

II. EL RÉGIMEN CHILENO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: UN RÉGIMEN CONSTITUCIONAL*

SUMARIO: 1. Su fundamentación y su operatividad. 2. Sus características.

1. SU FUNDAMENTACIÓN Y SU OPERATIVIDAD

Uno de los principios fundamentales del derecho público chileno es precisamente el de la “responsabilidad del Estado”, pieza básica del Estado de Derecho que la Constitución de 1980 ha previsto y estructurado en sus preceptos¹.

En efecto, siendo el centro o núcleo fundamental del régimen constitucional chileno *la primacía de la persona humana*, tal como lo establece el artículo 1º de la Constitución², toda la normación de la Carta de 1980, y especialmente su Capítulo “Bases de la Institucionalidad”, está vertebrada sobre esta base o fundamento, y muy en consecuencia con ello es que se establece la servicialidad del Estado, esto es “El Estado está al servicio de la persona humana” (artículo 1º inciso 4º).

Ahora bien, para que el Estado esté realmente, en los hechos, al servicio de la persona humana en su actividad de promoción del bien común de la sociedad política dentro del orden temporal, la Constitución muy sabiamente ha establecido que dicha actividad del Estado –que es su razón de ser, de existir y de obrar– ha de realizarse “con pleno respeto” de los derechos que dicha Carta le reconoce a toda persona, y de las garantías que ella establece para su amparo (artículo 1º inciso 4º frase final).

Confirmando ello, la propia Constitución precisa que el ejercicio del poder público que desarrollen los órganos del Estado tiene como límite “el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, siendo incluso “deber” de dichos órganos “respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (artículo 5º inciso 2º).

Pues bien, para asegurar ese respeto y promoción de los derechos de las personas, la Constitución prescribe, de manera muy explícita y tajante, que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella” (ar-

* *El derecho natural en la realidad social y jurídica* (S. CASTAÑO-E. SOTO KLOSS, editores). Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2005, 455-464.

¹ Sobre los principios fundamentales del derecho público chileno en las Bases de la Institucionalidad vid. *mi Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, t. 2º, 11-13.

² *Sobre la primacía de la persona humana* vid. ob. cit. (nota 1) 13-19; en t. 1º vid. 72-79.

título 6º inciso 1º), vale decir consagra nada menos que la *supremacía de la Constitución*, principio/norma primordial del edificio constitucional, pero añadiendo a fin de hacerlo eficaz en la práctica, que los preceptos de ésta obligan tanto a los titulares como a los integrantes de dichos órganos, estableciéndose así la *obligatoriedad directa* de las normas constitucionales respecto de todo órgano estatal y, por lo tanto, la *operatividad directa* de sus preceptos, sin que sea necesario la mediación ni de ley ni de reglamento para su aplicación (artículo 6º inciso 2º).

De poco serviría todo lo dicho si la propia Constitución no hubiera previsto expresa y muy claramente los efectos de la vulneración de sus preceptos en que incurrieran los órganos del Estado en su actividad cotidiana. Así es como ella prescribe que la *infracción* a sus preceptos “generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley” (artículo 6º inciso 3º), lo que confirma su artículo 7º, al consagrar la regla de oro del derecho público chileno, cuya *contravención* conlleva la nulidad del acto que se pretenda dictar por un órgano del Estado y “originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale” (inciso 3º). Como se advierte, de la lectura de estos incisos terceros aparece clarísimo que la responsabilidad del Estado, que es una responsabilidad de origen o fuente constitucional y plena, está fundamentada en un acto, hecho u omisión *contrarios a Derecho, antijurídicos*, que han vulnerado los derechos de una víctima provocándole un daño, una lesión, un menoscabo, un detrimento, en su “ser” y/o en su “tener, esto es en su esfera corpórea/físico/síquica, y/o en su esfera patrimonial.

Y respecto de los órganos del Estado que llevan a cabo la función administrativa de éste, es decir, respecto de la “Administración del Estado”, la misma Constitución –atendido el hecho de ser esta actividad estatal la que a diario puede afectar los derechos y libertades de las personas, no tanto así la actividad legislativa o la judicial– ha previsto que “Cualquier persona que sea *lesionada* en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño” (artículo 38, inciso 2º).

Como se puede advertir de lo expuesto, la responsabilidad del Estado es *un principio fundamental* de nuestro derecho público, *consagrado expresamente* en la Constitución vigente (artículos 6º inciso 3º, 7º inciso 3º y para la Administración del Estado y sus organismos en su artículo 38 inciso 2º), principio que, por lo demás, ha recibido aplicación frecuente por los tribunales de justicia, existiendo al respecto una jurisprudencia coherente y firme³.

³Vid. v. gr., entre otros, durante los últimos veinte años: *Galletué* (1984), *Hexagón* (1987), *Villegas Lorca* (1993), *Fuentes Lizana* (1996), *Ajá García* (1999), *Llona Pérez* (2000), *Crisóstomo Cáceres* (2000), *Silva Barrueto* (2000), *Rivera Arnedo* (2001), *Baeza Rojas* (2002); también todos los casos judiciales originados a raíz de la aplicación del D.L. N° 77/1973 y su exceso reglamentario (D.S./Interior N° 1.726/1973); vid. últimamente, *Pey Casado* (2002), *Rodríguez Valenzuela* (2000), *Brian de Diego* (2000), *Cantero Prado* (1999), *Sánchez Michea* (1998), etc.

Ha de agregarse que, en concordancia con la Constitución, la Ley N° 18.575 (5.12.1986), Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, reitera –para los órganos de la Administración estatal– que “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado” (artículo 4º), especificando en su Título II, para los órganos a quienes este Título les es aplicable, que dichos órganos son responsables del daño que causen “por falta de servicio”; esto es, por la omisión dañosa en que incurrieren (artículo 44 inciso 1º).

Pudiera, tal vez, algún lector o intérprete de la Constitución muy literalista, sostener que la Constitución al remitirse en sus artículos 6º y 7º, incisos 3º, a la ley (“que determine la ley”, “que la ley señale”), la responsabilidad del Estado sólo sería operante y aplicable en la práctica en la medida que interviniera el legislador regulándola específicamente, pero tal pretensión es inadmisibile –tal como lo ha afirmado la Corte Suprema⁴– por dos órdenes de razones. En efecto, *uno*, por cuanto la *Constitución es directamente obligatoria y aplicable*, conforme lo preceptúa su artículo 6º inciso 2º, según hemos visto; esto es: sus normas operan directamente, y tienen aplicabilidad directa sin intermediación de otra norma, v. gr. ley, ya que suponer que no es así significaría que la Constitución quedaría entregada en su aplicabilidad a la mera voluntad del legislador, perdiendo todo sentido su “supremacía” y tornándose ésta ilusoria y vana; sin perjuicio, además, de que en tal evento los propios derechos de las personas estarían supeditados en su existencia real igualmente a la mera voluntad del legislador, en circunstancias que ellos *son anteriores y superiores al Estado* y, obviamente, a sus órganos. Por último, quedaría inoperante enteramente la “primacía de la persona humana”, que la Constitución ha elevado a principio fundante de toda su estructura, y verdadera alma de todo el ordenamiento fundamental de la República⁵.

Y *dos*, porque la propia Constitución establece disposiciones que hacen plenamente operante el principio fundamental de la responsabilidad del Estado, tales como los artículos 19 N° 24, 19 N° 2º y 19 N° 20.

Dicha *operatividad directa* resulta claramente de esas disposiciones constitucionales. Así, el artículo 19 N° 24 aludido reconoce a toda persona “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales” (inciso 1º) y prescribe que “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”, teniendo el expropiado “siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado” (inciso 3º). Según esta disposición, la privación de lo suyo sólo puede intervenir, conforme a tal precepto, en virtud de expropiación mediando la correspondiente indemnización, esto es en razón del bien común⁶. Pero cualquiera otra causa o razón que no sea ésta, constituye una privación *ilícita* de lo suyo y, por ende, contraria a Derecho, *inconstitucional*.

⁴Vid. *Galletué con Fisco*, Corte Suprema 7.8.1984, consid. 9º (R.D.J. t. 81/1984, 2.5, 181-189, la cita en 184).

⁵Valga señalar en este punto, que aun si no hubiera ley en la materia, igualmente el Juez debe resolver el asunto, ya que conforme a la legislación procesal (artículo 170 N° 5 Código de Procedimiento Civil) debe en tal caso fundamentar su sentencia en “los principios de equidad”. No se olvide que “la equidad natural” es no sólo fuente integradora sino también fuente a la cual ha de acudir para *interpretar* las normas jurídicas cuando sus pasajes sean oscuros o contradictorios y no sea posible recurrir a otros medios o método de interpretación (artículo 24 del Código Civil). La Corte Suprema ha dado un claro ejemplo de ello en el caso *Galletué con Fisco*, R.D.J. t. 81/1984, 2.5, 181-189, consid. 11º.

⁶En períodos de excepción constitucional (v. gr. estado de asamblea y estado de catástrofe) puede disponerse “requisición” de bienes, que deben ser indemnizadas, incluso si significan limitaciones a la propiedad “cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño” (artículo 41 N° 8, en relación con sus N°s. 1 y 5).

Respecto de asociaciones declaradas “ilícitas” por el Juez penal, y en un debido proceso, se podrá imponer como pena la “confiscación” de sus bienes (artículo 19 N° 7 letra g). Este mismo precepto recuerda al “comiso”, como medida de privación de “los instrumentos o efectos del delito”, en los casos establecidos por las leyes (Código Penal, artículo 21).

De allí que todo daño producido en una víctima por acto, hecho u omisión de un órgano de la Administración del Estado en el ejercicio de sus funciones constituye una privación ilícita de lo suyo, que al no estar amparada por la Constitución configura por ello una lesión que debe ser indemnizada, puesto que dicha víctima no está jurídicamente obligada a soportarla.

Por su parte, el artículo 19 N° 2 de la Constitución asegura a todas las personas “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados” (inciso 1°), y dispone que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” (inciso 2°).

Pues bien, un daño o lesión en lo suyo producido por un órgano del Estado—en su función administrativa, en este caso— en una víctima que no está jurídicamente obligada a soportarlo, constituye una alteración de la igualdad ante la ley ya que significa una alteración o ruptura en la situación de igualdad de esa víctima frente a los demás que no han sufrido dicho daño o lesión, alteración o *desequilibrio que se recompone* mediante la correspondiente indemnización de los perjuicios sufridos por esa víctima en su ser y en su tener. Del mismo modo, imponer o hacer recaer un daño en una víctima sin que se le indemnice debidamente—esto es justamente, “en justicia”— es establecer una “diferencia arbitraria” a su respecto, porque ello es, de evidencia, contrario a la justicia y a la equidad, y contrario a toda razón, desde que carece de justificación racional el que sólo uno (la víctima) sufra las consecuencias del actuar u omitir dañoso de la Administración, más aun que dicho daño constituye un actuar ilícito, ya que nadie—y menos el Estado, que está al servicio de la persona humana (artículo 1° inciso 4°)— está habilitado para dañar a otro, en su actuación o actividad, o en su inacción o inactividad en circunstancias que debía jurídicamente actuar.

Por último, y como consecuencia del principio general de la igualdad ante la ley que reconoce la Constitución como derecho fundamental de toda persona, el mismo texto le reconoce y asimismo asegura a ésta “la igual repartición de las demás cargas públicas” (artículo 19 N° 20 inciso 1°).

Un daño producido a una víctima que jurídicamente no está obligada a soportarlo implica para ella una *carga desigual*, y al serlo configura una infracción o vulneración del precepto aludido, que origina *ipso iure* para su autor la responsabilidad del Estado. Vale decir, ese daño o lesión priva de lo suyo a la víctima que lo sufre o padece y comporta para ella una carga, una carga que implica *desigualdad* en su reparto, desde que sólo ella lo soporta y, por ende, debe ser restituida en aquello en que fue privada, lesionada o menoscabada, por el organismo, ente o sujeto público estatal que lo produjo.

Por todo lo dicho y en virtud, precisamente, de lo expuesto por nuestra propia Constitución, el sistema constitucional chileno reconoce y *consagra expresamente* la responsabilidad del Estado por los daños que sus órganos produzcan, originen o causen, en su actividad, y específicamente respecto al que derive de su actividad administrativa, como una manera de establecer real y efectivamente la sujeción de ellos a la Constitución, el respeto de los derechos de las personas, la servicialidad del Estado en su misión de bien común, y la primacía de la persona humana, que es el sujeto, principio y fin de toda Sociedad, de todo Estado y de todo Derecho⁷.

⁷ Cuanto hemos expuesto aquí lo hemos venido sosteniendo ya bajo la Constitución de 1925 y las Actas Constitucionales N°s. 2 y 3, de 1976, en *La responsabilidad del Estado administrador, un principio general del derecho chileno*,

2. SUS CARACTERÍSTICAS

2.1. La responsabilidad del Estado –en cualquiera de las funciones o actividades que asume, incluida ciertamente la administrativa– es una responsabilidad *constitucional*; no se trata de la responsabilidad “civil”, como la que se origina entre sujetos privados en sus relaciones entre sí, contractuales o extracontractuales, y regidas por el ordenamiento civil (básicamente Código Civil), ni se trata tampoco de una responsabilidad “penal” que surge respecto de las personas por la comisión de delitos, cuasidelitos o contravenciones, regulada por el ordenamiento penal (básicamente Código Penal), responsabilidades ambas en que se mira o se atiende al dolo o culpa del sujeto que ha provocado el daño a un tercero/víctima, ni aun tampoco de la llamada responsabilidad “disciplinaria” en que se castiga el incumplimiento de un trabajador en su actividad laboral (ejercicio de la función) cuando éste ha violado o infringido con culpabilidad (dolo o culpa) los deberes propios de la actividad o función, previamente establecidos.

Se trata de una responsabilidad “constitucional”, en que corolario de la supremacía constitucional (artículos 6º inciso 3º y 7º inciso 3º), no se atiende al castigo de un culpable (como en las tres referidas hace un instante), sino a que el ejercicio de la función estatal –de promoción del bien común– respete la Constitución en su integridad y en plenitud y, por tanto, se resarza, compense o restituya al tercero/víctima de un daño cometido por el Estado en su actividad, tercero que no se encuentra obligado jurídicamente a soportarlo, y que ha visto “lo suyo” menoscabado o lesionado de una manera que la Constitución ni lo ha previsto ni lo consiente o admite.

No se trata, pues, de “castigar a un culpable” sino de “resarcir a una víctima” de lo que fue privada (daño) injustamente, esto es de modo antijurídico, por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, sin que estuviera ella obligada a soportarlo.

Responsabilidad *constitucional*, porque es consecuencia de la primacía normativa de la Constitución –ésta se impone a gobernantes y gobernados, por igual, y a todo órgano del Estado, titular o meramente funcionario (artículo 6º)– y efecto primario de la servicialidad del Estado y su misión de bien común, que debe promover “con pleno respeto a los derechos” y garantías que la Constitución reconoce y establece (artículo 1º inciso 4º); tanto más que “es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución” (artículo 5º inciso 2º).

Continuación nota ⁷

en Revista de Derecho Público 21/22 (1977) 149-156; con adiciones en RDJ t. 73/1976, Primera Parte, Sección Derecho, 35-42. Más ampliamente, en *La responsabilidad pública, un retorno a la idea clásica de restitución*, en R.D.P. 27 (1980) 133-171. Ya bajo la Constitución de 1980 (que recoge lo de las Actas Constitucionales cit. en estos aspectos) vid. *Bases para una teoría general de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno*, en R.D.J. t. 81 (1984), Primera Parte, Sección Derecho, 87-96; también *Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional. Notas para un enfoque unitario de la responsabilidad del Estado*, en Revista Chilena de Derecho vol. 10 (1983) 45-58. En cuanto a comentario a fallos judiciales vid. en el mismo planteamiento, *Responsabilidad administrativa municipal* (“Tirado con Municipalidad de La Reina”), en R.D.J. t. 77/1980, Primera Parte, Sección Derecho, 85-90; *Responsabilidad del Estado e ineficiencia de los servicios públicos* (“Contra Ortega Weason”), en Gaceta Jurídica 55 (1985) 2-15; comentarios a “Ajá García”/1999, en Ius Publicum 4/2000, 168-169; a “Aedo Torres”/2000, en La Semana Jurídica 7 (25.12.2000-1.1.2001) 13-15; “Contra Arredondo González”/1999, en Ius Publicum 6/2001, 205-210, y recientemente, “Baeza Rojas con Servicio de Salud de Antofagasta”/2002, en Ius Publicum 10/2003, 199-218.

Y no sólo ello, sino porque la responsabilidad del Estado, consagrada constitucionalmente, es el medio o mecanismo jurídico por el cual se asegura el *debido respeto de los derechos esenciales* que emanan de la naturaleza humana, como, entre otros, el derecho de propiedad ya que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio” sino de la manera, forma, requisitos y circunstancias que la propia Constitución determina (artículo 19 N° 24). Toda otra forma de privación de lo suyo a que se ve afectada una persona resulta inconstitucional y, por ende, antijurídica y, en consecuencia, debe ser reparada, es decir, indemnizada. Y además, porque el daño producido en un tercero/víctima de la actividad antijurídica del Estado, implica evidentemente una desigualdad ante las cargas públicas, que carece de causa normativa y que aquél no está obligado jurídicamente a soportar. Hay aquí una violación a un derecho fundamental (artículo 19 N° 20) que implica ostensiblemente una desigualdad ante el Derecho y una discriminación arbitraria que está prohibida a la autoridad estatal hacer (artículo 19 N° 2).

2.2. Se caracteriza esta responsabilidad del Estado, constitucionalmente prevista y consagrada de modo genérico para todos los órganos del Estado (artículos 6° y 7°) y de modo específico también para todos sus órganos administrativos, por varias notas que la hacen diferenciarse de los otros tipos de responsabilidad indicados precedentemente.

a) En efecto, se trata de una responsabilidad de una *persona jurídica* y persona jurídica estatal, no de una persona natural; de allí que no sea aplicable a ella toda la estructura subjetiva con que se ha organizado tanto la responsabilidad civil, como la penal o la disciplinaria, las cuales se han construido sobre la base de culpa o dolo, y, por lo tanto, no puede serle aplicada la regulación normativa civilista o penal o disciplinaria. Éstas resultan enteramente *incompatibles* con la esencia misma de la responsabilidad del Estado.

b) Al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende de imposible estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo, resulta ser una responsabilidad *objetiva*, fundada sobre la base de la causalidad material; vale decir, atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar a aquélla.

c) En razón de ser una responsabilidad de una persona jurídica se trata de una responsabilidad *directa*, esto es, nace, se origina o produce por el hecho de la persona jurídica, y no por la actividad de un tercero (responsabilidad llamada indirecta o por el hecho de otro) como sería de sus empleados o dependientes. Y ello trae su fundamento de la propia preceptiva constitucional (artículo 38 inciso 2° frase final) ya que la Constitución distingue muy bien entre la “responsabilidad del Estado” (su Administración, orgánicamente comprendida) por el daño que produzca la actividad o inactividad (omisión) de sus órganos y la del “funcionario que hubiere causado el daño”, responsabilidad ésta personal (y subjetiva) del empleado que material o fácticamente lo ha producido por su acto, hecho u omisión. Lo repetirá en igual sentido la ley N° 18.575/86 en su artículo 4° frase final, y dará acción (en su artículo 44) para que el propio Estado repita en contra de ese funcionario si hubiere éste actuado con “falta personal”, es decir con negligencia, torpeza o malicia en su actuar u omitir.

d) Como se trata de un órgano del Estado, esta responsabilidad se encuentra *regida por el derecho público*, que es el que regula, precisamente, la actividad del Estado en su actividad de bien común. No se olvide que la actividad del Estado en su misión de promover el bien común es una actividad no de conmutación, como ocurre en las relaciones entre particulares que se encuentran equiordenados, sino de *distribución, atribución o reparto*, ya que al Estado le han sido conferidos por la Constitución poderes de supraordenación para que pueda hacer primar el bien común en el orden temporal de la sociedad política. Es el derecho público quien regula, por tal razón, esta materia y que exige –como lo debido, esto es lo justo– esa reparación, resarcimiento o indemnización a la víctima de la actividad antijurídica del Estado.

e) Puesto que tal responsabilidad viene exigida por la justicia, es una responsabilidad *integral*, en cuanto debe repararse *todo el daño producido injustamente* a la víctima. Esto significa que la indemnización, que será siempre en dinero, deberá comprender no sólo el daño patrimonialmente producido por el Estado, sino también el daño extrapatrimonial que ha originado, llámese daño moral, precio del dolor, detrimento en la afectividad, menoscabo de la honra o dignidad, o simplemente alteración en las condiciones normales de vida.

Aun cuando no se haya expresado –por estar aquí refiriéndonos a las características de la responsabilidad del Estado–, valga recordar que supuesto de ella, y así establecido en la propia Constitución, es la existencia de un hecho, acto u omisión *antijurídico* de un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones. No se olvide que la Constitución, tanto en su artículo 6º inciso 3º como en su artículo 7º inciso 3º, señala que la responsabilidad del Estado surge, nace o se origina en la medida en que haya una “infracción” a lo dispuesto en la primera de las disposiciones constitucionales referida, infracción que “generará” dicha responsabilidad, o una “contravención” a lo estatuido por la segunda de ellas, la cual “originará” esa consecuencia aludida. Se requiere, pues, para que nazca esta responsabilidad del Estado de la existencia de un actuar o un omitir antijurídico, *contrario a Derecho*, tal como lo exige la propia Constitución.

f) Finalmente, se caracteriza esta responsabilidad patrimonial del Estado por ser *imprescriptible*, esto es no se extingue por el transcurso del tiempo, ya que no le son aplicables las normas civiles, desde que persiguen éstas una finalidad distinta y plantean la responsabilidad según sea contractual o extracontractual (delitos y cuasidelitos), de imposible aplicación al Estado y sus órganos, y además, no es justo que los daños que provoca el Estado a los particulares queden sin indemnizarlos teniendo presente que según imperativo constitucional el Estado está al servicio de las personas, siendo su deber respetar sus derechos y promover su ejercicio, pero no dañarlos⁸.

Y es que la responsabilidad persigue –al modo de la nulidad de los actos antijurídicos– el *restituir* a la víctima del daño, en lo posible, al mismo estado en que se encontraba al momento anterior a la comisión de ese daño, como si éste –hipotéticamente– no hubiera existido. Digo “en lo posible” porque casos hay, como ocurre en los daños que implican, v. gr., la muerte de una persona, o la mutilación de un miembro (pierna, brazo, mano,

⁸ Sobre el punto vid. mi *La responsabilidad del Estado y su imprescriptibilidad en el derecho chileno*, en *Ius Publicum* 13/2004, 127-138 (ahora en este capítulo V, parágrafo IV).

etc.), o la invalidez consecucional, en que tal restitución no será posible y, por lo tanto, la indemnización no asumirá una naturaleza restitutoria, sino que ella revestirá caracteres reparatorios o compensatorios, como sucede normalmente con el llamado daño que altera las condiciones normales de vida⁹.

2.3. Por último, y reafirmando lo ya dicho en el párrafo precedente, *surgirá la responsabilidad del Estado* cuando un órgano estatal, en el ejercicio de sus funciones, produce daño por un acto, hecho u omisión, en una víctima que no está jurídicamente obligada a soportarlo. En otras palabras, esta responsabilidad constitucional surge a raíz de un acto, hecho u omisión, contrario a Derecho, de un órgano del Estado, que produce un daño en una víctima no obligada jurídicamente a soportarlo. De allí aparece la obligación, de origen constitucional (artículos 6º inciso 3º y 7º inciso 3º), que pesa sobre el Estado y cada uno de sus órganos, de indemnizar, de resarcir, de compensar, el daño producido por su actividad o por su omisión, antijurídica, en una víctima.

⁹ La idea que está en la base de la responsabilidad del Estado es la de restitución a una víctima de aquello en que ha sido privada, y no sanción a un culpable como lo es en la responsabilidad regida por el Código Civil; sobre esto, sus orígenes y su desarrollo vid. mi *Derecho Administrativo* cit. t. 2º, 244-280.

III. FALTA DE SERVICIO

¿RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-ADMINISTRACIÓN EN CHILE? (EL DERECHO ¿ARTE DE MAGIA?)*

SUMARIO: Introducción. 1. ¿La responsabilidad del Estado no tendría sustento en la Constitución? 2. ¿La regulación de la responsabilidad del Estado la habría reenviado la Constitución a la ley? 3. ¿La ley habría configurado la regulación de la responsabilidad del Estado-Administración sobre la idea de la falta de servicio? Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Más de alguno podrá sentir perplejidad al leer el título que encabeza estas líneas, pero al leer completo este trabajo, estoy seguro que convendrá conmigo en la verdad y certeza de ellas.

Útil es recordar que ya los romanos concebían al derecho –al *ius*– como arte de lo justo (*ius sive iustum*/el derecho, es decir lo justo)¹ y, por cierto, el pensamiento griego, Aristóteles, lo concebía así igualmente (to *dikaion*/lo justo-Diké la diosa de la justicia²), e incluso siglos antes, el pensamiento hebreo (en el Antiguo Testamento) también concebía al derecho como justicia, y como justicia/santidad (el justo es el santo)³.

Y aun cuando sólo a partir de los siglos XVII y XVIII se fue concibiendo al derecho como facultad/voluntad (Suárez, Grocio, Puffendorf, Wolff⁴) y luego, en especial 1789 francés, a entenderlo en una visión estatalista como ley (con la hegemonía de los parlamentos/siglo XIX), para todo hombre o mujer que estudia Derecho –y que luego lo ejerce, especialmente como juez– y lo aplica, sigue siendo (aunque a veces lo tuerza) un “arte de lo justo”, un instrumento de justicia a fin de que la convivencia social se desarrolle en paz. Y es que jamás habrá paz si no hay justicia, porque la paz es obra de la justicia, cosa que

* *La responsabilidad del Estado-Administración*. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2006. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 207, 117-131.

¹ Vid. *El derecho un arte de lo justo*, Conferencias Santo Tomás de Aquino 1998 (Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 1999, E. SOTO KLOSS editor), con trabajos de F. SAMPER P., A. GUZMÁN BRITO, J. de D. VIAL LARRAÍN, J. GARCÍA HUIDOBRO y R. MADRID RAMÍREZ.

² Vid. el clásico *El derecho, perspectiva griega, judía y cristiana*, de M. VILLEY. Gheri Editor (Pequeña biblioteca de filosofía del derecho). Buenos Aires. 1978; también *El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y Santo Tomás*. ídem. 1981; de L. LACHANCE, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*. Soc. Fabril Editora. Buenos Aires. 1953.

³ Vid. VILLEY, *El derecho* cit.; más específicamente, mi *Antecedentes veterotestamentarios de la dignidad de la persona humana*, en *Revista de Derecho Público* 41/42 (1987), 49-75 (más ampliamente en mi *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, I, 50-71; hay traducción al polaco/Prof. K. COMPLAK, en *Godnoscztowiecka jako kategoria prawa*, Wrocław. 2001, 55-64).

⁴ Vid. Ph. J. ANDRÉ-VINCENT, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*. Gheri Editor. Buenos Aires. 1978; M. VILLEY, *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural (racionalista)*. Gheri Editor. Buenos Aires. 1978. Más ampliamente, su *La formation de la pensée juridique*. Montchretien. Paris. 1975, 397-707 (hay edición Puf. Paris. 2003).

comprendieron muy bien los genios de nuestra cultura judeo-romana-cristiana, empezando por Isaías, el gran profeta, allá 600 a 700 años antes de Cristo, que el primero expresara, con claridad pasmosa aquello de “pax opus iustitia”⁵.

Pues bien, por desgracia el fragor de las batallas judiciales y el afán de sacarse de encima demandas que muchas veces –las más– son de evidente justicia y merecen el acogimiento en la más evidente equidad, lleva a la defensa de los intereses “gubernativos” (no confundir con los intereses del “Estado”, ya que el Estado lo componen los ciudadanos todos) a plantear ideas que no resisten la más mínima concordancia con la Constitución, y que incluso –tomadas a veces del derecho extranjero– no concuerdan ni siquiera con el derecho vigente en esas naciones.

Un típico ejemplo de ello es la noción o idea o expresión de “falta de servicio”, que aparece en la ley N° 18.575 artículo 44⁶ y en la ley N° 18.695 artículo 141, según una cierta interpretación que se ha dado últimamente⁷.

No trataré aquí la disconformidad de la noción chilena que se ha dado a la idea de “falta de servicio” francesa, con el propio régimen francés, “faute *du service*”/culpa del servicio, ya que a ello me he referido en dos ocasiones recientes.⁸

Me referiré aquí solamente, a la “incoherencia” que significa plantear, como lo han hecho ciertos fallos de la cuarta sala de la Corte Suprema, que el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado por daños producidos por la Administración 1) no tendría sustento en la Constitución sino que 2) ésta lo habría reenviado a la ley, para que ésta lo regulara, y 3) esa ley habría determinado que ese régimen estuviera fundado en la noción de falta de servicio (y ésta entendida como “culpa del servicio” traduciendo el término francés de “faute du service”⁹).

1. ¿LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO NO TENDRÍA SUSTENTO EN LA CONSTITUCIÓN?

• En cuanto a este punto, ello ha sido afirmado por la 4ª Sala de la Corte Suprema en *Domic Bezic* (15.5.2002, casación fiscal acogida que anula sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena 24.10.2001 que confirmaba sentencia de 31.8.2000 de Juzgado de Letras de la Serena, condenando al fisco por daño moral por actuaciones de organismos del Estado que terminaran con la muerte del marido de la actora), consid. 5º, cuyo texto señala que “la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un deter-

⁵ *Isaías*, 32, 17 (“La paz es obra de la justicia, y el fruto de la justicia, el sosiego y la seguridad para siempre”).

⁶ Y que se le ha dado una connotación o sentido diverso según autores y según fallos judiciales.

⁷ Que retoma el artículo 5º transitorio del D.L. N° 1.289, de 1978, y que ha tenido una interpretación, diría uniforme, tanto en doctrina como en la jurisprudencia, dándosele el exacto sentido de “omisión”.

⁸ Primeramente en el comentario a *Torres Velásquez* (C. Apelaciones de Concepción 18.12.2003, en *Ius Publicum* 12/2004, 245-264 y en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 100/2003, 2.5, 163-170, comentario en 170-180), y luego a *Parada Toloza* (C. Apelaciones de Concepción 18.1.2006, en *Ius Publicum* 16/2006, 241-267, más ampliamente).

⁹ El sistema constitucional vigente lo he desarrollado en mi *Derecho Administrativo* cit., II, 292-311; también, resumido en *El sistema chileno de responsabilidad del Estado*, en CASTAÑO-SOTO KLOSS (editores), “El derecho natural en la realidad social y jurídica”. Academia de Derecho. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2005, 455-464; vid. también en comentario a *Torres Velásquez* cit. 253-255.

minado cuerpo constitucional sino son consecuencias necesarias de la naturaleza del Estado...¹⁰.

Nos hemos hecho cargo de esta insólita afirmación, ya en el comentario a *Torres Velásquez*, que hemos citado en nota 8 precedente. *Baste aquí resumir*: si la responsabilidad del Estado no deriva de la Constitución, significa desconocer que están vigentes los artículos

¹⁰ *Domic*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 99/2002, 2.5, 126-152, comentario nuestro en 152-154; también *Cortés Barrera*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 100/2003, 2.1, 45-50, *Pisani Burdiles*, ídem 2.5, 17-22, con comentario nuestro en 22-30, *Concha Gutiérrez*, en t. 101/2004, 2.1, 83-89 y *Vergara Jofré*, ídem 2.1, 201-205. Igualmente insiste dicha 4ª Sala en tal planteamiento en su *obiter dictum* en "*Santibáñez Viani*" (C. Suprema 16.8.2004, que desecha casación fiscal en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 10.12.2002), consid. 15º; vid. los fallos aludidos en *Ius Publicum* 14/2005, 225-234; también en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 101/2004, 2.1, 220-224.

Este planteamiento de la Cuarta Sala que, a nuestro conocimiento, no tiene reiteración en las tres salas restantes del Supremo Tribunal, revive lo que un voto disidente consideraba, hace más de 40 años, en *Becker con Fisco* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 62/1965, 2.1, 6-13), caso de responsabilidad del Estado-Fisco raíz de lesiones y daño producido por un radiopatrulla de Carabineros que se introdujo en contra del tránsito en una calle chocando con un auto que conducía el Sr. Becker, cometándose los delitos referidos. El voto disidente de la Corte Suprema argüía que la Constitución (de 1925) no establecía la responsabilidad del Estado y, por ende, sólo en la medida que una ley la estableciera específicamente para casos determinados es que respondía.

Si la Constitución no la establece ¿cómo una ley – sin caer en inconstitucionalidad – puede establecerla? El fallo de casación reconocía en forma muy clara que la Constitución sí la establecía, señalándose al efecto sus artículos 20 (para la actividad jurisdiccional) y 87 (para la actividad administrativa), vid. al respecto su consid. 3º in fine.

Baste señalar aquí brevemente que la *Constitución sí establece un régimen operativo de responsabilidad* de origen constitucional del Estado por los daños que produzca tanto la actividad como la inactividad (omisión) ilícitas de la Administración. El artículo 38 inciso 2º no establece sólo la acción procesal para recurrir ante los tribunales ordinarios de justicia ("podrá reclamar..."), sino que inicia el precepto con una frase que es suficientemente clara en Derecho y Derecho Público constitucional, como es "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos", que es precisamente el *sujeto* de la oración entera que expresa este precepto. Y que sea "lesionada en sus derechos" no significa sino que sufre o haya sufrido una "lesión", esto es, un menoscabo, un detrimento, una disminución, una privación, de lo suyo, sea en *su ser*, sea en *su tener*, derechos ambos que la propia Constitución reconoce, asegura y ampara en su artículo 19 N°s. 1 y 24, e incluso protege en su artículo 2º inciso 1º. Y si constituye una "privación" de algo de la víctima que le pertenece, que es suyo (ser o tener) habrá que ver si es –en la propia Constitución– una privación conforme con ella o bien contraria a sus preceptos (artículos 1º inciso 4º, 5º inciso 2º, 6º inciso 3º y 7º inciso 3º). Si es lícita porque v.gr. se trata de una "carga pública" (que reúne los requisitos que la Constitución Política exige: igualitaria, artículo 19 N° 2), esa privación no exigirá la indemnización correspondiente, y no originará –al menos en nuestro desarrollo actual de la jurisprudencia, doctrina y legislación– la responsabilidad constitucional del Estado; del mismo modo en la "expropiación por utilidad pública o interés nacional seguida de la correspondiente indemnización" (si la expropiación se adecua a las exigencias de la Constitución) no habrá responsabilidad del Estado, porque es una forma prevista en la propia Constitución Política en que alguien puede ser privado de lo suyo (tener); al igual que en la "requisición" y "limitaciones" privativas de bienes en períodos de excepción constitucional (artículo 41 N°s. 1, 5 y 8) seguidas de la correspondiente indemnización. Pero si no se trata de esa "privación" que la Constitución prevé –siempre seguida de la indemnización correspondiente– significa que *es inconstitucional*, por consiguiente ha vulnerado tanto los artículos 6º y 7º, incisos 3º, como sus artículos 1º inciso 4º (porque no se han respetado los derechos de las personas), 5º inciso 2º (porque se ha sobrepasado el límite infranqueable para toda potestad estatal, como son los derechos esenciales de la persona humana, integridad física y síquica/artículo 19 N° 1, y propiedad/artículo 19 N° 24) y, por ende, origina *ipso iure* la responsabilidad del Estado, desde el mismo instante que se produce el daño/*lesión*/privación, en una víctima no obligada jurídicamente a soportarlo.

La *lesión*, en consecuencia, que prevé la Constitución en su artículo 38 inciso 2º, tiene suficiente densidad no sólo terminológica/lingüística, sino propiamente jurídica, porque ella sola origina, produce y desencadena un régimen jurídico que la propia Constitución desarrolla, y no cabe desconocerlo –a pretexto de consideraciones extrajurídicas (sean de política partidista, o meramente fiscalistas, pero siempre estatistas y de desprecio de las personas)– desde que desconocerlo significa, pura y simplemente, violar de modo patente, flagrante y palmario, la mismísima Constitución, la cual ha establecido en sus "Bases de la Institucionalidad", la "operatividad directa" de sus preceptos (artículo 6º inciso 2º), y su "obligatoriedad" respecto de todo órgano estatal, también de los que ejercen la actividad administrativa.

6º inciso 3º, 7º inciso 3º y 38 inciso 2º, y respecto de la responsabilidad del Estado juez, el artículo 19 N° 7 letra i), que expresa, clara y formalmente, disponen que la Constitución reconoce la responsabilidad del Estado por vía general y, específicamente además, de una manera particular la responsabilidad administrativa y la responsabilidad del Estado juez penal.

Por lo demás, es posible señalar más de 40 fallos entre los años de la última década que afirman que la responsabilidad del Estado Administración *tiene su fundamento en la Constitución*, artículos 6º inciso 3, 7º inciso 3º y 38 inciso 2º.¹¹

Sin ir más lejos, *Baeza Rojas/2002*, (el caso de la arsenalera del Hospital Regional de Antofagasta,) acoge la demanda de responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud, fundamentada precisamente en esas disposiciones de la Constitución de 1980 referidas (consids. 16 y 18)¹².

2. ¿LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LA HABRÍA REENVIADO LA CONSTITUCIÓN A LA LEY?

- En cuanto al segundo punto (y dejada aparte –aquí– la incoherencia de afirmar que la responsabilidad del Estado no tendría sustento en la Constitución y luego sostener que ella la habría reenviado a la ley para su regulación), referido a que la Constitución Política no posee régimen alguno de responsabilidad del Estado Administrador, y que por ello lo ha reenviado a la ley para que ésta lo regule, ya lo he controvertido en otras partes no siendo del caso repetirlo aquí.¹³

Baste recordar aquí brevemente dos cosas: *una*, que desde 1858, en “Bernardino Bravo” (Gaceta de los Tribunales 1858, 873, 2) y durante todo el siglo XIX, en no poca jurisprudencia, e incluso en un cúmulo de fallos recaídos con ocasión de daños producidos por los beligerantes de la guerra civil de 1891¹⁴, cuando se plantea y acoge la responsabilidad

¹¹ V. gr. todos los fallos/ más de 30 que han acogido las demandas de nulidad y responsabilidad del Estado a raíz de la aplicación de D.L. N° 77/1973, vid. últimamente *Pey Casado/RDJ* t. 99 (2002) 2.5, 113-126 y nota en 114 en donde cito 6 casos más. Vid. también de la misma 3ª Sala de la Corte Suprema, *Quintana Olivares*, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 98/2001, 2.5, 13-23 (consids. 7 al 10, en 16). Este fallo establece claramente que la responsabilidad del Estado-Administrador proviene de la propia Constitución, artículo 38 inciso 2º e incluso que la acción para perseguirla es *imprescriptible*, puesto que carece de plazo de prescripción. Sobre fallos recaídos en el contencioso anulatorio/resarcitorio del D.L. N° 77/1973 cit., vid., entre otros, *Pérsico Paris*, en Gaceta Jurídica 209/1997, 67-76; *Balra Moreno*, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 95/1998, 2.1, 116-121; *Sánchez Michea*, ídem t. 95/1998, 2.5, 114-126; *Cantero Prado*, t. 96/1999, 2.5, 69-73; *Cademartori*, ídem, 2.1, 139-143; *Brian de Diego*, t. 97/2000, 2.5, 83-92; *Rodríguez Valenzuela*, ídem 185-191; *Pey Casado*, t. 99/2002, 2.5, 113-126, *Bussi Soto* (C. Suprema, 4.7.1998, en Gaceta Jurídica 217/1998, 83-88). Varios no publicados –a nuestro conocimiento– hemos referido en *Aedo Alarcón* (La Semana Jurídica N° 7, 25.12.2000-1.1.2001, nota 2, en 14) y otros en notas a pie de página en los publicados en la Revista de Derecho y Jurisprudencia.

¹² He comentado el caso en *Ius Publicum* N° 10/2003, 215-218.

¹³ Tanto en el mismo comentario que he hecho a *Domic* cit. 153 espec., como en *Torres Velásquez* cit. 253-254, como en mi *Derecho Administrativo*, t. II, pp. 292-311. Este planteamiento, surgido a raíz del análisis no sólo de la Constitución Política de 1925 sino muy especialmente de la jurisprudencia judicial suprema desde 1858 a 1970 y tantos, ya lo formulaba en *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, un principio general del derecho chileno*, en Revista de Derecho Público 21/22 (1977), 149-155; ampliado en *La responsabilidad pública (un retorno a la idea clásica de restitución)*, en Revista de Derecho Público 27 (1980), 133-171, resumido para sus referencias a la Constitución de 1980, en *Bases para una teoría general de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 81 (1984), Primera Parte, Sección Derecho, 87-96.

¹⁴ Vid. mi comentario a *Parada Toloza* cit. nota 11, 258-259, en donde cito 12 casos.

del Estado Administración, *se parte de la base de la Constitución Política* artículo 12 N° 5 (afectación del derecho de propiedad por causal no prevista en la Constitución para privar a alguien de su dominio, de lo suyo) y, por ende, se reconoce claramente que existe un régimen regulatorio en la propia Constitución. No se olvide que con la Constitución Política de 1925/ artículo 10 N° 9 se le va a agregar la idea que el daño va a significar una violación a la igualdad de las cargas públicas, como lo recordará como “obiter dictum”, el fallo *Lapostoll* 1930 (consid. 7°)¹⁵.

Y la *otra*, que una tal afirmación desconoce pura y simplemente el artículo 6° incisos 1° y 2° de la Constitución los cuales han establecido tanto la “vinculación directa” de los preceptos de la Constitución como su “operatividad práctica”, precisamente para no recaer en el absurdo e ineptia lógica de tiempos de aplicación de la Constitución de 1925, en que la vigencia de los preceptos de ella se entendiera que quedaba entregada a la voluntad y decisión del legislador (recuérdese casos de artículos 20 y 87), es decir que la voluntad del constituyente quedaba subordinada al mero legislador, que la norma fundamental quedaba en su aplicación entregada al legislador, y los derechos y libertades ciudadanas subordinados al capricho o discrecionalidad del legislador (mandatario del ciudadano y no autónomo ni soberano de éste).

Ello indica muy claramente que los postulados de la Cuarta Sala no se avienen, ni se adecuan, ni se conforman con la Constitución; más de alguno podría pensar que son resabios sobrepasados ya largamente de un parlamentarismo sin base jurídica alguna hoy, y de oligarquías partidistas probadamente fracasadas y que sólo sirvieron, en su época de aplicación, para avasallar los derechos fundamentales de las personas.

3. ¿LA LEY HABRÍA CONFIGURADO LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-ADMINISTRACIÓN SOBRE LA IDEA DE LA FALTA DE SERVICIO?

- El tercer punto *aludido* se refiere a que habiendo reenviado la materia la Constitución a la ley (basado en una interpretación farisaica del inciso 3° del artículo 7° Constitución: ... “originará las responsabilidades y sanciones que *la ley señale*”), esta ley sería la orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, N° 18.575 (1986), que es una ley especialmente de “*organización*” (título II), con un título I de “normas generales”, y un título III sobre “probidad administrativa”¹⁶, es decir de típica regulación “doméstica”.

Pues bien, entre esas “normas generales”, se encuentra precisamente el artículo 4°, retomando la idea del artículo 38 inciso 2° de la Constitución –que, como aparece en la

¹⁵ El consid. 3° de *Becker con Fisco* (C. Suprema 13.1.1965, casación en el fondo/Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 62 (1965) 2.1, 6-13) señala que bajo la Constitución de 1925, los artículos 20 y 87 establecían la fuente constitucional de la responsabilidad del Estado, por el error judicial en materia penal, y de la Administración respectivamente (en mi *Derecho Administrativo* cit. II, 413-420).

¹⁶ Léase simplemente el inicio del artículo 38 inciso 1°: “Una ley orgánica constitucional determinará la *organización básica* de la Administración Pública” (cursivas nuestras), y el epígrafe que encabeza el párrafo: “Bases generales de la Administración del Estado”. Si se analiza bien el inciso 1° referido se concluye aun más certeramente que se refiere a temas de “organización interna” de la Administración: “garantizará la carrera funcionaria” y sus “principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse”; “asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.”

propia sesión 410 de la Comisión Ortúzar (30.8.1978, 3439-3440), se refiere a la responsabilidad del Estado¹⁷. Como norma general que es, establece con luminosa claridad que:

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

Es decir, establece esa responsabilidad de manera bien clara, tajante, sin excepción, en la medida que el daño se haya producido “en ejercicio de sus funciones”¹⁸.

Ateniéndose a esta formulación no debería existir problema alguno, ya que la responsabilidad del Estado Administrador requerirá (1) la existencia del daño, (2) la debida relación causal entre autor (del acto, hecho u omisión) y ese daño en una víctima, y (3) una víctima no obligada jurídicamente a soportar tal daño (lo estaría, v.gr. en el supuesto de ser una carga pública, en la medida que ésta fuera igualitaria, conforme con el artículo 19 N° 20 de la Constitución).

Y entre las normas del título II, párrafo 1° “De la organización y funcionamiento”, aparece en su artículo final (44), luego de preceptos referidos a la organización de la Administración del Estado y de competencia de órganos, esta disposición cuyo texto señala que “los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por *falta de servicio* (inciso 1°). No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal” (inciso 2°).

Lo que resulta curioso es la afirmación de ciertos fallos¹⁹ en cuanto a que *el régimen que la ley N° 18.575* establecería de la responsabilidad del Estado Administración sería el de la “falta de servicio”, y entendida ya no sólo como “omisión” de actuar como aparece del significado natural y obvio de la noción misma de “falta/ausencia”, sino también cuando su actuar es tardío o defectuoso (consids. 8° y 14° de “Hernández” cit.)²⁰.

¹⁷ Este inciso 2° fue modificado por la Junta de Gobierno en el texto sometido a plebiscito, introduciéndole los términos “contencioso administrativos” entre “tribunales” y “que determine la ley”, los que fueron eliminados por la ley N° 18.525 (17.8.1989) de reforma constitucional, volviéndose así a su formulación originaria, que es la de la responsabilidad del Estado por los daños producidos por su Administración. Se volvió al texto originario de la Comisión Ortúzar a fin de que no se interpretara –por el hecho de no existir tribunales contenciosos administrativos– que no existía tribunal que conociera de la acción de responsabilidad del Estado que prevé dicho artículo 38 inciso 2°, y se repitiera la fatídica historia de la aberrante interpretación doctrinaria y jurisprudencial del artículo 87 de la Constitución política de 1925 para impedir la anulación de los actos administrativos (que preveía su artículo 4° en concordancia con su artículo 80). Y esta vuelta a la idea originaria del artículo 38 inciso 2° fue dispuesta a raíz de un fallo insólito de la Corte Suprema (6.3.1989, *Parra Acuña con Municipalidad de Temuco*, Rol 19.685, redacción abogado integrante Sr. Colombo Campbell), que sentenciaba que los tribunales del Poder Judicial carecían de jurisdicción para conocer de negocios “contencioso-administrativos”, ya que ello competía a los tribunales contencioso administrativos, que no existían aún (la misma ya obsoleta tesis a esa época referida a la nulidad de los actos administrativos, que a 1989 había sido desechada una década antes).

¹⁸ Hago presente que en la Comisión formada por profesores de derecho administrativo de distintas Universidades de aquella época, que elaborara el proyecto de ley, luego N° 18.575, dicho precepto fue de mi autoría.

¹⁹ V.gr. *Figueroa Gallardo*, C. Suprema 8.5.2002, Rol 3427, y especialmente *Hernández Espinoza*, C. Suprema 30.4.2003, Gaceta Jurídica 274/2003, 59-75, consids. 13 y 14.

²⁰ Sobre la formulación típica de “no actuar o actuar de manera tardía o defectuosa” debe recordarse que es copia de un texto clásico en la materia como es *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, de Paul DUEZ (Daloz. Paris. 1938, 27-40) y que algún autor retomaría textual (P. AYLWIN, *Apuntes de derecho administrativo*. Editorial

Y digo “curioso” porque ello revela una serie de incoherencias que hacen que el tal pretendido régimen –aparentemente– unitario, no lo sea ni mínimamente, ni tampoco dé cuenta de los diversos sectores o actividades en que pueden recaer los daños en las personas producidos por la Administración del Estado.

En efecto, sin entrar en prolijos detalles que alargarían esta exposición, bástenos indicar:

1. El artículo 44 reduciría –tratándose de normas de organización de la Administración del Estado– *lo estipulado por su propio artículo 4º*, que tiene un alcance amplio y general, ya que allí –título I– se establecen los “principios generales” de la organización referida. Y lo reduciría ya que haría responsable a la Administración del Estado solamente con ocasión de un solo tipo de origen del daño/“falta de servicio”, en circunstancias que la norma de base y principio no restringe esa responsabilidad a ninguno, y la hace omnicomprendiva. *Y lo que es más grave*, es que así entendido el tema, *sería inconstitucional* desde que la Constitución no restringe la responsabilidad del Estado Administración de manera alguna, por lo que al restringirla como se pretende al intentar interpretar el artículo 44 en esa forma, se viola *ipso iure* la Constitución²¹.

2. si fuera ese *el* “sistema o régimen” jurídico que el derecho chileno dispusiera para la responsabilidad del Estado Administración, resultaría que *no sería un régimen general*, ya que, por ejemplo, la responsabilidad municipal por los daños que cometa la actividad de los municipios no es precisamente el de la falta de servicio, desde que el propio artículo 141 de la LOC de Municipalidades N° 18.695/1989, dispone que “Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá *principalmente* por falta de servicio” (inciso 1º, cursivas nuestras) –su inciso 2º repite inciso 2º del artículo 44/ley N° 18.575.

Continuación nota ²⁰

Universitaria. Santiago de Chile,...), y lo recogería el D.L. N° 1.289/76, artículo 62 inciso 3º, y hoy el artículo 141 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Mayores datos en nuestro comentario a *Torres Velásquez* cit. nota 22, en donde refiero el hecho de que hoy en Francia la idea misma de “falta de servicio” (culpa del servicio/a la francesa) ha sido sobrepasada e incluso hasta no utilizada mayormente.

²¹ Y aparece obvia esa violación si se atiende al claro tenor del artículo 38 inciso 2º que se refiere a la *lesión/daño* que cualquier persona sufra en sus derechos “por la Administración del Estado” (en su conjunto), especificando luego, “o de sus organismos o de las municipalidades”, *sin excluir a ningún organismo de la Administración del Estado*, y abarcando cualquiera causa origen del daño, si acto, hecho u omisión, y si acto escrito o verbal, gestual o electrónico, tácito o presunto, etc. Sin embargo, la misma 4ª Sala de la Corte Suprema, en *Vargas Grandón* cit. en que se persigue la responsabilidad del Estado por homicidio cometido por un carabinero en acto de servicio (“en el ejercicio de sus funciones”: artículo 4º ley N° 18.575), señala que ese artículo 4º “recoge la misma noción que se consigna en el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Política Nacional” (consid. 17º), precepto que resulta omnicomprendivo ya que “no excluye la que pueda ser (incluso) consecuencia de una falta personal del agente público cuya acción u omisión provoca el perjuicio indemnizable” (*idem*). Y es que aquí el fallo de la Corte Suprema (20.1.2006, redacción ministro U. Marín), como no se puede invocar el artículo 44 de la ley N° 18.575 –que para esa sala y su redactor sería el que regula “el régimen general” de la responsabilidad del Estado– recurre a fundamentarla en el “riesgo creado” por la actividad de policía pero en virtud de la “omisión” de la debida fiscalización como lo señala su consid. 19º, y como lo refiere explícitamente su consid. 20º, que merece transcribirse: “el Estado no cumplió ni adoptó esas condiciones de seguridad pues posibilitó...”.

Valga para mayor antecedente, citar el trabajo de G. FIAMMA *La acción constitucional de responsabilidad del Estado por falta de servicio*, en Revista Chilena de Derecho 16/1989, 429-440, espec. 437-439, en que demuestra tal inconstitucionalidad del artículo 44 ley N° 18.575, entendida como “culpa de servicio” y restringiendo el alcance de la disposición constitucional del artículo 38 inciso 2º.

Si dice el texto “principalmente” es porque también responde, además, por otros fundamentos, causales u orígenes.²²

De allí que *sea falso* afirmar que el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado Administración gire o se base en la “falta de servicio”.

3. Tampoco es “general” si se advierte que el título II de la ley N° 18.575 *sólo se aplica* a los órganos fiscales, y ni siquiera a todos (ni a la Contraloría General de la República, ni a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, ni a los Gobiernos Regionales, ni al Consejo Nacional de Televisión: artículo 18) y a los dotados de personificación. Lo cual significa que a los excluidos no les es aplicable la teoría de la “falta de servicio” si no les es aplicable en plenitud la Constitución artículo 38 inciso 2° y la ley N° 18.575 artículo 4°, disposiciones que no distinguen, ni restringen, ni reducen esa *plena* responsabilidad del Estado Administración.

Esto es, habría otro régimen, que *ese es* “general”, cual el de la Constitución, que incluso abarcará a las Municipalidades (artículo 38 inciso 2°), siendo la “falta de servicio” uno especial pero no general ni el único²³.

4. Si no se aplica el régimen de la “falta de servicio” a los que se excluyen por el artículo 18 referido, resulta que los daños que produzca la actuación u omisión de Carabineros, Fuerzas Armadas, de Contraloría, etc., *está regida directamente por la Constitución* (artículo 38 inciso 2°) y será enteramente inconstitucional pretender plantear la responsabilidad el Estado Administración sobre aquella “falta de servicio”, pues se estaría aplicando nor-

²² Y ha de precisarse que en materia municipal la bien abundante jurisprudencia judicial recaída en la “falta de servicio” por la ausencia de mantención o debida mantención de veredas, calzadas, pasarelas, plazas o parques, “bienes nacionales de uso público” bajo la administración de las Municipalidades, incide en la “omisión” de actuar (*falta = omisión*); vid. al respecto, entre otros, *Tirado con Municipalidad de La Reina*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 78/1981, 2.5, 34-44; *Villegas Lorca con Municipalidad de Providencia*, t. 90/1993, 2.5, 226-234; *Pérez Llona con Municipalidad de Las Comas*, t. 96/1999, 2.5, 94-102; *Ajá García con Municipalidad de Talcahuano*, en Ius Publicum 4/2000, 159-169; *Con Arredondo González y Municipalidad de Viña del Mar*, en Ius Publicum 6/2001, 187-210; *Crisóstomo Cáceres con Municipalidad de Concepción*, t. 97/2000, 2.5, 132-140; *Rivera Aranedo con Municipalidad de La Unión*, t. 98/2001, 2.5, 87-93; *Wemer Canales con Municipalidad de Concepción*, ídem 2.1, 88-91; *Palma González con Municipalidad de Concepción*, t. 99/2002, 2.5, 104-113; *Troncoso Urrea con Municipalidad de Coronel*, ídem 77-91, *Soto Cárcamo con Municipalidad de La Unión*, Gaceta Jurídica 259/2002, 17-30; *Valenzuela Barrera con Esva y Municipalidad de Valparaíso*, t. 101/2004, 2.1, 367-372; *Parr Sepúlveda con Municipalidad de Chillán*, Gaceta Jurídica 312/2006, 31-49; *Hidalgo Suazo con Municipalidad de La Florida*, en Gaceta Jurídica 305/2005, 43-49; ... *con Municipalidad de Valparaíso*, Corte Suprema/3ª Sala, 20.7.2005, Rol 5369-04 (caso de la pasarela sobre Av. España, sector Portales desplomada el 1.1.1999); *Valenzuela González con Municipalidad de Talcahuano*, en Gaceta Jurídica 312/2006, 49-60; lo mismo ocurre respecto de la ausencia de la debida mantención de caminos públicos, v.gr. *Muñoz Hermosilla y otros con Fisco* (aplicación Ley 18.290, artículo 174-*omisión*), Gaceta Jurídica 312 cit. 61-73.

²³ Como lo hemos afirmado tantas veces y lo hemos desarrollado en nuestro comentario a *Torres Velásquez* citi (pp. 256-257), la idea de “falta de servicio” que contiene el artículo 44 de la ley 18.575, indica “*omisión*”/falta de = ausencia de, la “prestación debida” según exigencia impuesta por la ley a determinado órgano de la Administración del Estado. Valga recordar que “falta” significa carencia o privación de una cosa necesaria o útil; acto contrario al deber de obligación; ausencia de algo que debía estar o hacerse o actuar; circunstancia que quita perfección a algo o cosa; defecto de algo; no cumplir con lo que se debe; algo que es preciso para una finalidad y que no está; infracción a una formación determinada; hecho ilícito, u omisión ilícita; no correspondencia de algo con lo que se esperaba de ella; todo ello conlleva el término “falta”. *Omisión* que es tanto no actuar, no actuar de modo oportuno, o no actuar de manera eficiente como lo impone la ley (única manera de satisfacer la necesidad pública que la ley ha impuesto hacerlo a un órgano público).

mas que “expresamente” están excluidas, violando el tribunal que se asilara en ella al fallar los artículos 6º y 7º y 38 inciso 2º (además de violar el artículo 18 de la propia ley N° 18.575).

De allí que resulta patente esa violación en fallos que aplican esos planteamientos, aun si aparece evidente que hubo un uso negligente de armas, excesos en procedimientos policiales o abusos de autoridad, y es condenado el fisco al pago de indemnizaciones a las víctimas, porque la razón de esa condena no es la “falta de servicio” –como “culpa del servicio” según la falsa interpretación que se le ha dado a esos términos– sino “*el abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades*”, como muy bien lo señala el artículo 2º de la ley N° 18.575, en concordancia con el artículo 7º de la Constitución, ya que hay en ello un ejercicio no “dentro de su competencia”, sino “fuera” de ella, y, por tanto, origina la responsabilidad consecencial (incisos 1º, 2º y 3º)²⁴.

5. Pero aún se resiente de incoherencia esta idea de que el régimen de la responsabilidad del Estado Administración giraría en Chile sobre la base de “falta de servicio” si se advierte simplemente como ella ni siquiera tiene cabida cuando se persigue la responsabilidad del Estado por daños producidos por *acto administrativo*, ya no por hechos/materiales, u omisiones, sino por la dictación de un decreto, resolución, dictamen contralor, oficio, circular, instrucción, etc.

Aquí, el daño/lesión producido a una víctima se origina en una decisión (jurídica aparentemente) contraria a Derecho/nula-inexistente como acto jurídico, pero vía de hecho: artículo 7º Constitución (e incluso “lícita” han dicho varias veces distintos fallos incluso supremos v.gr. *Abalos* 1889-*Galletué* 1984).

Si se revisa la jurisprudencia en el tema, v.gr. municipal (*Silva Barrueto*/Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 97/2000, 2.5, 163-166), y la muy abundante recaída en el contencioso originado por el D.L. N° 77/1973²⁵, se advertirá que *jamás* se habla de “falta de servicio” para condenar al Municipio o al fisco, por el daño producido por “decisiones” que nunca pudieron ser dictadas por *carecer de competencia* sus autores (artículo 7º incisos 1º y 2º de la Constitución), sino por existir abuso o exceso (artículo 2º ley N° 18.575),

²⁴ Véanse casos citados en nota 11 precedente. Incluso respecto de las Fuerzas Armadas, v.gr. Ejército, en cuanto daños producidos a reclutas en conscripción militar (lesiones o muertes) se aplica la explicación del “riesgo creado”, como en *Caro Silva con Fisco* (Corte Suprema, 4ª Sala, 19.10.2005, en Gaceta Jurídica 304/2005, 70-83, y Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 102/2005, 2.5, 1081-1084).

²⁵ Sobre excesos policiales (uniformados o civiles) vid., entre otros, últimamente, *Santibáñez Viani con Fisco* (C. Suprema 16.8.2004 y especialmente C. Apelaciones de Santiago, 16.12.2002) y en *Ius Publicum* N° 14/2005, 225-234; también *Fuentes Lizana con Fisco* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 93/1996, 2.5, 257-266); *Albornoz Amaya con Fisco* (C. Suprema, 4ª Sala, 13.12.2005) en Gaceta Jurídica 306/2005, 47-54; *Vargas Grandón con Fisco*, en Gaceta Jurídica 309/2006, 59-71; respecto de Policía de Investigaciones vid. *Vásquez Peña*, en Gaceta Jurídica 67/1986, 60-65; *Quezada Salazar* (C. Apelaciones de Santiago, 4.3.2005, Rol 2233-2000); habla precisamente de “abuso de autoridad” *Caro Silva con Fisco* (C. Suprema/4ª Sala, 19.10.2005, Rol 4.004-03, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 102/2005, 2.5, 1081-1084, en Gaceta Jurídica 304/2005, 70-83, en materia de responsabilidad del Estado por hechos producidos por miembros v.gr. del Ejército, respecto de conscriptos que hacen su servicio militar; en igual sentido *Bustos Riquelme con Fisco* (Corte Suprema/4ª Sala, 26.1.2005, Rol 3354-03): en esta sentencia su consid. 7º reconoce que “el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República reconoce el principio de la responsabilidad del Estado”, si bien agrega que “no indica cual es la naturaleza de ésta”, por lo que hay que acudir a la ley, que en este caso sería la N° 18.575 artículo 4º (para esta actividad de Fuerzas Armadas, ya que no puede invocar su artículo 44, que es inaplicable por expresa disposición de su artículo 18 y, por tanto, no puede invocarse como pretendido “régimen” la falta de servicio).

esto es, una decisión carente de fundamento, sea en los hechos, sea en el derecho, pero no de “falta de servicio”²⁶.

En otras palabras, respecto de “actos” no tiene aplicación dicha formulación, siendo, pues, enteramente falsa dicha pretensión de ser la “falta de servicio” *el* régimen jurídico de la responsabilidad del Estado Administración.

6. Por último –dejo otros puntos para otra ocasión²⁷– resulta “sorprendente” que una norma como la del inciso 1º del artículo 44, que está inserta en un título de “organización y funcionamiento interno” de los servicios públicos, organismos de la Administración del Estado (y es consecuencia del artículo 38 inciso 1º de la Constitución, que habla de la organización de la Administración del Estado²⁸) *aparezca nada menos* como “la norma fundamental”, por encima de la propia Constitución, de un régimen jurídico tan relevante como el de la responsabilidad del Estado, ya que no se olvide que la Responsabilidad del Estado “corona”, nada menos, que un régimen de Estado de Derecho.

En efecto, si se analiza con objetividad el artículo 44, aparece, al relacionar los dos incisos, que lo que se plantea es una *relación intra-administrativa*, a fin de perseguir al funcionario negligente, indolente, que actúa desaprensivamente, o hasta con malicia (hay allí una culpa personal), y repetir en su contra por la indemnización que ha debido pagar el organismo administrativo a una víctima, y especialmente cuando ese daño se ha producido por *falta de servicio*/omisión de actuar en la forma, momento y medios debidos conforme a lo exigido por la ley.

Es decir, un asunto de “organización interna”, que obviamente no puede contravenir o ser disconforme con el principio o norma general de principio que es el artículo 4º, ya que sería ilegal y, además, inconstitucional (38 inciso 2º).

²⁶ Particularmente clara aparece en este aspecto, v.gr., entre otros, *Rodríguez Valenzuela* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 97/2000, 2.5, 185-191, consid. 12º del fallo de la C. de Apelaciones de Santiago, en que habla precisamente de la ilicitud de los actos de que se trata (confiscatorios ilegales, por carecer de “competencia” su autor) “obliga a dar lugar a la indemnización”); *Brian de Diego* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 97 cit., 2.5, 83-92, consid. 9º del fallo de la Corte Suprema, en donde se establece que una vez declarada la nulidad de un acto administrativo (por carecer de competencia su autor) “las partes tienen derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallaran si no hubiese existido el acto nulo y a que en tal restitución se comprenda la indemnización de los perjuicios que se causen por la ejecución del acto”); *Cantero Prado* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 96/1999, 2.5, 69-73, consid. 11º de la Corte Suprema, que afirma, para sostener la imprescriptibilidad de la responsabilidad del Estado-Administración y la no aplicación a esta materia de normas civiles, que no se trata de una responsabilidad extracontractual “pues lo que se imputa (al autor del acto nulo) es haber excedido sus facultades al dictar los decretos impugnados”); en igual sentido *Bussi Soto* (Gaceta Jurídica 217/1998, 83-88) y para no alargar la cita, clarísimo *Sánchez Michea* (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 95/1998, 2.5, 114-126, consid. 24 que habla textualmente de “abuso de poder” y consid. 48 que establece en su Nº 3 “que las indemnizaciones forman parte de la responsabilidad por los actos antijurídicos del Estado, cuya fuente se halla tanto en la *norma fundamental* como en el derecho no escrito”).

²⁷ No puede soslayarse el indicar la incongruencia de plantear la idea de falta de servicio como “culpa de servicio”, al modo civil, como responsabilidad “subjetiva”, imposible de aplicar al Estado y a sus personas jurídicas administrativas; de allí que esta responsabilidad sea intrínsecamente *objetiva*, y la necesaria exigencia, que nace de las palabras mismas “falta de servicio” = ausencia de servicio = “omisión”, de entender el artículo 44 inciso 1º aludido como la explicitación de la “omisión” como causal de responsabilidad del Estado Administración, casos de muy frecuente ocurrencia de daños a las personas. He insistido en sostener que “falta” es “omisión/ausencia” en comentarios a *Torres Velásquez* cit. 256-257, *Tirado con Municipalidad de La Reina*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 78/1981, Primera Parte, Sección Derecho, 39-48, ahora en mi *Derecho Administrativo* cit., II, 333-345, y también a *Con Arredondo González* cit.

²⁸ Que tiene obviamente un sentido de regulación interna –doméstica– de funcionamiento de esos organismos.

CONCLUSIONES

Para terminar, no puedo menos que recordar a dos grandes jurisconsultos romanos –sabiduría jurídica infinisecular– como son Hermogeniano y Modestino, de quienes el *Digesto* conserva dos fórmulas magistrales. Del primero, “Hominum causa omne ius constitutum est” (Libro I, título V, ley 2^a). Del segundo, “Ninguna razón o fundamento de derecho, ni tampoco la justicia –benigna y equitativa– permite que hagamos más severo, por una interpretación demasiado dura y contra el interés de las personas, aquello que ha sido introducido saludablemente para la utilidad de las mismas” (Libro I, título III, ley 25).²⁹

Y es que no puedo menos que insistir en el carácter perverso que constituye plantear la “falta de servicio”, entendida como “culpa del servicio”, como *el* régimen de la responsabilidad del Estado. Y por una razón muy simple: conlleva –como lo han afirmado varios fallos ya– que sea la “víctima” quien tenga que probar “el mal funcionamiento” del servicio, lo que significa una burla sangrienta para ella, sabiendo que el espíritu de casta, de cuerpo, lealtades, protecciones, silencios ominosos, hacen muy frecuentemente difícil, cuando no imposible, tales probanzas.

El aceptar plantear que el régimen chileno de la responsabilidad del Estado estaría basado en la falta de servicio y ésta entendida a la francesa como falta/culpa del servicio (“faute du service”) puede llevar a extremos tan peregrinos (para no decir monstruosos³⁰), verdadero arte de magia, como denegar la responsabilidad del fisco por disparos de fusil ametralladora efectuados por gendarme, en acto de servicio, en plena calle, persiguiendo a un recluso que se había escapado del penal, pero disparos que alcanzaron a una joven de 22 años, casada y mamá de una guagua, que transitaba por allí camino a su casa, dejándola parapléjica (invalidez total), rechazándose de la demanda porque Gendarmería de Chile no presta servicios al público y, por tanto, la víctima no era “usuaria” del servicio y a su respecto, por ende, no podía existir “falta de servicio”³¹. De haberse seguido coherentemente la visión francesa de la falta/culpa del servicio, y conocido bien la fuente foránea que se pretende aquí aplicar, la solución de la Corte Suprema debía haber sido diametralmente distinta: habría debido aplicarse la misma argumentación de la “falta del servicio”, que en un caso semejante, si no idéntico, el propio Consejo de Estado francés condenó al Estado, por el daño sufrido por la esposa de la víctima, muerto por disparos de la policía persiguiéndose a delincuentes³².

²⁹ A Herennio Modestino, discípulo de Ulpiano, se le suele conocer como el último de los grandes juristas romanos llamados clásicos, ya que después de él no habría habido ninguno de talento semejante; él es uno de los cinco juristas de la *Ley de Citas* (426, Valentiniano III) y habría muerto bien avanzado el siglo III. Hermogeniano ya es de finales del siglo III y comienzos del IV, y es el autor del conocido “Código Hermogeniano”, publicado en Oriente hacia el año 295, que contiene una colección de rescriptos de Dioclesiano, y que sería utilizado junto a los códigos gregoriano y teodosiano, en la elaboración del “Codex” de Justiniano.

³⁰ Vid. Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 100/2003, 2.1, 132-139.

³¹ El Derecho es la más poderosa escuela de la imaginación. Creo que Jean Giradoux decía que nunca un poeta ha interpretado la naturaleza tan libremente como un jurista la realidad.

³² Vid. “Consorts Lecomte”/1949, en LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ, GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (15^e. éd.) Dalloz. Paris. 2005, 399-405, con indicación de la jurisprudencia en materia de daños pro-

Falta de servicio: omisión, sí; falta de servicio: culpa del servicio, jamás.

Cómo no recordar aquí a Ripert cuando señalaba que “es por la constante preocupación de defender la justicia que el profesor de derecho marca la superioridad de su función; él se rebaja cuando se transforma en el legista que redacta, aprueba y sirve al poder.”³³

¿Falta de servicio o falta de criterio?

Continuación nota ³²

ducidos por acción de la policía, pero también de la policía judicial, y del uso de armas por agentes del Estado, y salidas de reclusos, etc. (vid. en este último caso *Regnault-Desrozières*/1919 y comentarios 3.II, GA cit., 215-219, aplicación del fundamento “riesgo” por actividades que lo significan, e incluso situaciones peligrosas).

³³ ¿Cuál es tu ideal? ¿Ser un jurista o vegetar en un mero legista, obsecuente al jerarca de turno?

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRACIÓN Y SU IMPRESCRIPTIBILIDAD EN EL DERECHO CHILENO*

SUMARIO: Introducción. I. La responsabilidad del Estado ¿resulta operativa sólo en virtud de la ley N° 18.575 de 1986? II. Fallos recientes de la Corte Suprema (4ª Sala): aplicación al tema del Código Civil: 1. Los preceptos del Código de Bello. 2. Su análisis. 3. ¿Es posible aplicar el artículo 2332 a la responsabilidad del Estado? 4. ¿Y el artículo 2497? III. Conclusiones. Anexo. ¿Es la responsabilidad del Estado una responsabilidad “extracontractual” como para aplicarle las normas reguladoras del Código Civil en la materia?

INTRODUCCIÓN

Para nadie es un secreto que la Constitución de 1980 y la primacía de la persona humana que ella reconoce y ampara, asegura y protege, ha venido a transfigurar no sólo el derecho público sino todo el derecho chileno. Ya antes, con la introducción del llamado “recurso de protección” en 1976 (Acta Constitucional N° 3/D.L. N° 1.553, de 13.9.1976, artículo 2°), los derechos de las personas frente al Estado fueron potenciados como nunca antes lo habían sido, con una garantía procesal ágil, pronta y eficaz, transformando a la misma Constitución ya no como un conjunto de normas meramente formales y programáticas, sino como un ordenamiento vivo, aplicable a toda situación de agravio de las personas, y directamente operante para defensa y amparo de ellos, ya que el Estado es ahora concebido no como un “poder de dominación” sobre “administrados”, sino como una entidad de “servicio” para el bien de las personas, para permitir y hacer posible su mayor perfeccionamiento material y espiritual, con pleno respeto de sus derechos, los cuales devienen así un “límite” a los poderes conferidos a los órganos del Estado, órganos que no sólo deben respetarlos sino también promover su ejercicio efectivo¹.

Es en este contexto en el cual aparece con total coherencia la *responsabilidad del Estado*, en cualquiera de sus funciones, y por cualquiera de sus órganos, cuando infringiendo la Constitución, cometen daño, lesionando a las personas, sea en su ser, sea en su tener (artículos 6° inciso 3° y 7° inciso 3°), y ello especialmente referido a los órganos de la Administración del Estado (artículo 38 inciso 2°).

Y es que la responsabilidad del Estado viene a coronar el Estado Constitucional de Derecho, régimen que se fundamenta en el imperio del Derecho, el cual rige, se impone y aplica tanto a gobernantes como gobernados, a toda autoridad estatal, cualesquiera sea su jerarquía, función o naturaleza, y a toda persona, institución o grupo, desde que ante y en el Derecho no hay persona o grupo privilegiado que sea inmune a la juridicidad o

* *Ius Publicum* N° 13 (2004), 127-138.

¹ Tal es lo que de modo tan coherente planteaba el Acta Constitucional N° 2/ D.L. N° 1.552, de 13.9.1976, y sus considerandos, el Acta N° 3 cit. consid. 10° y la propia Constitución de 1980, en su artículo 1° incisos 1°, 4° y 5°, y en sus artículos 5° inciso 2° y 6° incisos 1° y 2°.

a la supremacía constitucional. Y ese Derecho está basado, gira y se fundamenta nada menos que en la primacía esencial de la persona humana².

I. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

¿RESULTA OPERATIVA SÓLO EN VIRTUD DE LA LEY N° 18.575 DE 1986?

Se pretende que la Constitución reenviaría a la ley la regulación concreta de la responsabilidad del Estado por los daños cometidos por sus órganos y en el caso de los órganos administrativos sería entonces la ley N° 18.575 la que establecería el régimen y lo haría sobre la idea de la "falta de servicio" (artículo 44). Pero ello es falso y flagrantemente inconstitucional.

En efecto, tal afirmación desconoce un principio básico y más que fundamental en la Constitución, cual es que la CP 1980 tiene obligatoriedad y operatividad directa, sin que sea necesaria intermediación alguna de la ley para que sus preceptos rijan o puedan ser aplicados. Si así no fuera querría decir que la Constitución quedaría subordinada a la ley, lo que de suyo es aberrante, y que el poder constituyente originario quedaría subordinado al legislador, lo que de suyo repugna al más elemental conocimiento jurídico. Basta leer el artículo 6°, incisos 1° y 2° para comprobarlo, sin lugar a duda alguna.

Valga recordar su texto:

"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella" (inciso 1°).

"Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo" (inciso 2°).

Pero tal afirmación contraría, además, la propia Constitución desde que ésta plantea y reconoce la responsabilidad del Estado, para cualquiera de sus funciones y órganos, sobre la base de la violación a la Constitución ("infracción" de ella, artículo 6° inciso 3°, o "contravención" a ella, artículo 7° inciso 3°), y específicamente sobre la base de la "lesión" que sufre la víctima en sus derechos por parte de la actuación u omisión de los órganos de la Administración del Estado, esto es de cualquiera de los organismos que la componen (artículo 38 inciso 2°).

No puede sostenerse, en consecuencia, que la Constitución no contempla normas que hagan *operativa* la responsabilidad del Estado, y específicamente respecto de los daños originados por la Administración del Estado y sus organismos, y menos aún puede sostenerse que es el régimen de la "falta de servicio" a la que alude la ley N° 18.575 (artículo

² Sobre la primacía referida y la dignidad eminente de la persona humana, vid. nuestros *La primacía de la persona humana, principio fundamental del derecho público chileno*, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Concepción) vol. 5/1996, 21-26 (en mi *Derecho Administrativo*, t. 2°, 12-19); *La dignidad de la persona humana, noción y fundamentos*, en *Derecho Administrativo* cit., tomo 1°, 72-79.

A la Constitución de 1980 procede aplicarse, perfectamente lo que el Dante escribe al conocer a Beatriz, "incipit vita nova". Con la Constitución de 1980 comienza una nueva vida para el derecho público, para la defensa de los derechos de las personas, y para la misión servicial del Estado y de sus órganos. Desgraciadamente, para quienes han ejercido los gobiernos desde 1990 hasta ahora, tal cosa no ha sucedido ya que parece que aún están dominados por un estatismo obsoleto y por la idea que gobernar es "dominar" y no "servir". Vid. sobre el tema nuestros "*El derecho público ¿por qué tan desconocido?*", en nuestro *Derecho Administrativo* (Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996), tomo 2°, pp. 21-34, y *La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad*, en *Revista de Derecho Público* N° 57/58 (1995) 13-28.

44), el régimen que plantea el derecho chileno, desde que este régimen es o radicalmente contrario a la Constitución (si se le entiende como responsabilidad subjetiva, intrínsecamente incompatible con la idea misma de persona jurídica Estado, sea fisco, municipalidad, institución, etc. y con la idea de responsabilidad basada en la lesión/artículo 38 inciso 2º), o como sostenemos, sólo dicho término "falta de servicio" refiere a la responsabilidad del Estado por *omisión*, y nada más.

Como lo venimos enseñando y escribiendo desde la década de los años 70³, la CP *contiene* un régimen operativo directo (no sólo la CP 1925, sino también luego las Actas Constitucionales N° 2 y 3/1976, y obviamente la de 1980, vigente) que incluso tuvo aplicación práctica ya en el siglo 19, en la jurisprudencia⁴, y que no hace tantos años tuviera una expresión ejemplar en el caso *Galletué con Fisco*⁵, en donde expresamente se establece que la responsabilidad del Estado tiene *fundamento/fuente constitucional*, y es sobre la base de sus preceptos (hoy artículo 19 N°s. 24 y 20) que se reconoce el deber jurídico del Estado, (Fisco en dicho caso), de *indemnizar a la víctima* por el daño padecido a raíz de la dictación de un acto administrativo presidencial⁶.

II. FALLOS RECIENTES DE LA CORTE SUPREMA (4ª SALA): APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Ahora bien, no hace mucho se ha afirmado por la Corte Suprema, en dos fallos recaídos en materias diferentes, que la responsabilidad del Estado sería prescriptible, por cuanto le serían aplicables –en ausencia de norma en la Constitución– las normas del Código Civil sobre prescripción de la acción de indemnización de perjuicio, que éste prevé en su artículo 2332⁷.

¿Es posible admitir tal planteamiento?

³ Vid. v. gr. nuestro trabajo en RDJ t. 73/1976, Primera Parte, Sección Derecho, 35-42, también en *La responsabilidad pública, en retorno a la idea clásica de restitución*, en Revista de Derecho Público N° 27/1980, 133-171; *Responsabilidad administrativa municipal (comentario a Tirado con Municipalidad de La Reina)*, en RDJ t. 78/1981, Primera Parte, Sección Derecho, 39-48; *Bases para una teoría general de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno*, en RDJ t. 81/1984, Primera Parte, Sección Derecho, 87-96; *Responsabilidad del Estado e ineficiencia de los servicios públicos (comentario a Ortega Weason)*, en Gaceta Jurídica N° 55/1985, 2-15. Ya recientemente en el último quinquenio, vid. nuestros comentarios a *Ajá Garcetal*/1999, en Ius Publicum N° 4/2000, 159-169; *Contra Arredondo González*/1999, en Ius Publicum N° 6/2001, 187-210; *Baeza Rojas*/2002, en Ius Publicum N° 10/2003, 199-218, y *Torres Velásquez*/2003 en Ius Publicum N° 12/2004, 245-264.

⁴ Vid. v. gr. *Ábalos con Fisco*/1889, y también *Lapostoll*/1930, a comienzos del siglo 20 (ambos en nuestro *Derecho Administrativo* cit., t. 2º, 385-387 y 392-397, respectivamente).

⁵ Corte Suprema, 7.8.1984, en RDJ t. 81/1984, 2.5, 181-189.

⁶ Decreto supremo (A) N° 29 de 16.4.1976 (fecha de publicación en el Diario Oficial).

⁷ Vid. *Aedo Torres*, en Gaceta Jurídica N° 245/2000, 17-27, y N° 248/2001, 250-253, y nuestro comentario en La Semana Jurídica N° 7 (25.12.2000/1.1.2001) 13-15; *Domic Bezic*, en RDJ tomo 99/2002, 2.5, 126-152 y comentario nuestro en 152-154; también *Pizani Burdiles*, en Gaceta Jurídica N° 274/2003, 108-117. *Aedo Torres* recae en la aplicación del reglamento del D.L. N° 77, de 1973; *Domic Bezic* y *Pizani Burdiles* recaen en materia de desaparecidos durante 1973/1974. Estos últimos son fallos que tratan de impedir el gasto financiero que para el fisco significaría el declararlo responsable por esos hechos, más que ser una solución propiamente jurídica basada en la Constitución; vid. al respecto nuestro comentario a *Domic* cit.

Es el planteamiento de la defensa fiscal que pretende escabullir la condena del fisco, pero, por desgracia, torciendo la justicia y pretendiendo que sea la víctima la que cargue con su propia desgracia, causada por el daño que ilícitamente

1. LOS PRECEPTOS DEL CÓDIGO DE BELLO

“Artículo 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

“Artículo 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:”.

(Y siguen tres ejemplos, aun hoy de actualidad: el que dispara imprudentemente un arma de fuego; el que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; y el que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él).

“Artículo 2332. Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”.

2. SU ANÁLISIS

Las normas civiles recibirían aplicación por cuanto en la Constitución *no existiría plazo alguno de prescripción* para la responsabilidad del Estado y, en su silencio, habría que aplicar las normas del Código Civil para la prescripción de los delitos y cuasidelitos, esto es las del título 35 del Libro IV, y específicamente su artículo 2332, antes transcrito.

Primera observación. Respecto de la nulidad de derecho público (artículo 7º inciso 3º de la Constitución), tampoco existe en el texto fundamental norma alguna que señale el plazo de prescripción para ejercitarla, y la Corte Suprema en muy numerosos fallos ha establecido, confirmado y reiterado que no son aplicables las normas civiles a esta nulidad constitucional, ya que tanto su origen como su finalidad son radicalmente distintos de aquella nulidad civil⁸.

Segunda observación. En la propia Constitución existen, además de la acción de responsabilidad del Estado (y, especialmente, del Estado Administración), y de nulidad de

Continuación nota ⁷

ha producido un órgano estatal/fiscal. Se olvida, así, que el Estado y sus órganos están para *promover el bien de las personas* que viven en nuestra comunidad, y no para vulnerarlos, violarlos y avasallarlos, y para *promover el ejercicio de sus derechos* y no para desconocerlos. Quien daña a otro –más aún ejerciendo nada menos que el poder del Estado– debe asumir su acto e indemnizarlo, reparando el mal causado: ello no sólo es de sentido común sino de la más elemental justicia natural. Pretender escabullirse de esta obligación perturba la paz social, envilece el Derecho y corrompe la justicia. Un principio metafísico básico indica que “el efecto de una causa se considera propiamente conforme a la imagen de la causa” (Santo Tomás, *Suma teológica*, III, 50, 6 respondeo). De allí que si la causa de la nulidad de derecho público es un vicio que no prescribe para su declaración, el efecto de ella [que es el daño que produce ese pretendido acto/ propiamente inexistente, daño producido por una “vía de hecho”, que es la aplicación de ese pretendido acto] debe ser considerado propiamente imagen de esa causa (que es imprescriptible) por lo que, en consecuencia, la responsabilidad que de ese daño surge, es igualmente imprescriptible.

⁸ Vid., entre muchos, más de 30, a título de ejemplo, y recientemente, *Pey Casado*, RDJ. t. 99/2002, 2.5, 113-126; *Rodríguez Valenzuela*, t. 97/2000, 2.5, 185-191; *Brian de Diego*, ídem 83-92; *Cantero Prado*, t. 96/1999, 2.5, 69-73; *Cademartori*, ídem 2.1, 139-143; *Balra Moreno*, t. 95/1998, 2.1, 116-121, etc. Vid. sin publicar, entre otros, *Cossio Cárdenas* (C. Suprema, 10.6.1999, Rol. 75-98), *Reyes Zamora* (C. Suprema, 27.10.1998, Rol 1.559-97), *Pérsico Paris* (C. Suprema, 20.11.1997, Rol 34.087-95), etc. En materia eléctrica, distinta de los fallos aludidos (recaídos en actos de aplicación del D.L. Nº 77/1973), vid. en igual sentido *Distribuidora Chilectra Metropolitana S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (C. Suprema, 24.3.1998, Rol 208-97).

derecho público, dos otras acciones típicamente constitucionales y de derecho público que son la acción de amparo “habeas corpus” (artículo 21) y la de “inaplicabilidad” de preceptos legales contrarios a la Constitución (artículo 80). Pues bien, en ninguna de ellas existe plazo alguno para que se ejerciten ante los Tribunales, y a nadie sensatamente se le ha ocurrido –ni siquiera a la defensa fiscal– pretender su prescriptibilidad. Ambas acciones, al igual que la de nulidad de derecho público son exquisitamente *imprescriptibles*.

Tercera observación. Es más, en el propio Código Civil también existen acciones que carecen de plazo de prescripción puesto que el mismo Código establece que en tales casos no corre plazo, o sea son “imprescriptibles”. Y ello es bien conocido por los civilistas; tales, por ejemplo, para pedir la partición de una comunidad de bienes, esto es para terminar con la indivisión (artículo 1317), o para reclamar filiación (artículo 195)⁹, y el mismo Código establece en cuidado lenguaje que “Ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso” (artículo 937)¹⁰.

Cuarta observación. La propia Corte Suprema ha admitido, y desde hace años, que ciertos delitos son imprescriptibles en su persecución, tal como, por ejemplo, lo que se ha denominado “secuestro permanente”, tipo penal especialísimo creado por vía jurisprudencial, aplicado frecuentemente respecto a casos de “desaparecidos” hacia fines de 1973 y 1974 (esto es, hace ya 30 años). Es decir, delitos que habrían sido cometidos hace 30 años o más¹¹.

Y del mismo género ocurre que en el llamado derecho penal internacional se ha admitido la persecución de delitos llamados “contra la humanidad”, v. gr. genocidio, respecto de las cuales no es aplicable prescripción alguna; es decir, se trata de delitos imprescriptibles¹².

⁹ Según el nuevo texto conforme a la ley N° 19.585 (26.10.1998).

¹⁰ Basten estos ejemplos, ya que hay más casos en el propio Código Civil y en distintas leyes que establecen la imprescriptibilidad de acciones, tales como la acción de demarcación (artículo 842), ciertas acciones posesorias especiales (artículo 950 inciso 2°), e incluso la acción reivindicatoria (artículo 894) desde que el dominio no se extingue por el no uso de la cosa ya que el dueño de la cosa puede ejercer o no sus facultades de uso, goce o disposición sobre el bien suyo, en cualquier tiempo, a su voluntad (como lo ha dicho certeramente la Corte Suprema/7.5.2001, Rol 4256-00; vid. La Semana Jurídica N° 29, 11-12); otra acción imprescriptible es la de divorcio, la cual el legislador (ley N° 19.947/2004, art. 57) la ha hecho, además, irrenunciable; cabe agregar todavía la ley 19.234, sobre exonerados políticos, artículos 2° y 4°, sobre pensiones de gracia en ese régimen (vid recientemente, *Patiño Daza c/INP*, Corte de Apelaciones de Santiago, 19.11.2009, Rol 6.956-08); también la Ley de Caminos, artículo 26 (D.F.L./MOP N° 850/1977: vid. *Dannenberg c/Seremi MOP de la XIVa. Región*, Corte de Apelaciones de Valdivia, 9.10.2009, Rol 512-09) sobre reapertura de camino público (cualquiera sea el tiempo que hubiere estado sustraído al uso público); aún, la ley N° 19.260, artículo 4° dispone que en los regímenes previsionales fiscalizados por la Superintendencia de Seguridad Social “el derecho a las pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivencia, y de jubilación por cualquier causa, será imprescriptible” y, por tanto, la acción para exigirlos. Debe recordarse que la Convención de París de 1883, para la protección de la propiedad industrial (vigente en Chile desde el 30.9.1991), dispone en su artículo 3° que no se fijará plazo para reclamar de la anulación o prohibición de uso de marcas registradas o utilizadas de mala fe (vid. artículo 27 y 50 de la ley N° 19.039, de 25.1.1991, que la contradicen).

¹¹ Vid. las observaciones que formula el Instituto Libertad y Desarrollo en *Temas Públicos* N° 677 (4.6.2004), “Condena por un delito inexistente – Responsabilidad histórica de los tribunales”. Antes, vid. F. GRISOLÍA, *Secuestro permanente*, en *El Mercurio/Santiago*, de 31.5.2004, A-2, y el trabajo de J. MARTÍNEZ BUSH, *El secuestro permanente. La ficción judicial es una mentira judicial*, en *El Mercurio/Santiago*, 7.5.2000, D-33. Una posición distinta en J. PRECHT P., *Vigencia de la ley de amnistía*, en *Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca) N° 1/2003, 255-262.

¹² Vid. v. gr. Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y contra la humanidad/NU 1968; y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas/1994 (Belén-Brasil), art VII. Vid. sobre la llamada jurisdicción universal y el Tribunal Penal Internacional, en nuestro país, Angela VIVANCO M., *Alcances constitu-*

Lo que nos muestra que no es algo insólito ni extravagante, ni mucho menos una curiosidad folclórica, la existencia de acciones imprescriptibles, sea en el campo constitucional, civil e incluso penal, y en nuestro propio ordenamiento jurídico chileno.

Quinta observación. Se afirma que en ausencia de norma en la Constitución al respecto, deben aplicarse las disposiciones del Código Civil ya que ellas serían supletorias.

Sin embargo, ello se contradice flagrantemente (a) no sólo con el Código Civil sino (b) también principalmente con la propia Constitución.

(a) En efecto, tal afirmación es contradictoria con el mismísimo Código de Bello, cuyo artículo 547 (título 33 del Libro I, de las personas jurídicas) dispone clarísimamente que las disposiciones de este título *no son aplicables* “a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como *la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales*”.

Conforme al propio texto transcrito, estas entidades personificadas de derecho público *se rigen por sus propias leyes, sus propios ordenamientos*, y el ordenamiento propio de ellas es la “Constitución”. De allí que resulta enteramente falso afirmar que las normas civiles serían supletorias de las de la Constitución, sin perjuicio que tal afirmación desconoce nada menos que la diferencia de fundamento, de origen, de contenido, y de finalidad que tienen las normas de derecho privado respecto de las normas de derecho público¹³.

(b) Y también dicha afirmación contradice la propia Constitución puesto que no sólo norma alguna de ella establece que en ausencia de normas se apliquen supletoriamente las disposiciones del Código Civil, sino que, por el contrario, cuando ha querido ella que éstas se apliquen, lo ha dicho expresamente, de modo claro e indudable, como ocurre con el artículo 19 N° 21 inciso 2°, en el cual de manera bien explícita ha dispuesto que las actividades empresariales que el Estado desarrolle o en las que participe “estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares” (frase 2ª).

Si la normación civil fuera tan supletoria del ordenamiento constitucional como se pretende, no habría habido necesidad alguna de haber establecido tal disposición, que devendría en ese caso inútil, repetitiva y carente de sentido¹⁴.

Continuación nota ¹²

cionales del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en *Ius Publicum* 5/2000, 115-128; A. FERNANDOIS, *El Tribunal Penal Internacional y sus implicaciones constitucionales*, en *RCHD* vol. 30 (2003) N° 3, 471-489; vid. Fallo del Tribunal Constitucional de 8.4.2002, Rol 346; C. GARAY VERA, *La juridización de la política*, en *Ius Publicum* N° 3/1999, 139-146. Véase, también, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 5.9.2003 (Rol 383), que declara la inconstitucionalidad de forma del artículo IV, inciso 2° del proyecto de acuerdo que aprueba la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, cit., que consagra la universalidad de la jurisdicción, en razón de no haberse aprobado con los quórum exigidos para disposiciones que son de leyes orgánicas (artículo 63 inciso 2° de la Constitución). Sobre la jurisdicción universal en lo penal, en general, vid. L. BENAVIDES, *The universal jurisdiction principle*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Unam) vol. 1/2001, 20-96.

¹³ Vid. al respecto nuestras observaciones sobre el tema en nuestro *Derecho Administrativo* cit. tomo 2°, 273-276 y especialmente nota 54 en 275; también 13-15, y tomo 1°, 27-29 y nota 14 en 27.

¹⁴ La Corte Suprema en *Cademartori Invernizzi* 1999 cit. (vid. nota 8)) ha establecido con meridiana claridad –a propósito de la pretensión fiscal de ser aplicables a la responsabilidad del Estado los artículos 2332, 2497, 2514 y 2515 del Código Civil– “que las reglas del derecho común no pueden tener aplicación sino cuando las normas del derecho

Por lo demás, por si todavía todo lo dicho fuera poco, debe señalarse que toda la normación constitucional que incide en el reconocimiento y amparo, aseguramiento y protección de los derechos fundamentales –y la responsabilidad del Estado incide, precisamente en los derechos de las personas/artículo 19 N.ºs. 1, 20 y 24, en especial– remite siempre para su cumplimiento a la ley, al legislador y jamás al Código Civil¹⁵.

La propia Corte Suprema (Sala Ministros Ortiz, Tapia y Rodríguez y abogados integrantes señores Fernández R. y Castro A.) ha dicho de modo muy certero y preciso en *Cademartori Invernizzi c/Fisco* (27.5.1999, RDJ t. 96/1999, 2.1, 139-143) que la aplicación del artículo 2332 del Código Civil “resulta inconsistente con las características que se reconocen a la nulidad de derecho público, de modo que su aplicación conduciría a reconocer la absoluta invalidez de los actos impugnados, pero manteniendo incólume sus efectos” (consid. 7º, p. 142 columna 1 in fine).

3. ¿ES POSIBLE APLICAR EL ARTÍCULO 2332 A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO?

Pero ¿cómo podrían aplicarse las normas del título 35 del Libro IV y especialmente su artículo 2332, a la responsabilidad del Estado? ¿Son en su contenido coherentes con la naturaleza del Estado y de sus órganos, y compatibles con su actividad?

Recordemos el artículo 2314 ya transcrito:

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro...”

Cuando el Estado provoca un daño a una persona al desarrollar su actividad administrativa ¿comete, acaso, un “delito”? ¿Comete, acaso, un “cuasidelito”?

Y si se sigue con el texto del artículo 2314 en cuanto a que el autor del daño “es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la *pena* que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” ¿es que al Estado fisco, municipalidades, instituciones, empresas del Estado, cuando comete un daño se le aplican “penas” penales? En tal caso ¿podría hablarse de “Estado delincuente”?

Y adentrándonos en el término “delito” o “cuasidelito” a que se refiere la disposición aludida, y relacionándola con el artículo 2329 igualmente transcrito, se puede advertir claramente que se está haciendo alusión a un daño cometido por su autor con “malicia” o “negligencia”, esto es con “dolo” o “culpa”, respectivamente (si se concuerda con el artículo 44 del mismo Código Civil que da definición de ello).

Ahora bien, cuando el Estado o alguno de sus órganos, administrativos en nuestro caso, incurre en un daño al hacer ejercicio de sus funciones (sea acto, hecho u omisión), ¿se le imputa a “malicia”/dolo, a “culpa”, acaso? ¿Es que un órgano de la Administración del Estado, o más ampliamente, es que el Estado actúa con dolo o culpa? ¿Es que al Estado

Continuación nota ¹⁴

público se remitan a ellas o cuando la naturaleza de la institución permite que el derecho público se integre con normas comunes”, lo que no ocurre en esta materia, cuya finalidad es muy diversa de la de las normas del derecho privado (consid. 6º, 141-142).

¹⁵ La única excepción se encuentra en el N.º 13 del artículo 19, que asegura “el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”, el cual cuando se ejerce en “plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por *las disposiciones generales de policía*”, en una terminología que viene ya del siglo 18, para referirse al término Administración, o al ramo Gubernativo, es decir por actos administrativos, pero jamás por normas del Código Civil.

se le imputa “culpabilidad” en tal caso? ¿Se habla, acaso, de Estado “culpable”? o ¿de delito doloso, o cuasidelito culposo cometido por el Estado?

Es más que obvio que tal lenguaje es improcedente, y tal conceptualización civilista es entera, total y completamente inaplicable al Estado.

El Estado carece de sustento psicológico, carece de la sustancialidad humana –cuerpo y espíritu, razón y libertad–, como para imputarle intención maliciosa, o culpabilidad, estados de ánimo e intención, situaciones en que se puede hallar única y solamente la persona humana, pero jamás una persona jurídica como es el Estado, o cualquiera de las personas jurídicas que configuran en Chile la Administración del Estado (v. gr. fisco, municipalidades, instituciones, empresas del Estado, gobiernos regionales).

Si el artículo 2332 se refiere a la prescripción de las acciones para perseguir el daño por delitos y cuasidelitos civiles, regulados por el título 35 del libro IV, y al Estado no es posible aplicarle esas normas por cuanto intrínsecamente por su propio estatuto, naturaleza y finalidad, no puede cometer tales ilícitos civiles, ni delitos ni cuasidelitos, resulta más que inconcuso que dicho artículo 2332 no es aplicable al Estado y, por ende, su responsabilidad por los daños que cometa en el ejercicio de sus funciones es imprescriptible.

De allí que tales normas civiles son enteramente impertinentes al Estado, por lo cual es insostenible afirmarse en ellas para sostener que la responsabilidad del Estado sería prescriptible.

4. ¿Y EL ARTÍCULO 2497?

Pero aquellos que pretenden la irresponsabilidad del Estado huyendo al derecho privado plantean una última escapatoria invocando aún otra norma del Código Civil, a saber su artículo 2497.

4.1. Veamos su texto

“Artículo 2497. Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”.

Ello está –en el caso que analizamos– en relación con el artículo 2514, como asimismo con los artículos 2515 y 2517.

“Artículo 2514. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”.

“Artículo 2515. Este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las ordinarias.

La acción ejecutiva...”.

“Artículo 2517. Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”.

4.2. Teniendo a la vista estos textos analicemos si pueden ellos ser aplicables a nuestro tema de la responsabilidad del Estado, y especialmente en la que incurren los órganos de su Administración.

Estas disposiciones se encuentran en el título 42 del libro IV del Código Civil, sobre “De la prescripción”; el primero de ellos en su párrafo 1º “De la prescripción en general”, y los tres siguientes en su párrafo 3º “De la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales”.

Luego, lo que se trata es analizar si estas disposiciones calzan en su aplicabilidad al Estado y sus órganos administrativos.

(a) El artículo 2497 plantea que las normas de la prescripción, “en general”, “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, pero ya al referirse a la prescripción *extintiva de acciones judiciales* (párrafo 3º) se establecen reglas especiales al respecto y que son las que directamente vienen a nuestro tema.

Allí se verá que para que exista la prescripción extintiva de acciones y derechos se requiere el transcurso de cierto tiempo en el cual no se hayan ejercido tales acciones (2514), tiempo que se señala en tres años para las acciones ejecutivas y de cinco años para las ordinarias (2515, inciso 1º).

Ahora bien, la acción constitucional de responsabilidad del Estado obviamente no es ejecutiva ¿será, acaso, “ordinaria”? Las acciones constitucionales—habeas corpus, inaplicabilidad y nulidad de derecho público— ¿son “ordinarias”? ¿son aplicables dichas disposiciones (artículos 2497, 2514 y 2515) a la acción de amparo habeas corpus, a la de inaplicabilidad? Jamás—a nuestro conocimiento— se ha planteado tal disparate jurídico. Y respecto a la acción constitucional de nulidad de derecho público, la defensa fiscal lo ha planteado de modo reiterado, y numerosísimas veces la Corte Suprema ha desechado tal alegación¹⁶, afirmando su imprescriptibilidad, ya que son enteramente inaplicables a su respecto las normas civiles referidas. Y entonces, la acción de responsabilidad del Estado (artículos 6º inciso 3º, 7º inciso 3º, y 38 inciso 2º) para la Administración ¿seguiría una regla distinta? ¿No es, por ventura, una acción constitucional al igual que las antes mencionadas? Y más aún ¿no es, acaso, aquella acción constitucional que viene a coronar al sistema del Estado constitucional de Derecho que ha configurado la propia Constitución?

Resulta de una *flagrante incoherencia*—qué duda cabe— afirmar la prescriptibilidad de la acción de responsabilidad del Estado y aceptar la imprescriptibilidad de las otras acciones constitucionales de habeas corpus, nulidad de derecho público e inaplicabilidad, como asimismo pretender hacer aplicables las normas del Código Civil sobre prescripción de acciones a la concerniente a la responsabilidad del Estado en circunstancias que al mismo tiempo se afirma su no aplicación a la acción de nulidad de derecho público. Las mismas razones que se invocan para no aplicarlas en un caso, se invocan para aplicarlas en el otro caso.

De allí que *carecen de todo fundamento* tanto lógico como jurídico las afirmaciones que la Corte Suprema y la defensa fiscal sostienen en cuanto a la prescriptibilidad de la acción constitucional de responsabilidad del Estado.

Las normas del Código Civil—artículos 2497, 2514 y 2515— son enteramente inaplicables a la materia de la responsabilidad del Estado, la cual es *imprescriptible*.

¹⁶ Vid. nota 8 precedente; vid. al respecto nuestro *La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno*, en *Ius Publicum* N° 4/2000, 55-62; últimamente, nuevos fallos reiteran esta imprescriptibilidad, vid. *Rodríguez Valenzuela*, en RDJ t. 97/2000, 2.5, 185-191, y *Pey Casado*, en RDJ t. 99/2002, 2.5, 113-126.

(b) Pero hay más todavía ¿Es posible que reciba aplicación el artículo 2517 ya transcrito? ¿Se extingue, acaso, la acción para perseguir la responsabilidad constitucional del Estado por la prescripción adquisitiva de un "derecho" que favorecería al Estado?

Nos parece que el solo enunciado de esta proposición repugna al más elemental sentido común.

¿Qué "derecho" adquiere el Estado por la extinción por prescripción de la acción referida? ¿Acaso el "derecho" a seguir dañando, a seguir "lesionando" los derechos de las personas, y a desarrollar la actividad estatal en esa forma ilícita provocando el mal individual en vez de promoviendo el bien común? ¿O, por ventura, un "derecho" a actuar de modo inconstitucional, puesto que al producir un daño, por acto, hecho u omisión, se trata de una infracción a la Constitución, de una contravención a ella?

III. CONCLUSIONES

Se ve, pues, con claridad total, que las disposiciones del Código Civil referidas son *completamente inaplicables al Estado* en esta materia concerniente a su responsabilidad por los daños que comete en el ejercicio de sus funciones, en una víctima que no está jurídicamente obligada a soportarlos.

ANEXO

¿ES LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO UNA RESPONSABILIDAD
 “EXTRA CONTRACTUAL” COMO PARA APLICARLE LAS NORMAS
 REGULADORAS DEL CÓDIGO CIVIL EN LA MATERIA?*

Sabido es que luego de más de 40 fallos recaídos en materia de responsabilidad del Estado (Fisco) por los daños producidos por actos administrativos que excedían la ley (D.L. N° 77, de 1973), actos que fueran declarados nulos (de derecho público/artículo 7° de la Constitución Política de 1980), y que justamente se condenaba al Estado/Fisco al pago de una indemnización al demandante, y fallos pronunciados en la década de los 85-88 adelante, la Corte Suprema cambió brusca y radicalmente de predicamento en *Aedo Alarcón* (C. Suprema, 7.11.2000 en Gaceta Jurídica N° 245/2000, 17-27; mi comentario en La Semana Jurídica N° 7, de 25.12.2000), desechando la pretensión indemnizatoria en razón de encontrarse prescrita, por aplicarse a ella las disposiciones de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, y por lo tanto su artículo 2332, que declara prescrita tal responsabilidad si no se ejercita la acción dentro del plazo de cuatro años de cometido el daño.

Ahora bien, tal predicamento, que es de una incoherencia lógica espeluznante¹ cuando se aplica a la responsabilidad del Estado como consecuencia del daño producido por *actos administrativos declarados nulos*, ha venido siendo aplicado últimamente también cuando tal responsabilidad deriva de *hechos* y especialmente a raíz de las demandas de los herederos de detenidos y desaparecidos cuyos restos aparecieron después de los años 1992/94 en adelante.

Tal como se dice recientemente en un fallo *Martínez Rodríguez con Fisco* por la Corte Suprema (3ª Sala 21.10.2007, Rol 4067-06), se trataría de una responsabilidad “extracontractual” cuya acción tiene un “contenido patrimonial”, y por lo tanto, se le aplican las normas del Código Civil, tanto referentes a la prescripción (v. gr. 2497) como a dicha responsabilidad (artículo 2332).

Paso de largo en esta nota sobre el punto referente a que como la acción tiene “contenido patrimonial” debe regirse por el Código Civil, como si lo patrimonial no tuviera otra regulación que aquella, *olvidándose* que antes que aquella está la regulación constitucional², y que el derecho de propiedad, en cualquiera de sus especies, es un derecho natural, fundamental, anterior y superior a la propia Constitución y, obvio, al propio Código Civil, y que ninguna ley –incluido el Código Civil– puede afectar su contenido esencial (artículo 19 N° 26 de la Constitución).

Me refiero, sí, a aquello que la Corte Suprema especifica como responsabilidad “extracontractual”: la responsabilidad del Estado originada por actos u hechos³ sería

* *Ius Publicum* N° 20 (2008), 81-84.

¹ Vid. mi comentario a *Aedo* cit. y más ampliamente en *La responsabilidad del Estado-Administración y su imprescriptibilidad en el derecho chileno*, en *Ius Publicum* 13/2004, 127-138.

² No se olvide que el Código Civil es de 1855 y el régimen constitucional ya viene bien precisado en la Constitución de 1833, artículo 12 N° 5, que vino a completar y perfeccionar cuanto había dispuesto el artículo 17 de la de 1828.

³ Dejemos de lado por ahora a aquella producida por omisiones (un caso ejemplar en *Hexágono con Fisco*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 84/1987, 2.5, 217-232; y toda la muy abundante jurisprudencia en materia de responsabilidad municipal por la omisión/ falta de servicio en la debida mantención de calles, veredas, parques, estadios

“extracontractual” y, por tanto, regida por las normas del título XXXV del Libro IV del Código Civil, y específicamente su artículo 2332, que contiene el plazo de cuatro años de prescripción de la acción que dicho título concede por daño o dolo para perseguir tal responsabilidad, contado desde la perpetración del acto u hecho.

1. ¿Se puede hablar de responsabilidad “extracontractual” del Estado en los términos que dichas normas del Código Civil utilizan el término “extracontractual”?

Como expresa el propio artículo 2314 de dicho cuerpo legal,

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

De su sola lectura, aun cuando se haga sin una profunda atención, aparece claro que no resulta congruente ni adaptable su contenido al Estado o a cualquiera de sus órganos, especialmente de su función administrativa (v. gr., entre otros, fisco, municipalidades o servicios públicos personificados).

En efecto, y salta a la vista, el Estado o sus órganos no cometen ni pueden cometer “delitos” o “cuasidelitos”, ya que intrínsecamente, por su propia conformación o configuración entitativa son incapaces de ello; estructuralmente son personas jurídicas, y un ente de razón (o de “ficción”, “ficticia” como las denomina Bello en el artículo 545, inciso 1º) carece tácticamente, *per se*, de suyo, de la posibilidad de cometer “delitos” o “cuasidelitos”, o sea actos u hechos que producen daño existiendo la intención (dolo) o negligencia (culpa) en su comisión (artículos 2329 y 44 del mismo Código), o sea *actos de voluntad* que suponen necesariamente el ejercicio de razón y libertad, lo que sólo posee un ser humano, pero jamás un ente de razón (como es el Estado, el que, además, es un ser accidental y no sustancial, puro artificio conceptual jurídico de creación humana).

En otros términos, cuando el Estado, en cualquiera de los órganos de su Administración, produce un daño ¿comete un delito o un cuasidelito? O sea, cuando su actividad –o incluso inactividad⁴– origina daño a las personas ¿se le imputa a “malicia”, dolo, en el primer caso, y a “culpa”, negligencia en el segundo?

Es decir ¿se le imputa “culpabilidad” (al modo penal: dolo o culpa, según intención, o mera negligencia, respectivamente)?

¿Habrían, pues, “delitos dolosos” y “cuasidelitos culposos” cometidos por el Estado y sus órganos administrativos cuando producen daño en su actividad o por sus omisiones?

¿Es compatible tal circunstancia con la naturaleza y estructura del Estado, que es una persona jurídica, conformada en su Administración por personas jurídicas (fisco, municipalidades, gobiernos regionales, etc.)?

Continuación nota ³

y/o la debida señalización de los peligros que en ellos existan para el expedito tránsito de vehículos y peatones: vid. al respecto nuestro *La responsabilidad del Estado por su actividad municipal*, en *La responsabilidad del Estado-Administración*. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2006. Universidad Santo Tomás. Santiago. 2007, 71-116.

⁴ Como ocurre tan a menudo en la responsabilidad de las Municipalidades por la omisión en que incurren en la mantención de calles, veredas, plazas, parques, estadios municipales, etc., o en la omisión de señalización del peligro en esos lugares si se encuentran en mal estado; vid. Al respecto mi *La responsabilidad del Estado por su actividad municipal*, en SOTO KLOSS, ARANCIBIA Y OTROS, *La responsabilidad del Estado-Administración* (Conferencias Santo Tomás de Aquino/ 2006. Universidad Santo Tomás. Santiago. 2007, 71-78 y anexos con la jurisprudencia de los últimos 25 años en la materia, en 71-116.

2. Si se advierte, tan intrínsecamente incompatible resulta todo ello para ser aplicado al Estado, que ello se confirma con la sola lectura de la parte segunda del artículo 2314 aludido, cuando se agrega a aquello de que “es obligado a la indemnización”, el “*sin perjuicio de la pena que le impongan (al que cometió el delito o cuasidelito) las leyes por ese delito o cuasidelito*” (cursivas nuestras).

Cuando se habla de “penas” en dicha disposición se está refiriendo a penas “penales”, porque ese daño cometido por su autor puede ser también un delito penal, o sea un ilícito tipificado penalmente, y que conlleva como tal una “pena” penal.

En tales condiciones ¿qué “penas” se aplicarían al Estado, sea éste fisco, municipalidades, instituciones, etc.? ¿Es que el Estado o los organismos referidos, puede cometer delitos y ser castigados con una pena penal? ¿Conoce Ud., amable lector, algún caso de responsabilidad del Estado por su actividad administrativa o su inactividad en que además de ser condenado al pago de una determinada indemnización, se le imponga, además, una pena tal como lo prevé el artículo 2314 mencionado?

Verdaderamente resulta inconcuso que tal regulación no es aplicable al Estado, o sus organismos, especialmente administrativos, el cual ni comete delitos o cuasidelitos civiles, ni es pasible de penas (penales), cuando incurre en daños a los particulares en su actuar o inactuar.

Y es que el Estado carece de todo sustrato sicológico, carece de sustancialidad humana (cuerpo y espíritu, razón y libertad) como para que sea posible imputarle una intención maliciosa (dolo) o una culpabilidad subjetiva, circunstancias o situaciones de las que se puede hablar sólo, única y exclusivamente respecto de la persona humana, esa “substancia individual de naturaleza racional”, al decir de Boecio. Y al carecer de esa subjetividad – que es la planteada por ese título XXXV del Libro IV en sus artículos 2314 y 2329, entre otros, no es posible racional, ni jurídicamente en consecuencia, configurar una responsabilidad “extracontractual” del Estado y en virtud de ese calificativo hacerle aplicable las disposiciones de dicho título XXXV.

Ahora bien, la responsabilidad del Estado, por cualquiera de sus órganos (legislativos, judiciales, contralores o administrativos) es una responsabilidad “constitucional”, no civil (como a veces autores o sentencias la suelen llamar sin ningún rigor técnico, por no decir intelectual), y según sea el origen del daño producido por sus órganos, especialmente administrativos, tendrá su fuente en una *actividad jurídica*, sea unilateral, sea contractual, en una *actividad material* (hechos) o en una *inactividad* (omisiones) existiendo el deber jurídico de actuar. Esto es lo que aparece adecuado o congruente con el quehacer del Estado y sus órganos, y que permite un tratamiento coherente con el régimen mismo que la Constitución ha previsto en la materia (artículos 6º, 7º y 38 inciso 2º).

Hablar de responsabilidad “extracontractual” del Estado es sólo muestra de un “civilismo” que pudo tener alguna razón en época ya bien pretérita, en la cual no existía un desarrollo doctrinario del derecho público en esta materia en nuestro país, pero que no tiene asidero hoy cuando se advierte que la regulación del Estado y de su responsabilidad se rige por el derecho propio del Estado, que es el derecho público, la Constitución, y no el derecho civil, puesto que la actividad del Estado y su misión de bien común es asunto de *justicia distributiva*, y no precisamente de la conmutativa, propia de lo civil, de los particulares, de los privados.

Tiempo es ya de dejar de usar una terminología jurídicamente impropia y entender que al Estado y a sus organismos, especialmente administrativos, no es posible aplicarles las normas del título XXXV del libro IV del Código Civil, ya que estructuralmente son incompatibles con su propia naturaleza y fines, además de constituir una antinomia carente de sustento racional

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO/ADMINISTRACIÓN ES OBJETIVA

Sumario: Introducción. 1. Su fuente constitucional. 2. La jurisprudencia de la Corte Suprema. 3. El caso Aillapán Sepúlveda y la responsabilidad de los Servicios de Salud. 4. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El tema de la responsabilidad del Estado ha venido adquiriendo en los últimos 15 a 17 años una importancia cada vez mayor, en lo que se refiere a los daños que produce la actividad de los órganos de la Administración en los diversos sectores de su tan vasta actividad, sean ellos producidos por actos que emita o dicte, por los hechos que realice o bien por su inactividad u omisión en que incurra debiendo jurídicamente actuar.

Ha sido especialmente en cuatro sectores, bien distintos entre sí, en donde se ha presentado este apasionante tema, el que no cabe duda que viene a ser la “corona” del régimen de un Estado de Derecho, esto es aquél en el cual es el Derecho el que rige las relaciones no sólo entre los particulares sino muy en especial las relaciones entre los particulares/ciudadanos/personas y el Estado en cualquiera de los órganos que lo componen. Y es que en este régimen es el Derecho quien rige la comunidad de personas que la integran y no la voluntad despótica del jerarca, cualquiera sea la forma en que haya llegado al poder.

Esos cuatro sectores en donde aparece con mayor esplendor la responsabilidad del Estado-Administración son –sin que el orden enunciado implique mayor o menor importancia– el sector de las municipalidades¹, el de los Servicios de Salud², el de la aplicación ilegal del D.L. N° 77, de 1973³, y el sector de los órganos de policía (civil y

¹ Vid. *Tirado con Municipalidad de La Reina*, RDJ t. 78/1981, 2.5, 35-44, caso ejemplar que sentó jurisprudencia hasta hoy vigente (nuestro comentario en Primera Parte, Sección Derecho, 39-48); sobre el tema vid. nuestro *La responsabilidad de las municipalidades por los daños que produzca su inactividad/falta de servicio*, en *Ius Publicum* 18/2007, 65-72, y más ampliamente, en *La responsabilidad del Estado por su actividad municipal*, en AA.VV., *La responsabilidad del Estado-Administración* (Conferencias Santo Tomás de Aquino 2006). Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2007, 71-116 (con abundante referencia jurisprudencial de los últimos 25 años).

² Vid., entre otros, los casos que hemos indicado en nota 15bis, haciéndose presente que no son todos los que existen; vid. v. gr. el recuento que hemos hecho en *Responsabilidad del Estado por daños producidos por sus Servicios de Salud*, en *Ius Publicum* 12/2004, 79-87.

³ Vid. desde *Teitelboim* (16° Juzgado Civil de Santiago, 28.6.1990, Rol 604-89 fallo cumplido por el fisco sin siquiera esperar que se vieran los recursos planteados por el mismo fisco, lo que llevó a la Corte de Apelaciones de Santiago (5.11.1991) a entender que éste renunciaba a los recursos deducidos (renuncia que infringía la propia ley orgánica de la defensa fiscal) declarando, por tanto, confirmada la sentencia de primer grado; y con posterioridad, entre muchos, vid. *Pérsico París*, en *Gaceta Jurídica* 209/1997, 67-76; *Baltra Moreno*, RDJ t. 95/1998, 2.1.116-121; *Sánchez Michea*, ídem 2.5, 114-126; *Bussi Soto*, GJ 217/1998, 83-88; *Cantero Prado*, RDJ t. 96/1999, 2.5, 69-73; *Cademartori*, ídem 2.1, 139-143; *Brian de Diego*, t. 97/2000, 2.5, 83-92; *Rodríguez Valenzuela*, ídem 185-191; *Pey Casado*, t.99/2002, 2.5, 113-126; etc.

uniformada/Carabineros)⁴. Ello no significa que la responsabilidad del Estado no presente otros sectores y casos en que se haya planteado un contencioso indemnizatorio nada despreciable, como es el que originara la guerra civil de 1891, cuyos daños no fueron pocos en los patrimonios privados, ajenos al conflicto que oponían a los beligerantes, y ante el cual los tribunales demostraron poseer bastante claridad en sus decisiones⁵.

Lo dicho respecto al contencioso referido a la guerra civil aludida muestra bien claramente que el tema no sólo no era desconocido para nuestros jueces durante el siglo 19, sino que la jurisprudencia lo había abordado ya desde mediados de esa centuria de modo airoso y con notable anterioridad a la tan “cacareada” avanzada jurisprudencia francesa, que algunos todavía creen, bien equivocadamente, que es un modelo en la materia⁶, desconociéndose la riqueza vernácula que presenta nuestro propio régimen y nuestra propia historia⁷.

1. SU FUENTE CONSTITUCIONAL

No cabe soslayar que el desarrollo del tema adquirió notable claridad con la Constitución de 1980, cuyo artículo 38, inciso 2º –en plena armonía con sus artículos 6º, inciso 3º y 7º, inciso 3º– reconoce que

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño”⁸.

⁴ Vid., entre otros, y desde el célebre *Fuschs y Plath* (RDJ t. 5/1908, 2.2, 55-57) y *Becker* (t. 62/1965, 2.1, 6-13) a los más recientes como *Fuentes Lizama*, RDJ t. 93/1996, 2.5, 257-266; *Caro Silva* (t. 102/2005, 2.5, 1081-1084); *Santibáñez Vianni* (especialmente Corte de Apelaciones de Santiago, 16.12.2002, en *Ius Publicum* 14/2005, 229-234); *Albornoz Amaya* (Gaceta Jurídica 306/2005, 47-54); *Vargas Grandón* (GJ 309/2006, 59-71), etc.

⁵ Nos hemos referido a ello, de paso, en nuestro *La responsabilidad municipal*, comentario a *Tirado* cit. (nota 1 precedente), en donde hemos referido los principales casos que la jurisprudencia de la época muestra, y bajo la aplicación de la Constitución de 1833 (artículo 12 N° 5), esto es que el daño antijurídico debe indemnizarse por cuanto implica una “privación de lo suyo” de la víctima, que debe ser restituida.

⁶ Baste recordar el tan citado arrêt *Blanco* (Tribunal des Conflits, 8.2.1873, en Long, Weil, Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15é. éd. Dalloz. Paris. 2005, 1-7), en donde se dice nada menos que la responsabilidad del Estado “no es ni general ni absoluta”, o sea que no es aplicable a todos sus órganos, excluyéndose a algunos, ni que es completa, esto es posee excepciones que la misma jurisprudencia establece según lo estima del caso (ya que el juez administrativo supremo/ Conseil d’État es un juez pretoriano, que crea Derecho). Nada tan lejano de ello como nuestros jueces del siglo 19 (recuérdese, v. gr. *Abalos con Fisco*, casi coetáneo de *Blanco* cit., que puede verse en Gaceta de los Tribunales, año 49/1890, N° 3001, 7.2.1890, sentencia N° 5, 185; en mi *Derecho Administrativo* cit., II, 385-387 con comentario). Y recuérdese nada menos que E. Laferrière (que fuera maître de requêtes en 1870, presidente de la sección contenciosa del Conseil d’État en 1879 y su vicepresidente entre 1886 y 1898) sostenía (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Berger-Levrault. 1887, 2è. éd. 1896) que lo propio del poder soberano es imponerse sin indemnización, al más puro estilo del absolutismo francés (vid. M. Deguerge, *Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit de la responsabilité administrative*. LGDJ. Paris. 1994, 82-88), tan enteramente diferente al sistema castellano de la misma época, que preveía ya en 1627, bajo Felipe IV, la responsabilidad de la Corona (vid. *Recopilación de las leyes de Indias*, 2.2.19, su texto puede verse en mi *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, II, 258-259).

⁷ En este desconocimiento de nuestra propia historia y de la propia tradición jurídica (romano/cristiana e hispánico/indiana) radica esa especie de coloniaje mental que tan a menudo se produce en algunos que siempre andan buscando soluciones foráneas a nuestros propios problemas y producen esos “injertos extranjerizantes”, tan perversos como incapaces de resolver las necesidades propias (vid. al respecto nuestro “El derecho público por qué tan desconocido”, en *Derecho Administrativo* cit., I, 21-34).

⁸ Artículo 6º inciso 3º: “La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. Artículo 7º inciso 3º: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sancio-

Ello fue reiterado en 1986 con la ley N° 18.575, cuyo Título I sobre “Normas Generales”, que contiene los *principios* que regulan la Administración del Estado, y que confirma en su artículo 4° lo ya expresado en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución, al disponer que

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

Su artículo 44 (42 en su texto refundido) –que forma parte del Título II “Normas Especiales”, “De la organización y funcionamiento” de la Administración del Estado– dispone, por su parte, en su inciso 1°, una norma que incluye también la responsabilidad del Estado pero específicamente por los daños que produce su inactividad; esto es en que debiendo jurídicamente actuar alguno de sus órganos no lo hace y su “*omisión*” (*falta*=ausencia de actuación, inactividad) origina daños en una o más personas:

“Los órganos del Estado serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.

Su inciso 2° regula una relación intraorgánica, es decir aquella que se produce entre el organismo de la Administración del Estado (sean fiscales, sean personificados no excluidos del Título II, por lo previsto en su artículo 18/21) y el funcionario que hubiere producido el daño, cuando el Estado, con motivo de esa actuación u omisión dañosa ha sido condenado al pago de una determinada indemnización a la víctima, caso en el cual podrá repetir en contra de él, pero siempre que éste “hubiere incurrido en falta personal”⁹.

2. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Lo dicho fue muy bien comprendido por la Corte Suprema durante todas las décadas de los años 80 y 90 pasadas y hasta comienzos del presente siglo 21¹⁰, en que por la persistente campaña de la defensa fiscal, a fin de escabullir las condenas en responsabilidad del Estado

Continuación nota ⁸

nes que la ley señale” (cursivas nuestras). Hemos contribuido en algo al tema ya en 1976 con nuestro *La responsabilidad del Estado Administrador, un principio general del derecho chileno*, en RDJ t. 73/1976, Primera Parte, Sección Derecho, 35-42, así como en 1984, ya vigente la Constitución de 1980, con *Bases para una teoría general de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno*, en ídem t. 81/1984, Primera Parte, Sección Derecho, 87-96 (ambos ahora en *Derecho Administrativo cit.*, II 280-307).

⁹ “Falta personal”, término que no se define, y que no se encuentra en nuestro Derecho (un típico “injerto extranjerizante” francés), y del cual no conocemos casos en que hubiere sido tratado por la jurisprudencia nuestra. Por lo demás, resulta difícil en la práctica esta “repetición” si se consideran las bajas remuneraciones de que gozan los funcionarios públicos, salvo los jefes, los cuales normalmente siendo de la confianza exclusiva presidencial o del jefe superior del servicio respectivo, a lo sumo se les pedirá la renuncia al cargo, y en ello quedará todo el asunto.

Esta disposición del artículo 44/42 originará hacia comienzos del segundo milenio (2202), y por la pertinacia de la defensa fiscal, la pretensión de entender la expresión “falta de servicio” como “culpa del servicio” (traducción textual del francés, *faute du service*), y con ello exigir, más encima, a la víctima del daño producido por el Estado Administración la prueba de la “culpa” del servicio, a fin de poder pedir la correspondiente indemnización, prueba verdaderamente diabólica, dadas sus dificultades prácticas ante el espíritu de cuerpo del servicio implicado. Ello muestra bien a las claras la visión fiscalista, estatista, más propia de un régimen absolutista que no de una república y democrática (artículo 4° de la Constitución), la cual gira sobre la primacía de la persona humana (artículos 1° y 5° inciso 2°) y la igualdad de todos ante la ley, incluido el propio Estado y sus organismos (artículo 19 N° 2). Nos hemos referido a esto variadas veces, y últimamente en nuestros comentarios a *Torres Velásquez y Parada Toloza*, en RDJ t. 100/2003, 2, 5, 170-180, y en *Ius Publicum* 16/2006, 241-267, respectivamente. Sobre la pretensión de hacer de este injerto extranjerizante el régimen general de la responsabilidad del Estado, pasando por encima de la propia Constitución, y las incoherencias que tal pretensión contiene, vid.

Continúa nota

por los daños producidos por los órganos de su Administración, se fue introduciendo la idea –falsa de punta a cabo– de que el régimen chileno (copiando la fórmula francesa de mediados del siglo 20 y abandonada hoy)¹¹, estaría basado en la llamada “falta de servicio” (entendida como “culpa del servicio”, a la francesa: *faute du service*, y no *omisión* de servicio como expresa textualmente el artículo 44/42 de la ley N° 18.575, en su inciso 1°), y no en la “lesión” sufrida por la víctima, tal como lo establece de manera expresa, formal y explícita, la Constitución en su artículo 38, inciso 2° (“Cualquier persona que sea *lesionada* en sus derechos por la Administración del Estado...”).

El caso *Domic Bezic* (2002) marca el lunar o mancha o punto oscuro dentro de la jurisprudencia en la materia¹², y si bien él recaía en una materia ajena a los cuatro sectores ya referidos en que la responsabilidad del Estado se ha desarrollado en el último cuarto de siglo¹³, planteaba que la responsabilidad del Estado carecía de origen constitucional (vid. su consid. 5°) y que el régimen jurídico que la estatúa era de creación legal y era el de la falta de servicio, ley N° 18.575, régimen general de la materia en Chile. Hemos criticado –creemos que exhaustivamente– tal planteamiento, que no pasa de ser una pura invención del juez supremo en dicha causa, sin ningún asidero jurídico, ni constitucional ni legal (véase sobre el punto nuestro trabajo citado en nota 10 precedente).

Tal planteamiento supremo debió ser *rectificado* casi enseguida al conocer el mismo juez supremo casos de responsabilidad del Estado por daños producidos por la actividad de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de personal de las Fuerzas Armadas (Ejército, en labores de conscripción), entidades todas ellas excluidas de manera expresa de la aplicación del artículo 44/42) de la ley N° 18.575 (que es la norma que contemplaría esa “falta de servicio”), por su propio artículo 18/21). Y casos en los cuales el juez supremo debió reconocer que el *régimen jurídico aplicable es de origen constitucional* (artículo 38, inciso 2° y artículo 4° de la ley N° 18.575), y *de carácter objetivo*, sobre la base del riesgo creado por esas actividades¹⁴.

Continuación notas 9-10

nuestro *Falta de servicio ¿régimen general de la responsabilidad del Estado/Administración en Chile?* en Gaceta Jurídica 317/2006, 18-29, más ampliamente en AA.VV., *La responsabilidad del Estado/Administración* cit., 117-131.

¹⁰ Vid. toda la casuística del contencioso indemnizatorio originado por la aplicación del reglamento del D.L. 77, de 1973 (una enunciación resumida, en nuestro comentario a *Aedo Alarcón*, en La Semana Jurídica N° 7, semana del 25.12.2000 al 1°.1.2201, p. 14; también en *Falta de servicio* cit. nota 11). En materia de responsabilidad de los Servicios de Salud vid. mi nota en *Ius Publicum* 12/2004 cit. con una reseña de casos hasta dicho año.

¹¹ Vid. mi comentario a *Parada Toloza* cit. (nota 9 precedente).

¹² RDJ t. 99/2002, 2.5, 126-152 (comentario nuestro en 152-154).

¹³ Casos de restos óseos de desaparecidos, aparecidos hacia 1994/1996 en adelante. En el mismo sentido *Pisani Burdiles*, RJD t. 100/2003, 2.5, 17-22 (comentario nuestro en 22-30); *Cortés Barrera*, ídem 2.1, 45-50, *Concha Gutiérrez* t. 101/2004, 2.1, 83-89, y *Vergara Jofré* ídem 2.1, 201-205, casos en que para desechar las pretensiones indemnizatorias de los herederos demandantes la Corte Suprema (4ª. Sala) acudió a la aplicación del Código Civil (artículo 2332) para declarar prescrita la acción, dado que los hechos habrían ocurrido en una época muy anterior a los cuatro años de deducida tal pretensión; a ellos pueden agregarse, si bien son fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Fernández Acuña*, Gaceta Jurídica 313/2005, 72-76; *Martínez Ruiz y otros*, ídem 318/2006, 95-111; *Martínez Rodríguez*, ídem 328/2007, 33-37; *Paredes Parra*, ídem 329/2007, 84-87 y *Peña Solari*, ídem 96-99.

¹⁴ Vid. nota 4 precedente; podrían agregarse, entre otros, v. gr. *Vásquez Peña*, en Gaceta Jurídica 67/1986, 60-65; *Quezada Salazar* (Corte de Apelaciones de Santiago, 4.3.2005, Rol 2233); *Bustos Riquelme* (Corte Suprema/4ª Sala, 26.1.2005, Rol 3354-05).

Igualmente tal planteamiento, el pretendidamente régimen general de la falta de servicio, ha debido abandonarse en todos y cada uno de los casos en que a la Corte Suprema le ha tocado pronunciarse respecto de las casaciones deducidas en contra de las sentencias de las Cortes de Apelaciones recaídas en la materia de la responsabilidad de las municipalidades por los daños producidos especialmente por su *inactividad/omisión=falta* (ausencia *de servicio*), ya que el régimen que ha establecido su ley orgánica constitucional (Nº 18.695, artículo 142 en su último texto refundido) sobre el tema, se basa –en concordancia con la Constitución– en *la lesión sufrida por la víctima*, puesto que dispone que

“*Las Municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen [principio general como es el de la Constitución/artículo 38 inciso 2º y artículo 4º de la ley Nº 18.575], la que procederá principalmente por falta de servicio*”,

noción ésta que sin controversia alguna –ni doctrinaria ni jurisprudencial– se ha entendido siempre referida a las *omisiones o inactividad* de los órganos municipales, y entendiéndose que tal responsabilidad municipal *es de carácter objetivo*, o sea responde a la “causalidad material” (como con precisión lo declaraba ya en 1981 el considerando 4º de la sentencia de la Corte Suprema recaída en *Tirado con Municipalidad de La Reina* cit. al rechazar la casación en el fondo interpuesta por la demandada)¹⁵.

3. EL CASO “AILLAPÁN SEPÚLVEDA” Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS SERVICIOS DE SALUD^{15bis}

Ahora bien, queríamos llegar a este punto, de que la responsabilidad del Estado *es objetiva*, que ella *posee un carácter objetivo*, ya que el caso recaído en *Aillapán Sepúlveda* (Corte Suprema/2ª Sala, 9.1.2007), se inserta junto a varios otros casos –citados en nota

¹⁵ Vid. RDJ t. 78/1981, 2.5, 35-44. De utilidad puede ser mi *La responsabilidad municipal* cit. (en *Ius Publicum* 18/2007, 63-72) y, especialmente, el recuento jurisprudencial al que hemos hecho referencia en trabajo citado en nota 1 precedente. Valga hacer notar que cuando se trata de la responsabilidad del Estado, sea municipal, fiscal u otra, originada en *actos administrativo*, jamás se habla de “falta de servicio”, lo que revela el error y la incoherencia lógica de sostener que la responsabilidad del Estado en Chile se fundamenta en la falta de servicio como régimen general, cosa que ni siquiera ocurre en Francia, cuna de ese artificio (vid nuestro *La falta de servicio* cit. en *La responsabilidad del Estado/ Administración* cit., 128); para la situación francesa actual vid. mi comentario a *Parada Toloza* cit., 263-265.

^{15bis} Sobre *responsabilidad de los Servicios de Salud* por negligencias médicas, o sea, *por daños producidos por ausencia de la prestación debida*, vid. *Contra Ortega Weason*, t. 81/1984, 2.4, 206-225 (nuestro comentario en *Gaceta Jurídica* 55 (1985) 2-15; *Cancino Rojas con Servicio de Salud del Maule*, en *Gaceta Jurídica* 131 (1991) 78-86; *Oviedo Pérez y otros con Servicio de Salud de Talcahuano*, en *Gaceta Jurídica* 259 (2002) 38-51; *Baeza Rojas con Servicio de Salud de Antofagasta*, en *Ius Publicum* 10/2003, 199-214 (mi comentario en 215-218); *Hernández Espinoza con Servicio de Salud de Concepción*, en *Gaceta Jurídica* 274 (2003) 59-75; *Campillo Mañán con Servicio de Salud de Concepción*, RDJ t. 161/2004, 2.5, 81-88 (comentario en nota de pp. 82-84); *Torres Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano*, t. 100/2003, 2.5, 163-170 (mi comentario en 170-180); *Parada Toloza con Servicio de Salud de Concepción*, t. 103/2006, 2.5, en prensas; en *Ius Publicum* 16/2006, 241-255, con comentario nuestro en 255-267); *Melo Bustamante con Servicio de Salud de Concepción*, en *Ius Publicum* 18/2007, 261-269.

Sobre el tema, también, *Muñoz Espinoza con Servicio de Salud de Magallanes* (C. Apelaciones de Punta Arenas, 10.11.2004, Rol 220-04, Corte Suprema/3ª Sala, 28.7.2005, Rol 224-2005), demanda de responsabilidad del Estado por el daño moral (alteraciones psicológicas) sufrido por la víctima a raíz de la muerte de una prematura (aborto natural) que nunca le fue entregada a su madre por el Hospital Regional de Magallanes. La sentencia de primera instancia condena al Servicio demandado al pago de una indemnización de 35 millones de pesos; el Hospital referido ha incurrido en el incumplimiento de sus propias normas reglamentarias previstas para la situación producida (normas sobre disposición de restos por el Hospital, que requiere la autorización escrita del paciente, y que señala el procedimiento para el caso de defunciones fetales y de recién nacido fallecido); se invoca la ley Nº 18.575 (artículos 4 y 44) y entiende que esa

15 bis siguiente— en una postura que se ha asentado últimamente en esta materia de la responsabilidad de los Servicios de Salud, creemos, ya suficientemente como lo demuestran más de siete casos señalados en dicha nota.

Y se ha asentado de una manera curiosa ya que —adelantando conclusiones— no se ve como antinómica la idea de “falta de servicio”, entendida correctamente como “omisión”, “inactividad”, “ausencia de actuación”, con el *carácter objetivo* de esta responsabilidad,

Continuación nota ^{15bis}

omisión configura una “falta de servicio” (artículo 44 cit.: “omisión”). Ese hecho dañoso —producido por la omisión del procedimiento que debe seguirse en tal caso— constituye una afectación en la integridad síquica de la paciente la cual además de haber perdido su criatura, no le fueron jamás entregados sus restos, hecho que significa, también, un acto ilegal, desde que obligación del Hospital es hacer entrega de ellos; se basa el tribunal de primer grado en que demostrada la trasgresión del derecho de la víctima, debe tenerse por probada la existencia misma del daño (es decir, establece la *responsabilidad objetiva* del demandado). La Corte de Apelaciones de Punta Arenas, al conocer de la apelación, rebaja dicho monto a 5 millones de pesos atendiendo a criterios que enuncia (reparación que permita disipar o atenuar efectos del daño, facultades económicas de las partes, escasas en la víctima, y el caso de la no entrega de los restos de su criatura) y elimina el pago de intereses del fallo apelado por no haber sido pedido por la actora. La Corte Suprema rechaza la casación por errores en la formulación del recurso, ya que no se invocan normas legales infringidas, sino del orden reglamentario, lo que lleva a su desestimación.

En *Bahamonde y otro con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena* (Primer Juzgado Civil de Puerto Montt, Corte de Apelaciones de Puerto Montt y Corte Suprema/3ª Sala 29.4.2004, Rol 4212-02) se presenta igualmente en caso de desaparición de un mortinato de la morgue o de la unidad de anatomía patológica del Hospital de Puerto Montt; se invoca en la casación del demandado, entre otras, las normas del artículo 4º de la ley N° 18.575, aplicada erróneamente ya que no habría habido responsabilidad de funcionarios de ese hospital; la Corte desecha el punto desde que “el hecho generador del daño fue la pérdida del señalado mortinato, indiscutida por lo demás”, hecho que permitió concluir a los jueces del fondo “que los demandantes sufrieron un daño moral”, “hecho que fluye del mérito de autos sin necesidad de mayor prueba” (consid. 15 del fallo de la Corte Suprema), “desde que la responsabilidad reclamada debe entenderse que surge una vez que la parturienta expulsó el producto de la concepción que en la especie resultó ser un mortinato” (consid. 16 ídem), y cuyo cuerpo desapareció y no fue entregado a sus padres que lo reclamaban. Aunque se habla de “falta de servicio”, si se advierte que la responsabilidad surge de la “lesión” del derecho de los padres a que se les entreguen los restos de su hijo nacido muerto, entrega que no se produjo por el ofensor (Servicio de Salud demandado), se entenderá bien que tal responsabilidad es *objetiva* puesto que atiende al “hecho dañoso”, al “agravio/daño/lesión” que él produce en la víctima que lo sufre o padece y la relación causal de autor y daño que éste produce; independiente todo ello de un posible mal funcionamiento de la autoridad pública involucrada.

Valga recalcar que esa idea de “falta de servicio” es simplemente *omisión* de la actuación debida jurídicamente exigida; basta probar, pues, que el Servicio de Salud debía haber actuado, porque así se lo exige el ordenamiento jurídico que lo rige, y que esa *omisión* (antijurídica) produjo el daño que la víctima ha sufrido, no estando ella jurídicamente obligada a padecerlo (por cuanto no se trata de una carga pública igualitaria: artículo 19 N° 20 de la Constitución).

En *Pérez Cabello y otro con Servicio de Salud Metropolitano Sur* (Tercer Juzgado Civil de San Miguel, Corte de Apelaciones de San Miguel, 13.07.2005, y Corte Suprema/3ª Sala, 18.1.2006, Rol 4277-05) se está ante la responsabilidad del Servicio demandado por la muerte de una paciente en el Hospital San Luis de Buin por la ausencia del debido cuidado que de ella tuvo el personal de ese hospital (se establece por los jueces del fondo que se ha producido una falta de servicio “al no actuar con la adecuada diligencia en su funcionamiento, sin cuidar debidamente, y por tanto, sin impedir, que la paciente hospitalizada, que requería una atención permanente, ingiriera un fármaco que agravó su estado hasta que se produjo su deceso”: consid. 4º del fallo de casación en el fondo). De interés aparece su consid. 5º al señalarse que la víctima del hecho dañoso, en un caso como el presente “no persigue la responsabilidad personal del o de los funcionarios que hubieran intervenido en el hecho, sino directamente la del Servicio en cuanto órgano, y en este sentido puede decirse que es *objetiva* porque es anónima, pero no lo es en propiedad ya que el interesado debe probar la falta de servicio”. Digo de interés porque lo señalado constituye un error ostensible por la confusión en que incurre el fallador supremo: no es *objetiva* tal responsabilidad porque hay que probar la falta de servicio. El hecho de que la responsabilidad del Estado sea *objetiva* no significa de modo alguno que no haya que probar la víctima, sus herederos, el “hecho” que produjo el daño, aquí una omisión, como es la ausencia del debido cuidado respecto de la paciente (que terminó muerta por esa omisión: “falta de servicio”); lo de *objetiva* incide en que no hay que probar culpa de ningún funcionario (cuya responsabilidad es subjetiva y gira sobre su “culpabilidad”/negligencia o malicia), y obviamente tampoco

objetividad que emana de la propia naturaleza de los órganos de la Administración del Estado, en este caso sus Servicios de Salud, los cuales son personas jurídicas estatales y, por tanto, carentes de subjetividad y, en consecuencia, no pasibles de imputarles ni dolo ni culpa, o sea culpabilidad, ni “falta”/”culpa” del servicio, responsabilidad que gira sobre la base de la “causalidad material”.

Continuación nota ^{15bis}

culpa del organismo/Servicio de Salud, el cual es intrínsecamente carente de “culpabilidad”, por ser un sujeto jurídico carente de sustrato psicológico al que pueda imputarse dolo o culpa. Parece olvidar la Corte Suprema que lo de “objetiva” incide en el *riesgo* que asume toda la actividad administrativa del Estado, y muy especialmente la actividad de sus Servicios de Salud, como también de la Policía de Investigaciones, Carabineros y Fuerzas Armadas (como lo reconoce ella misma y recientemente, v. gr. *Caro Silva con Fisco*, t.102/2005, 2.5, 1081-1084, *Santibáñez Vianni con Fisco*, en *Ius Publicum* 14/2005, 225-234, *Albornoz Amaya con Fisco*, en *Gaceta Jurídica* 306/2005, 47-54; *Vargas Grandón con Fisco*, en *Gaceta Jurídica* 309/2006, 59-71, etc.). Y la responsabilidad por riesgo o estricta, como también suele denominársela, es una responsabilidad objetiva, porque atiende a la “causalidad material”, como muy bien lo describía el consid. 4º de la sentencia de la propia Corte Suprema recaída en la casación en el fondo planteada en *Tirado con Municipalidad de La Reina* (24.3.1981, RDJ t.78/1984, 2.5, 35-44) al referirse a la responsabilidad de las Municipalidades (cuya ley orgánica constitucional Nº 18.695 artículo 142 habla precisamente de falta de servicio, como *omisión* de actuar; vid. a este respecto nuestro trabajo sobre el tema en *Ius Publicum* 18/2007, 63-72, con 25 casos citados entre 1981 y 2006). Incurrir dicho consid. 5º en otro ostensible error al decir que el concepto de falta de servicio (artículo 42/44 ley Nº 18.575) sería el francés “acogido en la ley Nº 18.575”; el concepto francés es “culpa del servicio” (*faute du service*), en cambio la ley Nº 18.575 habla de falta *de* servicio, como por lo demás lo ha entendido siempre la propia Corte Suprema (vid. nuestro trabajo cit., ampliamente desarrollado en *La responsabilidad del Estado por su actividad municipal*, en SOTO KLOSS y OTROS, “La responsabilidad del Estado-Administración”. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2007, 71-116 con abundante referencia a la jurisprudencia judicial).

En *Pincheira Gómez con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena* (C. Apelaciones de Puerto Montt, 25.10.2005, Corte Suprema/3ª Sala, 25.5.2006, Rol 6350-05) se persigue la responsabilidad del Servicio indicado por el daño físico y moral que sufrió como consecuencia de una intervención quirúrgica reclamando “falta de servicio” del hospital de Puerto Montt y negligencia inexcusable respecto del médico que la operó, al dejarse “una compresa o cuerpo extraño en el abdomen” de la paciente. En el caso presente, tanto el tribunal de primer grado como el de apelación, al confirmar la condena del Servicio demandado, concuerdan que la fuente normativa que hace nacer esa responsabilidad estatal es la ley Nº 18.575 (artículo 44), que contempla una responsabilidad “que es de tipo anónima, autónoma e independiente” de aquella en que puede haber incurrido el funcionario /médico que actuó en la operación (consid. 2º fallo Corte Suprema), y se agrega que la responsabilidad del Servicio (artículos 4º y 44 cit.) es una “responsabilidad objetiva del Estado” (consid. 7º del fallo cit.); se agrega en su consid. 10º: “el fallo censurado [en casación de fondo] declaró en el considerando primero que la responsabilidad del Estado conforme a las normas de los artículos 4º y 44 de la ley Nº 18.575, siendo de carácter objetivo, sólo puede demandarse respecto del órgano de la Administración, que en el ejercicio de sus funciones, causa un daño con motivo de una intervención quirúrgica”. No está demás señalar que en la casación en el fondo deducida por el Servicio condenado y desechada, se deja claramente establecido (consid. 8º) que la prueba de la “falta de servicio”, como negligencia, torpeza, o actuar descuidado, en el caso en cuestión no corresponde a la demandante ya que la existencia misma de la “compresa o cuerpo extraño” en el abdomen de la paciente, es suficiente prueba de una negligencia inexcusable o sea de una *omisión* del actuar debido por parte del demandado (*falta/ausencia* de servicio).

Torres Trigo y otros con Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio (1º Juzgado Civil de Valparaíso, 31.12.2004, Rol C-1672-2000, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4.4.2006, Rol 704-2005 que confirma con declaración y Corte Suprema, 3ª Sala/27.8.2007, Rol 2974-06 que declara no pronunciarse sobre la casación en el fondo deducida, atendida la conciliación acordada por las partes) muestra una acción de responsabilidad del Estado por la omisión en el debido cuidado por parte del Hospital Psiquiátrico del Salvador, de Valparaíso, de la paciente de 22 años—hija, cónyuge y madre de los demandantes— que se suicidó en su establecimiento, luego de otros dos intentos anteriores de hacer lo mismo; la ausencia en el debido cuidado de vigilancia respecto de la paciente, hecho comprobado (consids. 18 y 19), es el hecho que originó el daño—muerte/suicidio— y origina la responsabilidad del Servicio de Salud demandado, del cual depende el Hospital referido. El tribunal advierte que existe toda una reglamentación específica para estos establecimientos hospitalarios, que tiene, entre otras características, una especial preocupación por la seguridad personal de los pacientes y la facilidad de vigilarlos, sobre todo en las salas de aislamiento, en donde precisamente se hallaba internada dicha paciente;

En *Aillapan Sepúlveda* –y en lo que aquí interesa– la Corte de Apelaciones de Puerto Montt al conocer de la apelación del demandante, víctima del desaguado médico, establece que de acuerdo al artículo 4º de la ley N° 18.575 los órganos de la Administración del Estado son responsables por los daños que causen en el ejercicio de sus funciones (consid. 15º). El daño fue causado a la víctima (paciente institucional) en un hospital público (de Castro/Chiloé), del Servicio de Salud respectivo, y por un facultativo funcionario de dicho Servicio; obviamente, dicho Servicio de Salud es un organismo integrante de la Administración del Estado, siéndole aplicable el artículo 4º citado.

Continuación nota ^{15bis}

todo ello no fue observado en el caso, *omisión* que permitió la conducta suicida indicada, omisión que para los tribunales (consids. 19 y 20 del fallo de 1ª instancia y consid. 7º del fallo de alzada) constituye “una clara falta de servicio” atribuible al establecimiento referido, conforme al artículo 44/42 de la ley N° 18.575. De interés resulta el consid. 21 de la sentencia del *a quo*: “Que la responsabilidad que consagra nuestra legislación por las actuaciones derivadas de los órganos de la Administración del Estado, como son los Servicios de Salud, surge en razón del daño que producen en las actividades que desarrollan y que recaen en los administrados, quienes no tienen razón para soportarlos en su patrimonio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política de la República”, agregándose que se trata de “una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de causalidad material”. Adviértase que para ambos tribunales la idea de “responsabilidad objetiva” no aparece como antinómica con la de “falta de servicio”, entendida como “omisión” del actuar debido, omisión que es ajena a problemas de “culpa” de alguien, tratándose de una persona jurídica, aquí una persona jurídica pública, estatal, integrante de la Administración del Estado (como lo señala explícitamente el consid. 21 inciso 2º del fallo de primer grado, confirmado por el de segundo grado y complementado en su consid. 7º). Por lo expuesto, se condena al Servicio demandado al pago del daño material sufrido (pagos de hospital y de sepultación) y del daño moral (160 millones de pesos, 40 a cada padre, al cónyuge, y a la hija de 5 años); en la conciliación pactada se reduce a 20 millones de pesos para cada demandante (este fallo *Torres Trigo* lo hemos comentado en *Ius Publicum* 20/2008).

Muy semejante a *Torres Trigo* cit. es *Urra Reyes con Fisco* (1º Juzgado Civil de Valparaíso, 27.6.2006, Rol 1336-2004, que acoge la demanda, y Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16.10.2007, Rol 45-2007, que confirma, si bien rebaja monto de indemnización), caso en el cual se persigue la responsabilidad del Fisco por la muerte de un hijo de 18 años, que estando internado en el Hospital Naval de Viña del Mar (dependiente de la Armada de Chile) por una afección psiquiátrica, y en una sala de aislamiento, dadas sus intenciones suicidas, se ahorcó en ella. Se demanda al Fisco por la *omisión* de la debida diligencia y cuidado que debía tener el Servicio aludido tratándose de internados psiquiátricos y más aún que el ingreso en él, según la ficha pertinente, señala que es por “intento de suicidio”; la demanda se fundamenta en la acción constitucional (“de derecho público”) del artículo 38 inciso 2º de la Constitución, en el artículo 4º de la ley N° 18.575 y en el evidente incumplimiento de las normas reglamentarias que regulan el funcionamiento de los servicios de salubridad mental, e incluso su construcción, a fin de asegurar la integridad personal de los enfermos, facilitar la vigilancia y el máximo de condiciones de higiene y salubridad, así como la habilitación de pabellones diferentes y aislados del resto; y se solicita solamente la reparación del daño extrapatrimonial o moral. El tribunal de primer grado estima (sin que lo fundamente) que no se trataría de una responsabilidad objetiva porque las actoras (madre y hermana del occiso) deben probar efectivamente “que se incurrió en una falta de servicio” (consid. 27); se olvida lo que ya hemos indicado en *Torres Trigo*, lo que induce a pensar que hay una falsa comprensión del tema. Pero, como en autos se encuentra ampliamente probado (por la testimonial rendida) la omisión en el cumplimiento de las normas sobre vigilancia y cuidado de estos pacientes (el ahorcamiento se produjo con un cordón de una vestimenta que el occiso tenía, que le permitió atarlo a los barrotes de la ventana de la sala de aislamiento), se condena al Fisco por el daño moral producido en las demandantes. El tribunal de alzada con un correcto entendimiento del tema, elimina la mención, en las citas legales del fallo apelado, del artículo 44 de la ley N° 18.575, que fundamentaba la idea de “falta de servicio” (desde que su propio artículo 18/21 dispone que las normas del Título II, en donde se encuentra dicho artículo 44, no es aplicable a las Fuerzas Armadas, y por ende, no cabe pretender aplicar la idea de “falta de servicio”), deja la mención de su artículo 4º (que no hace mención a tal falta de servicio), que sí es aplicable, y confirma la sentencia de 1ª instancia, invocándose directamente el artículo 38 de la Constitución, dada la ausencia de cuidado y vigilancia en que incurriera el servicio de psiquiatría del Hospital Naval de Viña del Mar, rebajándose el monto de la indemnización a 40 y 20 millones de pesos, respectivamente, a la madre y hermana del occiso, sumas debidamente reajustadas y con intereses corrientes para operaciones reajustables (este fallo lo hemos comentado en *Ius Publicum* 20/marzo 2008, 212-219).

Continúa nota

Resulta revelador que el fallo de alzada, no obstante que se produjo una notoria negligencia médica –como queda comprobado tanto en el sumario administrativo incoado en su oportunidad por el Servicio demandado como en el proceso penal seguido en contra del médico, autor del cuasidelito de lesiones gravísimas– no hable de “falta de servicio”, ni cite el artículo 44/42 de la ley N° 18.575, siendo que esta norma no está excluida en su aplicación para los Servicios de Salud por su artículo 18/21. Y es que entendiendo los sentenciadores que la responsabilidad del Estado gira sobre la base de la “lesión sufrida por la víctima”, o sea por el “daño” padecido por ella, basta la “causalidad material” para darla por acreditada, como bien lo señala su consid. 15° al expresar que

“No merece duda que la intervención quirúrgica a que fue sometido... fue la causa basal y necesaria que causó la infección y resultado de lesión gravísima y que culminó con la amputación del miembro genital del paciente ya señalado”.

Intervención hecha por un médico general, no por un especialista, sin que existiera ninguna situación de riesgo vital para el paciente, sin derivarlo a un médico de la especialidad como era lo prudente, y sin que se hubieran practicado los exámenes previos de sangre, que habrían revelado la diabetes que sufría el paciente (consids. 7°, 8°, 10° y 12).

Hay aquí un hecho que revela una actuación médica inadecuada, efectuada por quien no siendo especialista en la afección de que padecía la víctima, lo interviene quirúrgicamente en circunstancias que los propios especialistas (urólogos) señalan que esa afección (fibrosis) ha de ser tratada con medicamentos y no a través de una operación. Una evidente mala praxis, una notoria infracción a las leyes del arte médico, un acto de impericia con resultado gravísimo, como es la amputación del órgano viril a un hombre de 54 años¹⁶.

Continuación nota ^{15bis}

Recientemente, y reiterándose una vez más que la responsabilidad del Estado/Administración, en lo que aquí nos interesa, *tiene su fundamento en la Constitución* (artículo 38, inciso 2°) *y posee un carácter objetivo*, véase *Guerra Girón y otros* (C. de Apelaciones de Arica, 16.5.2005, y Corte Suprema/3ª Sala, 30.5.2007, en RDJ t. 104, 2.5, en prensas), caso de más de 350 personas que demandan de responsabilidad del Estado al Servicio de Salud de Arica ante su inoperancia (*omisión*) para ocuparse del traslado de más de veinte mil toneladas de desechos minerales tóxicos, acopio que, dada la contaminación ambiental que ello significaba, afectó muy gravemente a todas las personas que habitaban en poblaciones vecinas (problemas físicos como digestivos, de piel, de vista, respiratorios, neurológicos, genéticos, etc. y también síquicos), alterándose notablemente las condiciones normales de sus vidas. La Corte de Apelaciones de Arica señala (consid. 9°) que los órganos de la Administración del Estado tienen por misión –constitucional y legalmente dispuesta– otorgar el debido servicio a la persona humana y al no haberse producido dicho servicio en cuanto proteger la salud de esa gran cantidad de víctimas ha incurrido en una “falta de servicio” (*omisión*), que acarrea su responsabilidad, como lo dispone la Constitución (artículo 38, inciso 2°) y la ley N° 18.575 en su artículo 44/42, siendo de interés recalcar que este mismo consid. 9° agrega que de acuerdo a la idea de “falta de servicio” (artículo 44/42 cit.) es suficiente para que nazca la responsabilidad del Estado y la víctima tenga derecho a ser indemnizada, que la conducta del agente público (o su omisión, como en este caso) esté relacionada con el servicio u órgano y que exista un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido, o sea que esta responsabilidad es *objetiva y regida por el derecho público*.

¹⁶ *Mutatis mutandi* nos hace ello recordar los casos *Hernández Espinosa* y *Melo Bustamente*, ambos referidos a mamoplastías con resultados desastrosos para las dos mujeres, la última de 19 años, que por sendas negligencias médicas se vieron finalmente amputadas de sus mamas por infecciones sobrevinientes a dichas operaciones, casos ambos en que se demandara al Servicio de Salud de Concepción y en que la indemnización en el caso *Melo Bustamente* fuera también de cien millones de pesos, en razón de la alteración en las condiciones normales de vida, si bien hay que reconocerlo ello no se compara con la amputación sufrida por *Aillapán* (vid. *Hernández Espinosa*, en Gaceta Jurídica 274/2003, 59-75 y *Melo Bustamente* en *Ius Publicum* 18/2007, 261-269).

Alguno podría decir que esta sentencia suprema, que desecha las casaciones deducidas por el Servicio de Salud demandado, proviene de su sala penal (la 2ª), ya que se perseguía en un proceso penal la responsabilidad del médico, autor del cuasidelito referido, pero lo cierto es que igual predicamento se observa en distintos fallos emitidos por la sala constitucional (3ª), que es la que conoce normalmente de los asuntos de responsabilidad del Estado por los daños producidos por su Administración.

En efecto, así –como hemos mostrado en nota 15bis precedente– en *Muñoz Espinoza* y en *Bahamonde y otros*, y especialmente en este último caso, sobre la desaparición de mortinatos en los hospitales de los Servicios de Salud, que no les son entregados a sus padres y en que éstos al reclamar sus cuerpos, para sepultarlos como corresponde puesto que son personas (artículos 1º y 19 Nº 1 de la Constitución), se encuentran con la negativa de las autoridades estatales hospitalarias que les responden que esos cuerpos “han desaparecido”¹⁷, se señala que tal desaparición es “el hecho generador del daño”, “indiscutido por lo demás”. Si bien el fallo habla de “falta de servicio”, establece que el daño (daño moral, específicamente, que es lo que se demanda) “surge una vez que la parturienta expulsó el producto de la concepción que en la especie resultó ser un mortinato”¹⁸.

Como se advierte, la responsabilidad del Servicio demandado surge de la “lesión” del derecho de los padres a que se le entreguen los restos de su hijo nacido muerto, o sea del “daño” en que consiste la “lesión”, esto es la “causalidad material”, vale decir se trata del carácter objetivo de esta responsabilidad.

En *Muñoz Espinoza* cit. el fallo de primer grado, que quedara confirmado¹⁹, expresa que la negativa de entregar los restos de la criatura que muriera en el seno materno (aborto natural), infringiéndose las propias normas reglamentarias previstas para tal situación, constituye una “omisión” que configura una “falta de servicio” (artículo 44/42 ley Nº 18.575), y puesto que ha quedado comprobada la trasgresión del derecho de la víctima, debe tenerse por probado el daño, o sea que sin expresarlo de modo formal y explícito, el sentenciador confirma la idea de una “responsabilidad objetiva” del Servicio demandado.

En *Pincheira Gómez* cit., junto con establecerse que dejar “una compresa o cuerpo extraño en el abdomen” de la paciente es suficiente prueba de una negligencia inexcusa-

¹⁷Y “desaparecidos” en plena democracia, como se diría, pero que ninguna agrupación política existe para defensa de los derechos de sus padres y parientes; realidad que suele, por desgracia, ser frecuente en hospitales públicos y que se esconde, silencia u oculta por motivos –que parecieran ser– inconfesables.

¹⁸Debo confesar que sorprende el lenguaje utilizado por el fallo ya que parecería que está refiriendo a una “cosa” (“el producto de la concepción”, que la parturienta “expulsó”) en circunstancias que se trata de una *persona humana*, de un ser humano aquel que ha nacido muerto, no es una “cosa”, es “alguien” y no “algo”, persona tan igual, ontológicamente hablando, como el redactor del fallo y los miembros de la sala que lo emiten, y aun más digno de respeto, yo diría, considerando que se trata de alguien fallecido; sobre el respeto y debida honra que se debe a los muertos, puede ser de interés mi comentario al caso *Vicuña Montes* (protección deducida a raíz de la película “El gringuito”) en *Ius Publicum* 4/2000, 155-158; y sobre el carácter indesmentible de ser “persona” aquella que está por nacer, vid. mi *La protección jurídica de la persona que está por nacer en la jurisprudencia contralora y judicial*, en “La protección jurídica de la persona que está por nacer” (Conferencias Santo Tomás de Aquino 2000). Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2001, 99-124.

¹⁹La Corte de Apelaciones de Punta Arenas sólo rebaja el monto de la indemnización, confirmando el resto y la Corte Suprema/3ª Sala desecha la casación deducida por el Servicio demandado. Sobre “mortinatos” vid. mi colaboración a *Familia, sociedad y vida* (Conferencias Santo Tomás de Aquino 2008). Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2009.

ble, sin que al efecto la demandante deba probar una “falta de servicio”, omisión del actuar debido (consid. 8º, Corte Suprema), se señala expresamente que la responsabilidad del Servicio de Salud demandado es una “*responsabilidad objetiva*” (invocándose al efecto los artículos 4º y 44/42 de la ley N° 18.575, consid. 7º del fallo supremo). Lo mismo se decide en *Torres Trigo* cit., cuyo fallo de primer grado (confirmado por la sentencia de alzada)²⁰ expresa que esta responsabilidad estatal “surge en razón del daño que producen [los organismos de la Administración del Estado] en las actividades que desarrollan y que recaen en los administrados, quienes no tienen razón para soportarlos en su patrimonio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución” (consid. 21), agregándose de modo explícito que se trata de una “*responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material*” (consid. 21 cit.). No puede soslayarse que para ambos tribunales no aparece antinómica la idea de “responsabilidad objetiva” con la “falta de servicio” entendida ésta como “omisión” del actuar debido, falta/omisión que es enteramente ajena a problemas de carácter subjetivo como es la imputación de “culpa”, atendido el hecho de que se trata de una responsabilidad de una persona jurídica, en este caso una persona jurídica estatal, regida por el derecho público e integrante de la Administración como es un Servicio de Salud²¹.

4. CONCLUSIONES

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

²⁰ Se llegó a conciliación en la Corte Suprema respecto del monto de la indemnización que debía pagar el Servicio de Salud demandado.

²¹ Que la responsabilidad de los Servicios de Salud es de carácter *objetivo* lo confirma también la historia fidedigna del establecimiento de la ley 19.966, artículo 38, en donde quedó claramente señalado que no se plantea tal responsabilidad sobre la base de la pretendida “falta de servicio” (cualquiera sea su sentido, si la “lesión” en la víctima fue producida por “omisión” del actuar debido, o por “culpa” del servicio), sino sobre la “*lesión*”/daño producido en la víctima (o sea, conforme al régimen jurídico de la Constitución, artículo 38, inciso 2º); sobre el punto vid. el acucioso estudio de N. ENTELCHÉ ROSALES, “La responsabilidad del Estado en la Ley N° 19.966, sobre régimen de garantías de salud. Historia de su establecimiento”, en *Actualidad Jurídica* 17/2008, 293-314.

Valga señalar que dejo de lado, aquí, el tema de la *solidaridad* que se presenta en este caso y que el Servicio demandado planteaba en su casación en el fondo, alegación que fuera rechazada por la Corte Suprema por defectos en su formulación; el voto en contra del ministro Sr. Segura se refiere solamente a este punto; esperamos volver en otra ocasión sobre este tema.

el carácter objetivo de esta responsabilidad estatal, la cual incluye tanto que la *lesión/ daño* se haya producido por un hecho o por una omisión (hecho: artículo 4º, omisión: artículo 44/42, de la ley N° 18.575).

Este es el correcto entendimiento de la responsabilidad del Estado por los daños cometidos por los organismos de su Administración, basada en nuestro propio Derecho, sin injertos extranjerizantes, y con su expreso fundamento constitucional, indesmentible e inconcuso (artículo 38, inciso 2º), reiterado por la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado (N° 18.575, artículos 4º y 44/42), pero coherentemente entendida y en plena concordancia con la Carta Fundamental.

EDUARDO SOTO KLOSS

DERECHO ADMINISTRATIVO

TEMAS FUNDAMENTALES

SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA

 **AbeledoPerrot**[®]
LegalPublishing[®]