justicia (artículo 121); sin embargo, el error judicial debe ser declarado *ex ante* por resolución judicial (García de Enterría/Fernández 2002 II 393, Busto en Reglero 2002 a 1499).



363. Responsabilidad por error judicial en juicios criminales. a) La responsabilidad del Estado por error judicial en materia criminal tiene un reconocimiento expreso en el artículo 19 N° 7 letra i de la Constitución:¹¹⁴ “Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por 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”.¹¹⁵

b) La norma constitucional contiene dos requisitos sustantivos para la procedencia de la acción: que se haya dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria en el proceso criminal y que el actor haya sido sometido a proceso o condenado erróneamente.

El requisito de procedencia de que las resoluciones que provocaron el daño invocado hayan sido ‘injustificadamente erróneas o arbitrarias’ debe ser declarado en procedimiento previo por la Corte Suprema. La jurisprudencia ha sido extremadamente exigente para dar por establecidos los supuestos de esta responsabilidad, requiriendo, en la práctica, que se haya incurrido en culpa grave.¹¹⁶ En cierto modo, estas exigencias resultan ex-

¹¹⁴ Rige la materia, además, un auto acordado de la Corte Suprema de 10.4.1996. La norma constitucional vigente tiene su antecedente en el artículo 20 de la Constitución de 1925, que disponía: “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 injustamente”. Esa disposición nunca recibió aplicación, por no haberse dictado la ley que regulara las condiciones de ejercicio de la acción de responsabilidad.

¹¹⁵ Es discutible el destino que tendrá esta regla a la luz del nuevo Código Procesal Penal, que reduce sustancialmente la procedencia de las medidas preventivas de privación de libertad. En todo caso, las condiciones de responsabilidad pueden extenderse como principio general del derecho procesal penal, como se sugiere en esta sección.

¹¹⁶ Las expresiones que emplea la Corte Suprema para calificar una resolución como injustificadamente errónea o arbitraria son bastante elocuentes: i) “*error inexplicable*” (CS, 10.1.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 11; CS, 11.8.1989, GJ 110, 54; CS, 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 20; CS, 7.5.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 146; CS, 2.7.1993, GJ 157, 111; CS, 27.6.1996, GJ 192, 95); ii) “*resolución desprovista de toda medida que la hiciera comprensible*” (CS, 20.6.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 5ª, 55); iii) resolución “*falta de toda racionalidad*” (CS, 31.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 93; CS, 11.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 231; CS, 22.1.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 5ª, 9); iv) “*sin explicación lógica*” (CS, 11.8.1989, GJ 110, 59); v) “*error grave, exento de justificación (...) sin fundamento racional, inexplicable*” (CS, 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 20; CS, 7.5.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 146; CS, 17.11.1999, GJ 233, 77, publicada también en F. del M. 492, 2544); vi) error “*craso y manifiesto, que no tenga justificación desde un punto de vista intelectual en un motivo plausible*” (CS, 17.7.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5ª, 164; CS, 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5ª, 272, publicada también en GJ 198, 109; CS, 28.8.1998, F. del M. 477, 1504); vii) resolución adoptada “*insensatamente*” (CS, 17.11.1999, GJ 233, 77, publicada también en F. del M. 492, 2544; CS, 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 193, publicada también en GJ 234, 119; CS, 15.12.1999, GJ 234, 123; CS, 5.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 134, publicada también en GJ 240, 164; CS, 9.8.2000, GJ 242, 150; CS, 23.9.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172, publicada tam-



plicables. Censurar excesivamente la conducta de los jueces del crimen importaría eventualmente un debilitamiento de la justicia, porque algún margen de error en la conducción de los procesos criminales es inevitable. El establecimiento de condiciones demasiado ligeras a la responsabilidad, aunque ella no afecte personalmente a los jueces, tiene por efecto necesario que éstos enfrenten los casos de una manera excesivamente defensiva, lo que puede afectar negativamente la administración de justicia.¹¹⁷

En contraste, es significativa la lesión a bienes morales y patrimoniales que puede sufrir una persona por un erróneo sometimiento a juicio o por una injusta condena criminal, de modo que resulta aconsejable cautela, evitando ser inusualmente exigente en el manejo de una regla de responsabilidad patrimonial del Estado, como es la del artículo 19 N° 7 letra i de la Constitución.

Con este fin, resulta conveniente volver sobre las características y fines de la responsabilidad patrimonial. En efecto, de la circunstancia que la Constitución establezca la responsabilidad bajo la condición de que la decisión haya sido 'injustificadamente errónea o arbitraria', no se sigue necesariamente que ello exija juzgar el comportamiento ministerial de los jueces, porque de acuerdo con los principios de la responsabilidad extracontractual, la comprobación del ilícito civil o de la falta de servicio exige juzgar objetivamente los hechos, sin que ello necesariamente suponga un juicio personal de reproche.¹¹⁸

bién en GJ 250, 167; CS, 23.4.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172; CS, 25.4.2001, GJ 250, 164); y *viii*) más aún, cuando estas sentencias aluden al "capricho" judicial, sugiriendo incluso un comportamiento cercano al dolo (CS, 31.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 93; CS, 11.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 231; CS, 20.6.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 5ª, 55; CS, 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 20; CS, 27.6.1996, GJ 192, 95; CS, 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5ª, 272, publicada también en GJ 198, 109; CS, 17.11.1999, GJ 233, 77, publicada también en F. del M. 492, 2544; CS, 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 193, publicada también en GJ 234, 119; CS, 5.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 134, publicada también en GJ 240, 164; CS, 9.8.2000, GJ 242, 150; CS, 23.9.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172, publicada también en GJ 250, 167; CS, 23.4.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172; CS, 25.4.2001, GJ 250, 164).

¹¹⁷ Cane 1996 231.

¹¹⁸ La tendencia jurisprudencial, incluso en los casos en que se ha dado lugar a la reparación por procesamiento o condena criminal errónea, es a valorar la conducta de los jueces a tales efectos. En un considerando de estilo se alude a una "infracción de los deberes esenciales de un Tribunal"; tal infracción se ha estimado existir cuando "se ha atribuido erróneamente carácter típico a hechos que sólo aparecen reprochables desde el punto de vista administrativo o funcionario" (CS, 25.7.1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 5ª, 85, publicada también en GJ 109, 49); o cuando se ha omitido comprobar previamente la existencia de la simple materialidad de los elementos que configuran el hecho delictuoso (CS, 5.12.1990, RDJ, t. LXXXVII, sec. 5ª, 184), por ejemplo, en caso de haberse sometido a proceso a alguien por el delito de giro fraudulento de cheque, sin analizar el juez que el documento había sido presentado a cobro transcurridos los plazos legales (CS, 14.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 254); un caso análogo en CS, 17.11.1999, GJ 233, 77.



Por otro lado, la norma no tiene una función represiva respecto del juez, sino de justicia correctiva. En consecuencia, no es la conducta de los jueces la materia que se juzga, sino si objetivamente ha habido un sometimiento a juicio o una condena objetivamente errónea o arbitraria. En tal sentido, resulta de toda evidencia diferente la causa que fue sobreseída por falta de pruebas suficientes, aunque haya habido indicios de culpabilidad, de aquella en que se demostró que el procesado o condenado no tenía relación alguna con los hechos, y que por un error demostrablemente injustificado sufrió la persecución criminal.¹¹⁹ En otras palabras, la calificación de la resolución como injustificadamente errónea o arbitraria debe entenderse compatible con un error judicial, que no sólo puede deberse a negligencia en el cumplimiento del deber, sino también a circunstancias del todo excusables desde el punto de vista subjetivo, atendidos los antecedentes disponibles y las circunstancias en que los jueces hubieron de adoptar las respectivas decisiones.¹²⁰ En el fondo, la responsabilidad por error en el procesamiento o condena criminal errónea es la cara más extrema de las cargas públicas desiguales, de modo que no parece apropiado resolver la materia teniendo sólo en cuenta si ha habido una grave negligencia judicial.¹²¹

§ 42. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

a. Acciones de repetición y de responsabilidad contra el funcionario

364. Planteamiento. Se ha visto que la responsabilidad de la Administración es personal y directa, bastando que se muestre que el servicio no responde objetivamente al estándar debido, sin que sea necesario identificar al funcionario que pueda haber incurrido en una culpa personal. Mayores dificultades se plantean si el funcionario no ha actuado en el *ejercicio* de su función pública, sino en alguna relación más remo-

¹¹⁹ Para esta distinción, García de Enterría/Fernández 2002 II 394.

¹²⁰ Esta idea ya aparece en la ley francesa de 1895, que otorga indemnización a los condenados cuyo fallo es objeto de revisión (Chapus 1998 1220). La jurisprudencia nacional, por el contrario, parece reticente, atendida la interpretación restrictiva del artículo 19 N° 7 letra i de la Constitución. Así, por ejemplo, Corte de Santiago, 2.6.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 5ª, 111; en sentido diverso, CS, 6.11.1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ª, 326, que concede derecho a la reparación de los perjuicios morales derivados, entre otros, de una larga prisión que el demandante debió soportar, con fundamento en antecedentes infundados, habiéndose acreditado una campaña de desprestigio en su contra por agentes del gobierno; este fallo no invoca, sin embargo, disposición constitucional alguna.

¹²¹ Esta idea fue propuesta por Carlos Carmona en la disertación de 2.7.1998, en el marco del concurso para profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile; véase también Carmona 2004. En el derecho internacional de los derechos de las personas se constata una evolución hacia un entendimiento del error judicial como una cuestión de hecho, ante la evidente inocencia del imputado, cualquiera sea la causa por la que haya llegado a ocurrir (C. Medina 2003 354).



ta con ella, en cuyo caso su acto es imputado a la Administración a condición de que entre el hecho y la calidad funcionaria exista una *relación significativa* (*supra* N° 339). A falta de esta relación debe entenderse que se trata de un hecho personal del funcionario, sujeto a las reglas generales de la responsabilidad civil, que no compromete la responsabilidad del Estado.

En consecuencia, podrá haber acción directa de la víctima contra el Fisco, la municipalidad respectiva o el otro órgano de la Administración del Estado con personalidad patrimonial independiente, o sólo una acción contra el funcionario que ha actuado personalmente. La pregunta que aquí se plantea se refiere a la primera de esas hipótesis y analiza las condiciones para que el Estado ejerza una acción restitutoria contra el funcionario cuyo hecho ha provocado la responsabilidad (directa) del Estado frente a la víctima.¹²²

365. Acción contra el funcionario en la ley chilena. a) Tanto la Ley de bases (artículo 42 II) como la Ley de municipalidades (artículo 141 II), luego de establecer la responsabilidad directa del órgano estatal respectivo, otorgan el “derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.¹²³

b) En atención a que la regla concede una acción *restitutoria* en contra del funcionario que ha incurrido en culpa, se supone que el órgano respectivo de la Administración del Estado ya ha incurrido en responsabilidad frente al administrado.

Esta responsabilidad puede constar en una sentencia definitiva o en una transacción. En el primer caso, el órgano del Estado demandado debiera estar en situación de llevar al mismo juicio que se sigue en su contra al funcionario que se tiene por responsable, en la medida que tanto la acción contra el órgano estatal como la de éste en contra del funcionario emanan directa e inmediatamente del mismo hecho (Código de Procedimiento Civil, artículo 18), de modo que el juez esté en situación de declarar la culpa del funcionario en la misma sentencia que condene a la municipalidad, al

¹²² En la medida que se atiende a la relación entre la acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado y la acción contra el funcionario, no son tratadas las relaciones de responsabilidad propiamente administrativa (disciplinaria) que el funcionario puede tener, según normas generales del derecho administrativo. En ese contexto más amplio, Pierry 1995 b *passim*.

¹²³ La ley N° 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, dispone que la responsabilidad del Estado por las actuaciones del Ministerio Público “no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra” (artículo 5 III). Igualmente, la Ley de garantías de salud establece que los órganos del Estado que hayan sido condenados judicialmente “tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones”, señalando además un plazo de prescripción especial de dos años desde la condena judicial para la acción de repetición (artículo 38 III).



Fisco o a otro órgano de la Administración del Estado.¹²⁴ En el caso de una transacción, la falta o culpa del funcionario tendrá que ser declarada en el juicio especial que se siga en contra de este último.

c) La acción contra el funcionario tiene por antecedente su 'falta personal'. En verdad, el concepto es un galicismo, de modo que la referencia debe entenderse hecha a la culpa personal del funcionario. La determinación de la culpa está sujeta a condiciones análogas a las referidas respecto de la culpa del dependiente en la responsabilidad del empresario privado, porque en uno y otro caso se imputa haber faltado a los deberes de cuidado en el cumplimiento de la tarea o función encomendada (*supra* N° 125). La diferencia existente entre la culpa del dependiente civil y la del funcionario sólo reside en la naturaleza de sus respectivas funciones: mientras en la culpa civil la falta de cuidado se inserta en la organización de una empresa, en el caso del funcionario el deber infringido se refiere a su función pública.

Por regla general, sin embargo, la falta de servicio no está asociada a la falta o culpa de un funcionario específico, en la medida que aquélla puede ser construida con independencia de un ilícito individualizado.

d) La responsabilidad del funcionario no es solidaria con la del órgano de la Administración del Estado. Se trata de una acción restitutoria o de reembolso, que tiene por antecedente que este último haya cumplido su obligación personal y directa de indemnizar al administrado por la falta de servicio que resulta de la culpa del funcionario.¹²⁵

La determinación de esta falta o culpa debe efectuarse en juicio ordinario. La resolución administrativa que se dicte en el sumario que se siga al funcionario no obliga a los jueces, pero pareciera que carece de fundamento razonable la acción si en el sumario respectivo se ha concluido que el funcionario no incurrió en culpa.¹²⁶

e) Es conveniente tener presente la diferencia entre los conceptos de 'falta de servicio', que califica la responsabilidad de la Administración, y 'falta personal', que califica la responsabilidad del funcionario. La falta de servicio se construye sobre la base del deber que tiene la municipalidad u otro órgano de la Administración del Estado. Por lo mismo, puede darse

¹²⁴ Más genéricamente, Pierry 1995 b 354 propone "la absoluta necesidad que el juez de la causa en su sentencia definitiva emita un pronunciamiento sobre la naturaleza de la falta", porque de lo contrario incurriría en contravención del artículo 42 de la Ley de bases; a ese efecto, expresa que el juez debe poner al funcionario en conocimiento de la demanda para que pueda hacerse parte en el juicio (ídem 360). Pareciera que el camino más apropiado para asegurarse de que la sentencia sea oponible al funcionario consiste en que el Estado demande en el mismo juicio al funcionario, para que sea obligado a la restitución en el evento en que sea condenado.

¹²⁵ Pierry 1995 b 356; CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68. Es así como la jurisprudencia ha considerado que la obligación del Fisco de indemnizar los daños no es solidaria, sino directa (Corte de Antofagasta, 6.6.1998, GJ 216, 85; CS, 27.4.1999, GJ 226, 56, publicado también en F. del M. 485, 276).

¹²⁶ Pierry 1995 b 353.



por configurada sin que se acredite falta alguna de un funcionario en particular; incluso puede ocurrir que la falta de servicio responda a una culpa en la organización, que no resulta atribuible jurídicamente a nadie en particular.

Por el contrario, la falta del funcionario exige un juicio de valor acerca de su conducta individual; aunque la culpa sea determinada en abstracto, según el modelo del 'funcionario prudente y diligente', es necesario acreditar los hechos concretos que permiten probar esa negligencia. Y suele ocurrir que errores o incluso alguna infracción a una regla administrativa resulten excusables, atendidas las circunstancias. En el derecho comparado se tiende a mirar con reserva este juicio de negligencia del funcionario, porque amenaza provocar la pasividad y formalismo de la Administración, y no existe relación entre la remuneración que reciben los funcionarios y los riesgos personales que envuelve esta responsabilidad. Todo ello lleva a asumir que el funcionario sólo responde frente a la respectiva Administración Pública si ha actuado con malicia o grave negligencia.¹²⁷

366. Acción de la víctima en contra del funcionario. a) La Constitución (artículo 38 II) y la Ley de bases (artículo 4) establecen que la responsabilidad del Estado es exigible "sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

b) Por lo general, la responsabilidad por falta de servicio es abstracta, de modo que la determinación del hecho que da lugar a la responsabilidad es independiente de cualquier hecho personal de uno o más funcionarios. En definitiva, la prueba se reduce a mostrar cuál es el servicio que se podía esperar de la Administración, atendidas las circunstancias. En consecuencia, el tercero que ha sufrido el daño no tiene incentivo alguno para dirigirse contra el funcionario. No sólo porque es preferible accionar contra el Fisco o la municipalidad en vez de hacerlo contra una persona presumiblemente insolvente, sino, además, porque la constitución del hecho que da lugar a la responsabilidad y la prueba de la falta (culpa) del funcionario es más dificultosa que la de la falta de servicio.

Excepcionalmente, habrá interés en dirigirse contra el funcionario si no ha incurrido en un ilícito *en ejercicio* de las funciones públicas (caso en que inequívocamente el Estado responde), sino simplemente *con ocasión* de esas funciones, en cuyo caso el juez podrá estimar que el hecho es personal del

¹²⁷ Chapus 1998 1272. En opinión de la doctrina francesa, existiría un vínculo funcional que hace al Estado responsable de la actuación de sus agentes en el ejercicio de sus misiones de servicio público, como si se tratase de hechos propios, careciendo, por lo general, de una acción de repetición contra el funcionario (Paillet 1980 254). La materia presenta características análogas en el caso de la responsabilidad civil del empresario (*supra* N° 125). En el derecho español, la acción restitutoria tiene por requisito que el funcionario haya actuado con dolo o culpa grave (Busto en Reglero 2002 a 1488). Una regla análoga se sigue en normas especiales del derecho chileno, que pueden ser objeto de una interpretación analógica; así la ley N° 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, artículo 5 III y la Ley de garantías de salud, artículo 38 III.



funcionario y no da lugar a responsabilidad de la Administración. En este caso, la víctima tendrá interés en demandar subsidiariamente al funcionario, previendo precisamente que no se dé lugar a la acción contra el órgano estatal (Código de Procedimiento Civil, artículos 17 II y 18).

b. *Responsabilidad de la Administración por delegación en la ejecución de un servicio*

367. Principio. En la medida que el deber de servicio público resulte de la ley, el órgano respectivo de la Administración del Estado asume el rol de garante de su correcta provisión a los administrados, cualquiera sea la forma técnica que adopte su prestación. Ello es resultado del principio de responsabilidad del Estado por el ejercicio de su función pública, que se deriva de los artículos 38 II de la Constitución y 4° de la Ley de bases. Todo indica, en consecuencia, que el Estado conserva una responsabilidad personal si ha delegado en particulares la provisión de servicios que por ley le corresponde desarrollar a la Administración.¹²⁸

368. Responsabilidad por el hecho de contratistas y concesionarios. a) Leyes especiales pueden establecer reglas en materia de responsabilidad. Es el propósito inequívoco de la Ley de concesiones (cuyo texto refundido consta en DS 900/1996), que hace residir en el concesionario las responsabilidades que naturalmente corresponden al Estado de conformidad con las reglas generales que han sido analizadas en este capítulo (artículos 22, 23, 24 y 35).

b) Aquí sólo corresponde analizar los efectos que pueden tener reglas de ese tipo en la responsabilidad del órgano público. Todo indica que el desplazamiento de la tarea pública a un concesionario significa que éste también debe asumir la responsabilidad que se sigue de las funciones que le son delegadas. Que el sujeto finalmente responsable sea ese concesionario, sobre la base de una norma legal explícita, es consistente con el régimen general de concesiones. El concesionario responde en tales casos como sujeto privado que ha asumido delegadamente una función pública. En consecuencia, la construcción del antecedente de la responsabilidad debe estar sujeta a idénticas condiciones de hecho y de derecho que en el caso de la responsabilidad directa del Estado.¹²⁹ En otras palabras, para que haya lugar a la responsabilidad es necesario que el demandante acredite la comisión de una falta de servicio, del mismo modo que si la Administración estuviese actuando directamente.

¹²⁸ Así, en el derecho francés la jurisprudencia ha estimado que la responsabilidad del Estado en estos casos es subsidiaria y rige, esencialmente, cuando el concesionario de una obra o servicio es insolvente (Chapus 1998 1179).

¹²⁹ Viñuela en Baraona 2003 b 131, quien incurre, sin embargo, en el error que se remonta a E. Soto, de identificar la responsabilidad civil con la responsabilidad 'subjética' (*supra* N° 334).



c) Sin embargo, todo indica que el Estado permanece como garante de la prestación del servicio de conformidad con el estándar exigible. Así, en el caso de las concesiones camineras, las normas de la ley especial no tienen el efecto de enervar esa responsabilidad general. En consecuencia, aunque el concesionario asuma una responsabilidad legal, debe entenderse que el Estado conserva una responsabilidad al menos como garante de que el servicio público haya sido correctamente prestado, lo que adquirirá especial importancia en caso de insolvencia del concesionario (sobre la responsabilidad del Estado y de los concesionarios de obras públicas por accidentes viales, *infra* N^{os} 541 y siguiente).¹³⁰

c. Aspectos probatorios

369. Principio en materia de carga de la prueba. Como se indicó, para acreditar la falta de servicio se requiere, por regla general, que se compare el servicio efectivamente prestado con el que se tenía derecho a esperar de la Administración, lo cual supone que el demandante pruebe los hechos que muestran esa falta de servicio.¹³¹ La circunstancia de que no haya que probar la negligencia en particular de un funcionario no altera el principio probatorio de que el demandante debe probar los hechos que sirven de antecedente a la obligación. Precisamente, de esa prueba resultarán los elementos para que el juez determine el estándar de servicio debido y compruebe si fue observado en la situación.

La prueba de la falta de servicio supone que el daño sea atribuible a un *funcionamiento anormal* del servicio. Esta anormalidad se muestra en que el servicio no funcionó cuando debió funcionar o funcionó sin cumplir con el estándar de servicio exigible a ese particular servicio público, atendidas las circunstancias.¹³² En otras palabras, la construcción jurídica

¹³⁰ Así también Viñuela en Baraona 2003 b 135, quien estima que existe una responsabilidad directa y personal del Estado, invocando que las normas constitucionales y de la Ley de bases se imponen al legislador común.

¹³¹ CS, 19.7.1995, RDJ, t. XCII, sec. 1^a, 53, donde se da por acreditado el incumplimiento de obligaciones y omisiones diversas en materia de permisos de construcción, inspección y recepción de obras.

¹³² García de Enterría/Fernández 2002 II 400. En Chile se ha fallado que si las condiciones de funcionamiento en que se encuentra una piscina pública se enmarcan en un estado de *normalidad*, no puede imputarse una *falta de servicio* a la municipalidad que la administra (Corte de Santiago, 1.4.1999, GJ 226, 84). En el derecho español, sin embargo, la legislación (Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, artículo 139) establece la responsabilidad tanto por el funcionamiento normal como por el anormal de los servicios. Sobre la analogía entre los conceptos de falta de servicio y de funcionamiento anormal del servicio, F. Garrido 1991 2827; sin embargo, el concepto de anormalidad presenta la dificultad de que puede ser entendido como una referencia al resultado dañoso, que puede llevar por caminos diferentes que la calificación de una falta en el servicio.



de una falta de servicio incluye aspectos normativos (el servicio debido) y de hecho (los antecedentes que permiten establecer el estándar de servicio debido y su infracción en concreto).

370. Falta de servicio presumida. La jurisprudencia nacional también suele presumir la falta de servicio en consideración al resultado de la actuación administrativa, de modo que del defecto se infiere la falta.¹³³ En tales casos, como ocurre con las presunciones de culpa por el hecho propio en materia civil, a partir del resultado se construye inductivamente la infracción al estándar de conducta que la Administración debió observar. Sin necesidad de invocar la existencia de obligaciones de resultado a cargo de la Administración,¹³⁴ la responsabilidad del Estado puede ser construida en estos casos de acuerdo con la técnica de las *presunciones de falta de servicio*, cuando según la experiencia ordinaria deba asumirse que el accidente se debe con alta probabilidad a un servicio de mala calidad del órgano público demandado. Bajo estas condiciones se produce la inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima.¹³⁵

La lógica de las presunciones de falta de servicio es la misma que aquella que opera en la presunción de culpa por el hecho propio en el derecho privado. De hecho, las hipótesis del artículo 2329 del Código Civil son típicamente aplicables a la función pública (disparar imprudentemente un arma de fuego; remoción de las losas de una acequia o camino, poniendo en riesgo a los que la transitan; mantener un acueducto o puente en condiciones de provocar un daño). Por otra parte, la responsabilidad fiscal o municipal por accidentes provocados por el mal estado de las vías

¹³³ Así, por ejemplo, Corte de Concepción, 31.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 59, donde la falta de servicio se entiende acreditada por la circunstancia de que la muerte de la víctima haya sido provocada por la caída de un mástil instalado en una plaza pública, de donde se colige la falta de servicio municipal; Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por la CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 132, donde se afirma que “el usuario debe limitarse a señalar que ha existido una falta de mantenimiento normal, debiendo la administración probar el haber realizado este mantenimiento”; CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 87, donde la falta de servicio es inferida de la circunstancia “de haber quedado la casa de la demandante, a consecuencia de la pavimentación de la calle, en la situación de anegarse por el derrame de aguas lluvias”, lo que permite asumir el incumplimiento de los estándares mínimos de rigurosidad en el diseño o ejecución de las obras.

¹³⁴ Sobre esta clase de obligaciones en materia administrativa y su incidencia en el régimen probatorio, Paillet 1980 340; la extensión de la idea de deberes de resultado a la responsabilidad extracontractual es discutible en atención a su filiación claramente contractual; además, resulta innecesario, en atención a la posibilidad de construir presunciones de culpa o de falta de servicio por el hecho propio.

¹³⁵ El caso más frecuente de *falta de servicio presunta* corresponde a la ‘falta de conservación normal’ de una obra pública por los daños causados a sus usuarios. Pero es materia de responsabilidad hospitalaria pública donde se han desarrollado hipótesis más interesantes: se presume la falta de servicio si un paciente, a consecuencia de una intervención benigna o de curaciones corrientes, resulta afectado por graves secuelas que *prima facie* no pueden ser conducidas a esa intervención; sobre la materia, G. García 1996 379 y Moreau 2002.



o por defectos de señalización corresponde típicamente a un régimen de *falta de servicio presunta*, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 174 V de la Ley del tránsito.¹³⁶ La presunción puede desvirtuarse mostrando que el servicio observó el estándar debido.

d. *Extinción de la acción*

371. Prescripción de la acción. a) Se ha sostenido que las acciones en contra del Estado no estarían sujetas a prescripción, en virtud del principio de que en el derecho público el tiempo no sanearía las situaciones jurídicas, porque ello entraría en contradicción con el imperativo de supremacía de la Constitución y la ley. No corresponde analizar aquí los efectos que puede tener esta doctrina en materia de nulidad de actos administrativos, aunque todo indica que la ilegalidad, así como la inconstitucionalidad, no puede sanearse por el transcurso del tiempo. En efecto, en cualquier momento habrá la posibilidad de hacer valer la norma superior, en virtud del principio de jerarquía normativa que rige las relaciones de validez al interior del ordenamiento jurídico; ello debe entenderse sin perjuicio de los derechos que se puedan tener por adquiridos por los administrados, o sus sucesores o cesionarios, de acuerdo con las reglas generales del derecho civil o administrativo.

b) Distinto es el caso de las acciones patrimoniales que los particulares tengan en contra del Estado, porque las razones de derecho público invocadas a propósito de la validez no tienen cabida en este orden de materias, donde no puede mantenerse indefinidamente una situación de inseguridad en las relaciones patrimoniales del Estado.¹³⁷ A falta de normas espe-

¹³⁶ Es la opinión de Pierry 1984. La jurisprudencia, sin embargo, ha eludido declarar que se trata de una presunción de *falta de servicio*, prefiriendo recurrir a la presunción general de culpa consagrada en el artículo 2329 del Código Civil, que se entiende aplicable supletoriamente en la materia (Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ t. XCIX, sec. 5^a, 104); véase *infra* § 52 d.

¹³⁷ Se puede argumentar que la responsabilidad patrimonial de la administración por violaciones a los derechos humanos no está sujeta a las mismas reglas (así, R. Jerez, SJ 138, 2003; Corte de Santiago, 18.1.2006, GJ 313, 367; Corte de Santiago, 10.7.2006, GJ 313, 67). Esa posición suele ser erróneamente planteada en el contexto de una doctrina general acerca de la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales en contra del Estado. Mejor parece el argumento de que mientras subsiste el estado de excepción que hace imposible el ejercicio de la acción patrimonial, ninguna prescripción puede correr, pues acción alguna pudo ser interpuesta en razón de las dificultades para dar por establecidos los hechos; distinto es el caso cuando el orden jurídico es plenamente restituido y queda judicialmente acreditada la existencia del ilícito. A este respecto bastaría considerar los avances de la doctrina y la jurisprudencia en materia de prescripción extintiva de la acción de responsabilidad por hechos ilícitos, donde se asume que el plazo de prescripción no comienza a correr mientras la víctima directa o refleja no esté en situación de ejercer la acción indemnizatoria (*infra* § 59 b). Para llegar a esta conclusión, en consecuencia, me parece que no es necesario alegar la imprescriptibilidad de la acción patrimonial, aun en estos casos extremos; sobre la acumulación de beneficios otorgados por ley a víctimas de atentados a los derechos humanos y de acciones indemnizatorias, *infra* N° 697.



ciales sobre prescripción de las acciones patrimoniales en el derecho público chileno, corresponde aplicar las normas del derecho privado, a menos que la ley¹³⁸ o la índole de la materia determinen lo contrario, según el principio de aplicación subsidiaria de las categorías normativas generales de la responsabilidad extracontractual que ha sido antes analizado. A ello se agrega la norma expresa del Código Civil, que dispone que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las municipalidades y de los establecimientos y corporaciones nacionales, entre otros (artículo 2497). En materia de prescripción corresponde aplicar, en consecuencia, la norma del artículo 2332, que establece una prescripción de cuatro años, contados desde la perpetración del hecho. Las calificaciones que plantea esta norma en sede civil (*infra* § 59 b) se extienden a la responsabilidad patrimonial del Estado, en la medida que por su naturaleza resulte procedente.

c) Los principios precedentes, que son de general reconocimiento en el derecho comparado,¹³⁹ han sido acogidos por una jurisprudencia que ha devenido uniforme.¹⁴⁰

¹³⁸ Las reglas especiales existentes en la materia, sin embargo, reiteran la regla del Código Civil, así, el artículo 5 II de la ley N° 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, y el artículo 40 de la Ley de garantías de salud.

¹³⁹ En el derecho español, la ley sobre administraciones públicas establece un plazo de prescripción de un año desde que se haya producido el hecho o el acto que la motive o se manifiesten sus consecuencias lesivas (artículo 142.5); en el derecho francés rige la prescripción cuadrienal aplicable en general a las acciones en contra de la Administración establecida por la ley de 31.12.1968, modificada por decreto de 11.2.1998 (Chapus 1998 439). En los países donde se aplican supletoriamente las normas de la responsabilidad civil, la prescripción está determinada por estas últimas (derecho alemán y *common law*, entre otros).

¹⁴⁰ CS, 7.11.2000, F. del M. 504, 4126; CS, 15.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 95, publicada también en GJ 263, 29, y F. del M. 499, 1146; Corte de Santiago, 30.8.2002, GJ 266, 92; Corte de Santiago, 24.10.2002, GJ 268, 111; Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96; CS, 15.4.2003, GJ 274, 108, publicado también en F. del M. 509, 358; CS, 7.5.2003, RDJ, t. C, sec. 1ª, 45, también publicada en F. del M. 510, 751; Corte de Santiago, 15.5.2003, GJ 275, 101; Corte de Valparaíso, 11.6.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 30.9.2003, GJ 279, 95; CS, 21.1.2004, F. del M. 518, 3712; CS, 21.2.2004, GJ 284, 47; Corte de Santiago, 1.4.2004, GJ 286, 72; CS, 15.4.2004, RDJ, t. C, sec. 5ª, 17, con comentario del profesor E. Soto; CS, 27.4.2004, F. del M. 521, 404; Corte de Santiago, 14.5.2004, GJ 287, 59; CS, 29.9.2004, GJ 291, 80; Corte de Santiago, 16.12.2004, GJ 294, 91; y Corte de Santiago, 21.7.2006, GJ 313, 72. En apoyo de esta tendencia jurisprudencial, R. Domínguez Á. 2004 b 373. Para la jurisprudencia anterior CS, 28.7.1987, F. del M. 344, 355 (caso *Hexagón*); algunos fallos anteriores al año 2002 consideran que la acción de responsabilidad en contra del Fisco es imprescriptible (CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 139; CS, 12.8.1999, F. del M. 489, 1564).

